

# LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS EN EL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA

## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>IX</b>
<b>CAP. I.- <u>PRELIMINAR</u>.....</b>	<b>1</b>
<b>§ 1. LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS EN CATALUÑA.....</b>	<b>1</b>
1. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	1
1.1. La ordenación de las garantías reales en el ámbito catalán.....	1
1.2. Estado de la cuestión con relación al derecho de prenda.....	5
1.3. Estado de la cuestión con relación al derecho de retención sobre muebles.....	9
1.3.1. Previsiones legislativas anteriores a la LGP en torno al derecho de retención.....	10
1.3.1.1. La configuración plural del derecho de retención.....	10
1.3.1.2. Naturaleza jurídica y eficacia del derecho de retención en el Derecho Civil estatal.....	12
1.3.2. El espíritu unificador de la LGP.....	16
2. LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS EN LA LDRG. SU REGULACIÓN CONJUNTA.....	18
<b>§ 2. NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTO DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS.....</b>	<b>20</b>
3. NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTO DEL DERECHO DE PRENDA: MANTENIMIENTO DE SU EFICACIA TRADICIONAL.....	21
4. NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTO DEL DERECHO DE RETENCIÓN.....	24
4.1. Configuración real del derecho de retención.....	24
4.2. Concepto del derecho real de retención.....	28
<b>CAP. II.- <u>CONSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS</u>.....</b>	<b>31</b>
<b>§ 1. CONSTITUCIÓN DE LA PRENDA.....</b>	<b>31</b>
1. PRESUPUESTO DE CONSTITUCIÓN: LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA.....	32
1.1. Naturaleza dineraria de la garantía.....	32
1.2. La accesoriedad de la garantía.....	33
1.3. La prenda en garantía de obligación futura y la prenda en garantía de obligación condicional.....	35
1.3.1. Presupuesto de la garantía. La inexistencia de la obligación futura y el principio de accesoriedad de la garantía.....	35
1.3.2. La obligación condicionada. La cuestión de la existencia de la obligación suspensivamente condicionada.....	37
1.3.3. La indeterminación inicial de la garantía.....	40
1.3.4. La prenda en garantía de obligación futura y la prenda en garantía de obligación suspensivamente condicionada.....	44
1.3.4.1. La fase de pendencia.....	44
1.3.4.2. El nacimiento de la obligación o el cumplimiento de la condición.....	47
1.3.4.3. La inexistencia definitiva de la obligación.....	48
1.3.5. La prenda en garantía de obligaciones resolutoriamente condicionadas.....	50
1.4. La prenda en garantía de obligaciones de cuantía indeterminada.....	52
1.4.1. La prenda de “máximo”.....	52

1.4.1.1. La indeterminación inicial de la obligación asegurada .....	52
1.4.1.2. El mantenimiento del principio de especialidad.....	54
1.4.1.3. Consecuencias de la indeterminación inicial de la obligación asegurada. La concreción del crédito .....	56
1.4.2. La prenda de máximo en garantía de “varias obligaciones” .....	58
1.4.2.1. Justificación de la inclusión de este tipo de prenda.....	58
1.4.2.2. La indeterminación del “crédito” asegurado y la protección de los terceros.....	60
1.4.2.3. La indivisibilidad de la garantía y la individualidad de las distintas obligaciones aseguradas .....	68
<b>2. REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN DE LA PRENDA .....</b>	<b>74</b>
2.1. Título de constitución.....	74
2.1.1. Por usucapión.....	75
2.1.2. <i>A non domino</i> .....	80
2.1.3. Constitución unilateral del derecho de prenda .....	83
2.1.3.1. Constitución unilateral del derecho de prenda por acto <i>inter vivos</i> .....	87
2.1.3.2. por disposición de última voluntad .....	91
2.1.4. Constitución de la prenda por contrato.....	97
2.2. “El libre poder de disposición de la cosa por parte del pignorante” .....	99
2.2.1. El sujeto pasivo de la prenda.....	99
2.2.1.1. El pignorante deudor .....	100
2.2.1.2. El pignorante no deudor .....	102
2.2.1.3. Pignorante no propietario .....	103
2.2.2. El adquirente del bien pignorado .....	105
2.2.2.1. La responsabilidad del adquirente .....	105
2.2.2.2. Compra del objeto pignorado con retención o descuento del valor del gravamen .....	107
2.2.3. El libre poder de disposición del pignorante .....	112
2.2.3.1. La libertad dispositiva como fundamento de la protección del crédito .....	113
2.2.3.2. Los límites al poder de disposición: la existencia de interés justo y legítimo. 115	
2.2.3.3. La prohibición de disponer de vigencia limitada. La viabilidad de la prenda. 118	
2.2.3.4. Prohibiciones de empeñar bienes anteriormente gravados por garantía real... 121	
2.2.3.5. Prohibiciones de disponer sobre acciones o sobre participaciones sociales ... 123	
2.3. La transmisión posesoria.....	127
2.3.1. Fundamento.....	127
2.3.2. La forma de entrega .....	131
2.3.3. Derechos no poseíbles.....	135
2.3.3.1. Constitución registral de la garantía.....	136
2.3.3.2. Notificación de la existencia de la garantía.....	138
2.3.4. La publicidad de la garantía a través del registro. Los certificados de legitimación ... 142	
2.3.5. La transmisión posesoria en favor de un tercero .....	148
2.3.5.1. Designación del tercero.....	148
2.3.5.2. Contenido de la posición jurídica del tercero .....	151
2.3.5.3. Utilidad de la figura .....	154
<b>3. LA FORMA DEL NEGOCIO DE PRENDA .....</b>	<b>156</b>
3.1. Requisitos de oponibilidad de la prenda .....	156
3.2. Eficacia probatoria del instrumento público .....	164
<b>§ 2 CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE RETENCIÓN.....</b>	<b>167</b>
<b>4. PRESUPUESTOS DE CONSTITUCIÓN .....</b>	<b>167</b>
4.1. La posesión previa a la retención .....	167
4.1.1. La buena fe posesoria.....	168
4.1.1.1. La buena fe vinculada a la posesión.....	169
4.1.1.2. La buena fe como principio general del Derecho.....	174
4.1.2. La posesión de cosa ajena .....	176
4.2. Existencia de una obligación incumplida.....	178
4.2.1. El carácter accesorio del derecho real de retención. Su función de garantía.....	178
4.2.2. El artículo 5 LDRG .....	183

4.2.2.1. “El resarcimiento de los gastos necesarios para la conservación y la gestión de la cosa y el de los gastos útiles” (art. 5, a) LDRG) .....	183
4.2.2.2. “El resarcimiento de los daños producidos en razón de la cosa a la persona obligada a la entrega” (art. 5, b) LDRG).....	189
4.2.2.3. “La retribución de la actividad realizada para la confección o reparación de la cosa, siempre que previamente haya habido un presupuesto escrito y aceptado y que la actividad realizada se adecue al mismo” (art. 5, c) LDRG) .....	192
4.2.2.4. “Los intereses de las obligaciones establecidas por el presente artículo, desde que sea notificado el derecho de retención en la forma determinada por el presente artículo” (art. 5, d) LDRG).....	195
4.2.2.5. Cualquier otra deuda a la que la ley otorgue expresamente esta garantía (art. 5, e) LDRG) .....	198
4.2.3. El derecho de retención en garantía de otras obligaciones. Régimen aplicable .....	201
4.2.4. Supuestos de inclusión dudosa en el artículo 5 LDRG .....	207
4.2.5. El derecho de retención en garantía de distintas obligaciones .....	214
5. LA FORMA DE CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE RETENCIÓN.....	215
5.1. La comunicación notarial.....	216
5.1.1. La comunicación notarial como requisito formal de constitución de la garantía .....	216
5.1.2. El carácter constitutivo de la comunicación notarial.....	221
5.2. La “situación de retención”; la “decisión de retener” .....	230
5.3. La oposición judicial a la retención constituida .....	233
6. LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN SOBRE BIENES MUEBLES DE VALOR INFERIOR A 500 EUROS.....	236
6.1. Fundamento y naturaleza jurídica .....	236
6.2. Elementos del supuesto de hecho.....	238
6.2.1. Cosa mueble de valor inferior a 500 euros.....	238
6.2.2. El crédito a la retribución de la actividad realizada .....	239
6.2.3. Actividad realizada por encargo del poseedor legítimo .....	242
6.3. Constitución del derecho de retención sobre muebles de “poco valor” .....	243
6.3.1. Naturaleza y contenido de la comunicación.....	243
6.3.2. Forma de la comunicación .....	244
7. LA EFICACIA PLENA DEL DERECHO DE RETENCIÓN.....	245
<b>§ 3. LA POSESIÓN SOBRE COSA MUEBLE .....</b>	<b>250</b>
8. EL OBJETO DE LA GARANTÍA.....	250
8.1. Consideraciones generales .....	250
8.2. Las cosas fungibles. La garantía “irregular”. El dinero .....	252
8.2.1. Las cosas fungibles como objeto de prenda.....	252
8.2.2. Las cosas fungibles como objeto de derecho de retención.....	254
8.2.3. El dinero como objeto de garantía posesoria.....	255
8.2.3.1. El dinero como objeto de prenda.....	255
8.2.3.2. La prenda irregular de dinero .....	260
8.2.3.3. El dinero como objeto de derecho de retención .....	264
8.3. Las cosas futuras .....	265
8.4. Los derechos. El derecho real limitado como objeto de garantía real posesoria.....	266
8.5. El derecho de crédito como objeto de garantía real posesoria .....	276
8.5.1. La formalización de la garantía. Su completa oponibilidad .....	277
8.5.2. La falta de simultaneidad entre el vencimiento del crédito asegurado por garantía real posesoria y el vencimiento del crédito que lo asegura: la subrogación real.....	279
8.5.2.1. El vencimiento del crédito garantizado, pendiente el vencimiento del crédito dado en garantía .....	280
8.5.2.2. El vencimiento del crédito dado en garantía, pendiente el vencimiento de la obligación garantizada .....	282
8.6. Consideración especial de la garantía sobre valores .....	286
8.6.1. Garantías mobiliarias sobre títulos valor.....	288
8.6.1.1. Aspectos generales del título valor.....	288
8.6.1.2. Garantías mobiliarias sobre títulos al portador.....	293
8.6.1.3. Garantías mobiliarias sobre títulos a la orden .....	295

8.6.1.4. Garantías mobiliarias sobre títulos nominativos .....	298
8.6.2. Garantías mobiliarias sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta ..	302
8.6.2.1. Ideas generales sobre el sistema de representación contable de los valores....	302
8.6.2.2. Constitución de la garantía sobre valores anotados en cuenta. La inscripción del derecho y la inmovilización de los valores. ....	310
9. “RÉGIMEN DE LA PRENDA CON RELACIÓN AL OBJETO EMPEÑADO” .....	320
9.1. La afección de más de un objeto. La eliminación del principio de especialidad.....	321
9.2. El sistema de responsabilidad solidaria.....	322
9.3. El sistema de responsabilidad distribuida .....	328
9.3.1. El acuerdo de distribución.....	328
9.3.2. Efectos de la distribución.....	331
9.3.2.1. En cuanto a la indivisibilidad del crédito y de la garantía.....	331
9.3.2.2. En cuanto a la facultad de retener .....	334
9.3.2.3. En cuanto a la aplicación del valor de cada uno de los objetos afectados por la garantía.....	337
9.3.2.4. En cuanto a la facultad de sustitución .....	340
9.4. La afección de un “conjunto de cosas” .....	341
9.5. La configuración de un “objeto unitario” .....	343
<b>CAP. III.- EFICACIA DE LAS GARANTÍAS POSESORIAS SOBRE MUEBLES .....</b>	<b>348</b>
<b>§ 1. LA TRANSMISIÓN DE LA GARANTÍA .....</b>	<b>348</b>
<b>§ 2. LA FACULTAD DE RETENCIÓN .....</b>	<b>354</b>
1. LA RETENCIÓN POSESORIA .....	354
1.1. Fundamento de la retención en las garantías mobiliarias .....	354
1.2. La indivisibilidad de la garantía.....	358
2. EL DEBER DE MANTENER LA COSA EN SU ESTADO INICIAL.....	360
2.1. La protección y la conservación de la cosa retenida .....	360
2.2. El deber de conservación como límite a la discrecionalidad del retenedor.....	361
2.3. La conservación diligente de la cosa retenida .....	362
2.4. El incumplimiento del deber de conservación diligente .....	365
2.4.1. La responsabilidad del poseedor .....	365
2.4.2. La constitución en depósito del bien afectado por la garantía.....	366
2.5. La disminución y la desaparición del objeto gravado .....	369
3. LA PROHIBICIÓN DE UTILIZAR LA COSA RETENIDA.....	373
3.1. La prohibición de utilizar la cosa retenida, como consecuencia del deber de conservación..	373
3.2. El uso autorizado de la cosa retenida .....	374
3.3. La responsabilidad del retenedor por el uso de la cosa .....	376
4. ÁMBITO OBJETIVO DE LA FACULTAD DE RETENCIÓN. LA EXTENSIÓN DE LA GARANTÍA .....	377
4.1. Extensión de la prenda respecto de los gastos de conservación .....	379
4.2. Extensión de la prenda respecto de los intereses remuneratorios.....	383
4.3. Extensión de la prenda respecto de los intereses moratorios.....	389
4.4. Extensión de la prenda respecto de los daños y perjuicios sufridos .....	390
5. EL DEBER DE RESTITUCIÓN .....	393
5.1. En general, la extinción de la garantía real .....	393
5.2. La extinción por renuncia .....	395
5.2.1. La presunción de renuncia .....	395
5.2.2. Presupuesto de la extinción: la devolución voluntaria de la cosa retenida.....	398
5.3. El deber de entrega o restitución.....	400
6. PARTICULARIDADES DEL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE RETENCIÓN SOBRE ACCIONES O SOBRE PARTICIPACIONES SOCIALES .....	402
6.1. La “retención” de valores no documentados y de participaciones sociales.....	402
6.2. La conservación de las acciones y de las participaciones sociales.....	405
6.2.1. La legitimación para el ejercicio de los derechos sociales .....	405

6.2.2. Consideración especial de la conservación de la garantía a través del derecho de suscripción preferente. ....	409
6.2.2.1. Planteamiento .....	409
6.2.2.2. La legitimación para el ejercicio del derecho de suscripción preferente. Extensión de la garantía al resultado del ejercicio del derecho. ....	412
6.2.3. La prenda de acciones no totalmente liberadas .....	416
<b>§ 3. LA SUSTITUCIÓN DEL OBJETO AFECTADO POR LA GARANTÍA.....</b>	<b>420</b>
7. LA SUSTITUCIÓN DE LA COSA EMPEÑADA.....	420
7.1. Fundamento .....	420
7.2. La voluntad privada como fuente de la sustitución objetiva .....	422
7.3. Efectos del acuerdo de sustitución .....	424
7.4. Requisitos de la sustitución.....	425
7.4.1. Requisitos generales.....	425
7.4.2. Requisitos para la sustitución “en el caso de valores” .....	427
8. LA SUSTITUCIÓN DE "LA COSA RETENIDA" .....	431
8.1. Precedentes legislativos .....	431
8.2. La sustitución como causa de extinción del derecho de retención .....	433
8.3. Sujetos legitimados para proceder a la sustitución.....	435
8.4. Requisitos de la sustitución.....	437
8.4.1. La sustitución total de la garantía.....	437
8.4.2. La garantía sustituta .....	438
8.4.2.1. Las garantías reales .....	438
8.4.2.2. La fianza solidaria de entidad de crédito.....	441
8.4.3. La suficiencia de la garantía sustituta .....	441
9. OTROS SUPUESTOS DE SUSTITUCIÓN DEL OBJETO, EN CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE CONSERVACIÓN.....	443
<b>§ 4. LA IMPUTACIÓN DE LOS FRUTOS .....</b>	<b>446</b>
10. EL EFECTO ANTICRÉTICO .....	446
10.1. Aspectos generales.....	446
10.2. El efecto anticrético como mecanismo de pago de la obligación garantizada .....	450
10.3. El orden de preferencia en la imputación de los frutos .....	451
11. LOS FRUTOS IMPUTABLES .....	452
11.1. El concepto de frutos en la LDRG .....	452
11.2. Consideración especial de la compensación de los dividendos sociales .....	455
12. LOS INTERESES COMPENSABLES.....	461
<b>§ 5. LA REALIZACIÓN COACTIVA DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS .....</b>	<b>464</b>
13. LA ACCIÓN REAL.....	464
13.1. La acción real de realización como efecto esencial del derecho real de garantía.....	464
13.2. Los diferentes mecanismos previstos por la LDRG para el ejercicio de la acción real.....	468
13.3. Prescripción de la acción real.....	469
13.4. Presupuestos necesarios para la realización extrajudicial de la garantía.....	474
13.4.1. Transcurso del plazo previsto para plantear oposición judicial.....	476
13.4.2. Ausencia de oposición judicial.....	479
13.4.3. La consignación o afianzamiento.....	480
13.5. Carácter imperativo o dispositivo de las normas de procedimiento contenidas en la LDRG .....	481
14. EL PROCEDIMIENTO DE VENTA DIRECTA DE LA COSA GRAVADA .....	484
14.1. Justificación .....	484
14.2. Requisitos.....	486
14.2.1. El acuerdo de venta directa .....	486
14.2.2. Formalización del acuerdo de venta directa en escritura pública .....	489
14.2.3. Notificación del acuerdo de venta directa a los titulares conocidos de los derechos reales sobre la cosa.....	490
15. LOS PROCEDIMIENTOS NOTARIALES DE REALIZACIÓN PREVISTOS Y REGULADOS POR LA LDRG .....	491

15.1. El respeto de los artículos 7.3 y 19.4 LDRG a las garantías constitucionales .....	492
15.1.1. La doctrina del TS sobre la constitucionalidad del “procedimiento extrajudicial de ejecución” previsto por el anterior artículo 129.2º LH.....	492
15.1.2. Reacción doctrinal ante la declaración jurisprudencial de inconstitucionalidad sobrevvenida del anterior artículo 129 LH.....	496
15.1.3. La consolidación del procedimiento extrajudicial de realización de la hipoteca. El actual artículo 129 LH y su proyección positiva .....	503
15.2. La realización notarial de las garantías mobiliarias. Aspectos comunes .....	506
15.2.1. Inicio del procedimiento .....	506
15.2.2. La participación en la subasta .....	511
15.2.2.1. Facultades del titular de la garantía .....	511
15.2.2.2. Restricciones subjetivas a la libre transmisibilidad del objeto afectado por la garantía. En concreto, las acciones nominativas y las participaciones sociales .....	514
15.2.3. Fin del proceso de realización notarial .....	518
15.3. Especialidades de la realización notarial de la prenda .....	520
15.4. Especialidades de la realización notarial del derecho de retención.....	521
15.4.1. La supresión del requisito de “la valoración del bien, de mutuo acuerdo entre acreedor y propietario” (art. 6.2 LGP).....	521
15.4.2. La subasta pública notarial del objeto retenido .....	528
<b>16. REALIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS SOBRE VALORES SOMETIDOS A COTIZACIÓN OFICIAL .....</b>	<b>533</b>
16.1. La normativa específicamente prevista por razón de la materia. El artículo 322 C de C.....	533
16.2. Ámbito de aplicación del artículo 322 C de C .....	534
16.3. Posibilidad de aplicar los procedimientos de realización previstos en LDRG para la enajenación de los valores sometidos a cotización oficial .....	536
16.4. Desarrollo del procedimiento previsto en el artículo 322 C de C .....	538
<b>17. LA REALIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS SOBRE DINERO O SOBRE TÍTULO REPRESENTATIVO DE DINERO .....</b>	<b>544</b>
<b>18. REALIZACIÓN DE LAS “PRENDAS REALIZADAS POR LOS MONTES DE PIEDAD RECONOCIDOS LEGALMENTE” .....</b>	<b>546</b>
<b>19. LA REALIZACIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN SOBRE COSA MUEBLE DE VALOR INFERIOR A 500 EUROS .....</b>	<b>547</b>
19.1. Presupuestos.....	547
19.2. La disposición libre de la cosa retenida .....	549
19.3. Cargas preexistentes y limitaciones a la facultad de disposición o reservas de dominio .....	551
19.3.1. Subsistencia de las cargas preexistentes.....	551
19.3.2. Limitaciones a la facultad de disposición.....	554
<b>§. 6. PRELACIÓN DE LOS CREDITOS ASEGURADOS CON DERECHO REAL DE GARANTÍA MOBILIARIA.....</b>	<b>556</b>
20. EL ARTÍCULO 2.2. LDRG: LA REMISIÓN A LAS NORMAS GENERALES SOBRE PRELACIÓN DE CRÉDITOS .....	556
21. PRESUPUESTOS GENERALES DE LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS .....	558
21.1. Concurrencia de acreedores e insolvencia del deudor.....	558
21.2. La clasificación y graduación de los créditos concurrentes. Los principios de preferencia y de proporcionalidad .....	559
22. ESQUEMA GENERAL DEL RÉGIMEN DE LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS.....	562
23. LA PREFERENCIA DE LOS CRÉDITOS GARANTIZADOS CON PRENDA .....	568
23.1. La garantía real pignoratícia como causa de la preferencia en la Ley Concursal.....	568
23.2. La garantía real pignoratícia como causa de la preferencia en Código Civil .....	571
23.3. Requisitos formales de la preferencia del crédito pignoraticio .....	575
23.4. Ejercicio de la preferencia del crédito pignoraticio y su vinculación a un proceso.....	577
23.4.1. El ejercicio del derecho y su vinculación a un proceso de ejecución singular .....	578
23.4.2. El ejercicio del derecho y su vinculación a un proceso de ejecución colectivo .....	580
24. LA PREFERENCIA DE LOS CRÉDITOS GARANTIZADOS CON DERECHO REAL DE RETENCIÓN .....	586
24.1. La remisión del artículo 2.2. LDRG a las “reglas generales sobre prelación de créditos” ...	586

24.2. La preferencia del crédito asegurado con derecho real de retención y “las bases de las obligaciones contractuales”.....	593
24.3. El “derecho de separación” del bien gravado con derecho real de retención.....	599
24.4. Concurrencia de derechos de retención.....	602
25. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LA PREFERENCIA DE LOS CRÉDITOS ASEGURADOS CON GARANTÍA MOBILIARIA SOBRE ACCIONES NO TOTALMENTE LIBERADAS (ARTS. 72 Y 45 LSA).....	609
<b>BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA .....</b>	<b>614</b>





## ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
BOPC	Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya
CC	Código Civil (1889)
C de C	Código de Comercio (1885)
CDCC	Compilació de Dret Civil de Catalunya (Llei 13/1984, de 20 de marzo y Decret Legislatiu 1/1984, de 19 de julio)
CE	Constitución Española (1978)
cfr	confróntese
cit	citada
CS	Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya (Llei 40/1991, de 30 de diciembre)
DD	Disposició Derogatòria
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
EAC	Estatut d'Autonomía de Catalunya (1979)
EM	Exposición de Motivos
ET	Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo)
LAO	Llei de l'accés i l'ocupació (25/2001, de 31 de diciembre)
LC	Ley Concursal (22/2003, de 9 de julio)
LCCh	Ley Cambiaria y del Cheque (19/1985, de 16 de julio)
LCS	Ley del Contrato de Seguro (50/1980, de 8 de octubre)
LDRG	Llei de drets real de garantia (19/2002, de 5 de julio)
LDSSA	Llei de regulació dels drets de superfície, de servitud i d'adquisició voluntària o preferent (22/2001, de 31 de diciembre)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (1/2000, de 7 de enero)
LGP	Llei de garanties possessòries sobre cosa moble (22/1991, de 29 de noviembre)
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (26/1984, de 19 de julio)
LH	Ley Hipotecaria (1946)
LHM	Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión (16 de diciembre de 1954)
LMV	Ley del Mercado de Valores (24/1988, de 28 de julio)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (6/1985, de 1 de julio)
LPP	Lley de pensions periòdiques (6/2000, de 19 de junio)
LRLMV	Ley de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, reguladora del Mercado de Valores (37/1998, de 16 de noviembre)
LSA	Ley de Sociedades Anónimas (1564/1989, de 22 de diciembre)
LSP	Ley de Suspensión de Pagos (Ley de 26 de julio de 1922)
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (2/1995, de 23 de marzo)
LUUH	Llei de regulació dels drets d'usdefruit, d'ús i d'habitació (12/2000, de 20 de noviembre)
LVP	Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (28/1998, de 13 de julio)

LIC	Llei dels censos (6/1990, de 16 de marzo)
ORVP	Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles(Orden de 19 de julio de 1999)
R	Resolución
RD	Real Decreto
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RH	Reglamento Hipotecario (Decreto de 14 de febrero de 1947)
RRM	Reglamento del Registro Mercantil (Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio)
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJC	Sentència Tribunal Superior de Justicia de Catalunya
t	título
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJC	Tribunal Superior de Justicia de Catalunya
v	volumen

\* \* \* \* \*

## **LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS EN EL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA**

### **CAP. I.- PRELIMINAR**

#### **§ 1. LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS EN CATALUÑA**

##### **1. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

###### **1.1. La ordenación de las garantías reales en el ámbito catalán**

Las garantías reales mobiliarias se encuentran actualmente reguladas para el ámbito territorial catalán por la Ley del *Parlament de Catalunya* 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía, en ejercicio de la competencia exclusiva que corresponde a la *Generalitat de Catalunya*, otorgada por el artículo 9.2 EAC en conexión con el artículo 149.1.8 CE<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La Abogacía del Estado ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad 50/02 contra los artículos 1. c); 3, en cuanto a la expresión "o inmueble"; 4.1, en el inciso "si lo retenido es una finca que constituye la vivienda familiar, la notificación debe hacerse al cónyuge o a la persona conviviente"; 4.2; 4.3; 8; capítulo IV (artículos 21, 22 y 23) y disposición transitoria, en la expresión "y de anticresis", de la LDRG. Estos artículos resultan impugnados, básicamente, por considerarlos contrarios al régimen constitucional de distribución de competencias establecido en el artículo 149.1.8<sup>a</sup> CE. Tal y como se argumenta en el recurso, "La presente impugnación se fundamenta, de una parte, en que el contenido normativo de las previsiones autonómicas de los artículos impugnados regulan con alcance general y de manera exhaustiva el derecho de retención sobre inmuebles, configurándolo como derecho real de nueva planta, y el derecho de anticresis, instituciones ambas que carecen en absoluto de antecedentes en el ámbito de la legislación autonómica civil de Cataluña y, por tanto, exceden las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma para la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil catalán preexistente (art. 9.2 EAC), vulnerando la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil, de acuerdo con el artículo 149.1.8<sup>a</sup> de la Constitución y, en particular, la

La LDRG tiene su precedente inmediato en la Ley 22/1991, de 19 de noviembre, de *Garanties possessòries sobre cosa moble*, a la que sustituye (DD LDRG). Como su título indica, la LGP estableció el régimen normativo de los derechos reales de garantía sobre bienes de naturaleza mueble que implican un desplazamiento posesorio, para el ámbito territorial catalán. Los derechos que la LGP reguló son la prenda posesoria y el derecho de retención sobre bienes muebles.

La LGP limitó su ámbito de aplicación a las garantías reales sobre bienes de naturaleza mueble basadas en la transmisión posesoria. Por tanto, quedaron fuera del ámbito objetivo de la LGP tanto los derechos reales de garantía que no implicaban traslado posesorio no obstante recaer también sobre bienes muebles, así como los supuestos de retención sobre inmuebles previstos por la legislación catalana, materia ésta que continuó regida por las normas que el ordenamiento civil catalán preveía al respecto (art. 278 CDCC, sustituido por arts. 16 y 17 LAO, y arts. 237 y 238 CS) y, subsidiariamente, por las correspondientes normas estatales.

El establecimiento en Cataluña de un régimen normativo propio de las garantías mobiliarias obedeció entonces a la oportunidad, detectada por el legislador catalán, de adaptar estas figuras, su funcionamiento, a las demandas impuestas por el tráfico jurídico, con la pretensión de ofrecer una respuesta

---

reserva competencial que dicho precepto establece en cuanto a las reglas relativas a la ordenación de los registros e instrumentos públicos” (Antecedentes I, 10º RI-50/02); “De otra parte, la inconstitucionalidad denunciada deriva asimismo de las concomitancias que el procedimiento extrajudicial de enajenación forzosa de la finca objeto de retención y de la anticrética, establecido en el artículo 8 y, por remisión a éste, en el art. 23, guarda con el procedimiento de enajenación extrajudicial previsto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria y con el procedimiento de venta a través de persona o entidad especializada de los artículos 640 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero. Procedimientos que, atendida su naturaleza jurídica de ejecución de un derecho, constituyen materia propia del Derecho procesal, y pertenecen en exclusiva a la competencia del Estado, ex artículo 149.1.6ª de la constitución; contradice, asimismo, esta normativa procesal autonómica la regulación hipotecaria y registral de competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.8ª de la Constitución), por los motivos que se reseñarán” (Antecedentes I, 11º RI-50/02).

legal adecuada a las necesidades sociales en esos tiempos detectadas (Preámbulo, I, 2º LGP). Con este objetivo, la aprobación de la LGP supuso un avance importante en el proceso de actualización y expansión del Derecho privado catalán. Globalmente considerada, la LGP aportó al ordenamiento jurídico en el que se incardinó una regulación sistematizada de las instituciones sobre las que se proyectó, adoptando posiciones determinantes en algunos aspectos, clarificando criterios y positivizando algunas de las soluciones sugeridas por la doctrina, con relación a cuestiones que se habían ido suscitando en otros ámbitos jurídicos, al amparo de la legalidad vigente o propiciadas por la práctica.

Esos mismos motivos -aportar soluciones jurídicas eficaces a las demandas impuestas por el tráfico económico- son los que recientemente han impulsado al legislador catalán a revisar el régimen positivo de los derechos reales de garantía y a analizar la oportunidad de establecer nuevas previsiones legislativas que les doten de mayor funcionalidad práctica. En un paso más en el proceso de actualización y expansión del Derecho privado catalán, el contenido de la LGP ha sido sustituido por la LDRG, al objeto de proceder a la modificación de aquellos aspectos que la práctica aconseja y ampliar las modalidades de garantía real (Preámbulo, 1º LDRG)<sup>2</sup>. Concretamente, el impulso del legislador catalán en este ámbito ha considerado conveniente ampliar el derecho real de retención a los bienes de naturaleza inmueble, otorgándole los mismos efectos que el art. 2 LGP había previsto para los derechos reales de prenda y de retención sobre muebles (Preámbulo, 3º LDRG)<sup>3</sup>; incluir el derecho real de

---

<sup>2</sup> El título de la Ley se modifica de acuerdo con su nuevo contenido. Por la misma razón se elimina toda referencia a los muebles del Capítulo I, dedicado a las “Disposiciones Generales”, que propiamente habla de “derechos reales”, explicitando la naturaleza de las garantías que regula. En cambio, la LGP sólo utilizaba el término “derecho real” en su Preámbulo, pero no en su articulado.

<sup>3</sup> La regulación del derecho de retención inmobiliario es una de las novedades más destacables de la LDRG. Como se ha dicho, hasta la promulgación de la LDRG, la retención de inmuebles sólo era posible en los casos específicamente contemplados por otras normas al margen de la LGP, que limitaban los efectos de la garantía a la mera retención de la cosa. Actualmente, según el Preámbulo LDRG, 4º: “La admisión del derecho de retención sobre inmuebles como verdadero derecho real hace que el centro de gravedad de las garantías que regula esta Ley ya no sea la posesión de una cosa mueble, sino simplemente la posesión de la cosa objeto de la garantía”. A partir de la LDRG el

anticresis (Preámbulo, 5º LDRG); mejorar los mecanismos de realización de valor de la cosa objeto de la garantía, con la finalidad de conseguir el máximo rendimiento económico al menor coste posible (Preámbulo, 6º LDRG); ampliar los presupuestos del derecho de retención sobre bienes muebles (Preámbulo, 7º LDRG); facilitar la constitución y el ejercicio del derecho de retención sobre bienes muebles “de poco valor” (Preámbulo, 8º LDRG); eliminar el principio de especialidad de la prenda, de difícil concreción en la práctica, especialmente cuando la garantía pignoratícia se constituya sobre “distintos objetos” (Preámbulo, 9º LDRG); y establecer el principio de subrogación real cuando la garantía recaiga sobre un derecho de crédito (Preámbulo, 10º LDRG).

La promulgación de la LDRG supone la modificación y el desarrollo del Derecho civil de Cataluña, en materia de derechos reales de garantía. La LDRG modifica parcialmente y desarrolla la regulación del derecho real de retención, extendiéndola a los bienes inmuebles, sin perjuicio de las especialidades derivadas de su naturaleza; modifica la ordenación de la prenda a través de la introducción de nuevas previsiones, y desarrolla la regulación general de los derechos reales de garantía al incluir el régimen normativo del derecho de anticresis. En definitiva, la LDRG supone la actualización del Derecho civil catalán a través de la ordenación de las garantías reales sometidas a su ámbito<sup>4</sup>.

El texto de la LDRG se estructura de forma parecida al de la LGP: contiene un Preámbulo, cuatro Capítulos con un total de 23 artículos a los que se ha dado título, una Disposición Transitoria, una Disposición Derogatoria y una Disposición Final. El Capítulo I contiene las “Disposiciones generales” aplicables, por tanto, a todos los derechos reales de garantía regulados por la Ley (arts. 1 y 2); los Capítulos II, III y IV se dedican, respectivamente, a la regulación del

---

derecho de retención sobre bienes inmuebles participa de la naturaleza real y de los efectos que la LGP atribuyó y la LDRG atribuye al derecho de retención sobre bienes muebles.

<sup>4</sup> **FUGARDO ESTIVILL, JOSEP M<sup>a</sup>**: “Consideraciones sobre la prenda y el *ius distrahendi* (En torno a la Ley 22/1991, de 29 de noviembre de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble y el Anteproyecto de Ley de Derechos Reales de Garantía)”, *La Notaria*, noviembre-diciembre 2001, nº 11-12, pp. 263 a 364, p. 268.

derecho de retención (arts. 3 al 11), la prenda ( arts. 12 al 20) y la anticresis (arts. 21 a 23). Salvo las modificaciones y las ampliaciones introducidas, gran parte del texto de la LDRG reproduce, en ocasiones de forma literal, el contenido de la LGP (cfr. Preámbulo, 1º LDRG); técnica que “es de agradecer, pues evita enojosas concordancias y remisiones al texto legal precedente, y con ello facilita que el intérprete pueda familiarizarse más fácilmente con el contenido del nuevo texto”<sup>5</sup>.

## **1.2. Estado de la cuestión con relación al derecho de prenda**

La regulación catalana del derecho real de prenda tuvo, en la LGP, el objetivo primordial de adaptar el régimen jurídico de esta forma de garantía a las transformaciones que en los últimos decenios venían produciéndose en el tráfico económico. Para el cumplimiento de este objetivo, la LGP estableció diferentes medidas que, en definitiva, pretendían ofrecer soluciones legislativas suficientes y adecuadas para dotar a la garantía de una mayor funcionalidad práctica. A tal efecto, la LGP amplió el ámbito de aplicación de la prenda con el reconocimiento legal de nuevas modalidades de garantía que permiten asegurar el cumplimiento de las obligaciones más diversas en su tipo (Preámbulo III, 1º LGP), como pueda ser la prenda de máximo en garantía de una o varias obligaciones (Preámbulo, III, 2º LGP), o la prenda de cosas fungibles (Preámbulo III, 3º LGP); adoptó nuevas ideas conceptuales, como la de “prenda de valor”, en sustitución y como un paso más de la idea de “prenda objeto” (Preámbulo III, 3º LGP); y otorgó carta de naturaleza a determinadas posibilidades de actuación, que permitían la mejor adaptación de la garantía a las particulares circunstancias de las partes, como pueden ser la sustitución del objeto pignorado (Preámbulo, III, 3º y 4º LGP), la consideración de “un único objeto de prenda” (Preámbulo, III; 4º LGP) o la configuración del “objeto unitario de prenda.

---

<sup>5</sup> FUGARDO ESTIVILL: “Consideraciones...”, p. 268.

La previsión legal de todas estas circunstancias, cuya máxima pretensión, como se ha dicho, no fue otra que hacer de la prenda una garantía de mayor operatividad y funcionalidad, adaptando su régimen jurídico a las demandas impuestas por el tráfico económico, se coonestó perfectamente con el mantenimiento de la eficacia tradicionalmente atribuida a esta figura de garantía, como se ocupó de aclarar el propio texto de la LGP (Preámbulo, III, 1º). Como es sabido, la prenda es una institución tradicional, que ha sido regulada en los textos jurídico-positivos a lo largo de la historia<sup>6</sup>. Antes de la publicación de la LGP, el derecho real de prenda con desplazamiento posesorio se regía también en Cataluña, en ausencia de normativa propia, por las normas al respecto contenidas en el Código Civil (arts. 1857 a 1873). Las normas estatales configuran a la prenda como derecho real de garantía sobre cosa mueble, cuyo mecanismo de afección consiste en la desposesión del pignorante, y cuya finalidad se encuentra en la posibilidad de realizar su valor

---

<sup>6</sup> La garantía real pignoraticia -así como la garantía hipotecaria- ha merecido siempre una singular atención como figura propiciatoria y potenciadora del crédito al que garantiza. A través de la garantía real el crédito o la inversión se ha visto fomentado y beneficiado, tanto desde su parte activa como desde la pasiva. Desde su parte activa porque la garantía pignoraticia proporciona a su titular la seguridad adicional que representa el gravamen real constituido, que le permite satisfacer su crédito anteponiéndolo a cualquier otro concurrente; aspecto éste que siempre ha sido resaltado por la doctrina, como en **SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS: Código civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos**, redactado por Pedro de Apalategui, t. XXIX, Artículos 1.857 a 1.886, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1995, p. 287: "De todos es conocido, por razón del principio de responsabilidad patrimonial universal, condensado en el artículo 1.911 del Código civil, que todo deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con la totalidad de su patrimonio (todos sus bienes presente y futuros); pero una cosa es la declaración abstracta de dicha responsabilidad universal, y otra más eficiente es la de sustraer una o más cosas de dicho patrimonio, para que queden vinculados con su propio valor intrínseco -valor en venta- a la satisfacción del crédito asegurado (...) la sustracción de uno o más bienes del patrimonio, y que se afectan al cumplimiento de una obligación determinada, ofrece la máxima garantía, evitando al acreedor la concurrencia con otros acreedores de posible existencia, y sobre todo porque el acreedor no tiene que defenderse contra posibles actos de fraude del deudor". Desde la parte pasiva, la prenda fomenta la inversión porque la obtención de un crédito se hace más fácil y posible cuanto mayor sea la seguridad de satisfacción ofrecida a quien lo presta. En el mismo sentido **PEDREGAL Y CAÑEDO, MANUEL: Texto y Comentarios al Código Civil español, con exposición de motivos, precedentes...**, t. II, Imprenta de Enrique Maroto y Hermano, Madrid, 1889, pp. 810 a 824, p. 811; **MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA: Comentarios al Código Civil español**, t. XII, sexta edición, revisada por **JUSTO J. GÓMEZ YSABEL**, Instituto Editorial Reus, S.A, Madrid, 1973, p. 503; **PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: Derechos reales. Derecho Hipotecario**, tercera edición, t. II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, p. 47.



económico y aplicarlo a la satisfacción del crédito garantizado. Esta configuración, el sentido y la finalidad tradicionales de la prenda se mantuvieron en la LGP y se mantienen, también, en la LDRG.

Sin embargo, la actual regulación estatal de la prenda adolece de falta de previsión en ciertos supuestos que la dinámica económica ha ido introduciendo. La práctica mercantil de nuestros días y el uso de la informática han propiciado una serie de nuevas posibilidades que no se encuentran previstas en la regulación de la prenda contenida en el Código Civil, influenciada por la naturaleza material del objeto sobre el que recae la garantía y por la idea de traspaso posesorio. Esta falta de previsión obliga al aplicador del derecho a forzar la interpretación de la norma, al objeto de conseguir su necesaria adaptación a las actuales demandas del tráfico (cfr. art. 3.1 CC)<sup>7</sup>. Esta realidad, unida al hecho de que en el mundo económico cada día son más numerosas las operaciones que se constituyen con garantía pignoratícia, debido, entre otras razones, al incremento en el mercado de valores mobiliarios de todo tipo<sup>8</sup>, son las circunstancias que compelieron al legislador catalán a redactar y publicar una ley en la que la prenda, no obstante configurarse en la

---

<sup>7</sup> Las normas sobre la prenda contenidas en el Código Civil no sólo resultan incompletas, dado que no atienden a ciertos supuestos de hecho que la práctica ha venido introduciendo, sino que resultan de difícil aplicación en otros que se apartan notablemente del esquema básico de la garantía, influenciado por la naturaleza material del objeto de prenda y por la idea del traspaso posesorio. Esto significa, como observa **SALINAS ADELANTADO, CARLOS**: *El régimen jurídico de la prenda de valores negociables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 95, que esas normas “no son principios inmutables que representen la esencia de la prenda, sino la regulación de su categoría principal, la prenda de cosas materiales. Es cierto que este modelo tiene un carácter supletorio, pero ello no quiere decir que en los otros tipos de prenda se deba hacer una *transposición automática* de sus normas. Por contra se deberá analizar cuidadosamente los elementos diferenciadores del tipo de prenda de que se trate, y ver después si las normas del Código (pensadas para una prenda de cosas materiales con transmisión de la posesión), son aplicables”.

<sup>8</sup> **MORENO DE LA SANTA GARCÍA, ENRIQUE**: *Prenda de valores en garantía de operaciones crediticias. Prenda telemática*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2002, p. 45: “La cantidad y diversidad de valores mobiliarios, tanto de renta fija como variable, que existen en nuestros días en el mercado, y el notable incremento en la posesión de los mismos experimentado por los ciudadanos (sobre todo en Fondos de Inversión, Deuda Pública, etc.), han provocado que las entidades prestamistas hayan optado por exigir el otorgamiento de contratos de prenda sobre los mismos, en especial atención también a la sencillez y economía de sus procedimientos de formalización y ejecución”.

forma tradicional, se adaptaba a las necesidades que la práctica y la técnica venían imponiendo. Estos objetivos y la atención que les fue dispensada justifican, por sí mismos, el trabajo y el esfuerzo legislativo que en la LGP se llevó a cabo.

Desde esta perspectiva, la LGP reguló el derecho real de prenda con desplazamiento de la posesión atendiendo a un doble criterio: estableció el régimen general tradicional de la institución, sentando las líneas básicas y generales de su constitución y efectos, al mismo tiempo que actualizó y dinamizó la aplicación de la garantía, como respuesta jurídica a la demanda económico-social detectada; configuración jurídica que igualmente se acoge en la LDRG<sup>9</sup>.

Como consecuencia de ello, la regulación catalana de la prenda no ha planteado ni plantea demasiados interrogantes en torno a la configuración y a los efectos de esta garantía. Las cuestiones que al respecto se suscitan giran en torno a la interpretación y a la aplicación de las normas que se ocupan de los aspectos novedosamente introducidos, resultado de la ampliación del ámbito legal de aplicación de la garantía pignoratícia y de las nuevas modalidades establecidas; aspectos que incrementan de forma considerable el interés en el estudio de la institución y de sus efectivas posibilidades.

---

<sup>9</sup> La LDRG establece el régimen general del derecho de prenda que, en su caso, habrá de ser completado con las previsiones contenidas en el Código Civil (cfr. art. 1869 CC), sin perjuicio de la aplicación preferente de la legislación especial, a la que la propia Ley remite cuando fuera necesario por razón de la naturaleza del objeto afectado en garantía (cfr. arts. 19.6 y 20) o del sujeto implicado (cfr. art. 19.8), en la medida que no se oponga a las finalidades por aquélla perseguidas ni a los principios que informan el ordenamiento jurídico catalán (arts. 149.3, final CE; 26.3 EAC, y arts. 111-2 y 111-5 CCC). Para **CARRASCO PERERA, ÁNGEL – CORDERO LOBATO, ENCARNA – MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS**: *Tratado de los derechos de garantía*, Editorial Aranzadi, S.A., Navarra, 2002, p. 808, dado que muchos problemas son comunes a toda garantía real y dado que la regulación de la prenda carece de reglas específicas para solucionarlos, resulta “evidente entonces que procede la aplicación analógica de las normas de hipoteca (que, como es sabido, y por razones históricas, no se contienen todas ellas en el CC, sino también en la LH) que no estén fundadas en la naturaleza inmobiliaria de los bienes y derechos aquí gravados o en el modo de publicidad específico de esta garantía (el registral)”.

### 1.3. Estado de la cuestión con relación al derecho de retención sobre muebles

La LDRG, igual que su predecesora, configura la retención sobre muebles en Cataluña como un derecho de naturaleza real. La atribución de naturaleza real al derecho de retención, con los efectos que ello conlleva, fue la novedad más significativa que la LGP aportó y la que más comentarios ha suscitado<sup>10</sup>. El derecho de retención sobre muebles que la LGP acogió se apartaba notablemente del derecho -o de los derechos- de retención previsto por el Código Civil, tanto por lo que se refiere al esquema positivo tradicionalmente mantenido como por lo que respecta a la naturaleza jurídica de la garantía.

---

<sup>10</sup> Sobre la regulación catalana del derecho real de retención puede consultarse **ABRIL CAMPOY, JUAN MANUEL**: "El derecho de retención en el ordenamiento jurídico catalán", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, nº 624, pp. 1885 a 1925; **CAMPO VILLEGAS, ELÍAS**: "En torno a la Ley catalana de garantías posesorias sobre cosa mueble", *La Notaria*, julio-agosto 1996, nº 7-8, pp. 93 a 134; **FELÍU REY, MANUEL IGNACIO**: "Garantías posesorias sobre cosa mueble en Cataluña (Ley 22/1991) y unidad de mercado", *Revista de Derecho de los Negocios*, año 3, mayo 1992, nº 20, pp. 13 a 20; **FUENTES MARTÍNEZ, JESÚS JULIÁN**: "El derecho de retención sobre bienes muebles en el ordenamiento civil de Cataluña: situación actual y perspectivas de reforma", *La Notaria*, noviembre-diciembre 2001, nº 11-12, pp. 242 a 262; **FUGARDO ESTIVILL, JOSEP M<sup>a</sup>**: "Consideraciones sobre la prenda y el *ius distrahendi* (En torno a la Ley 22/1991, de 29 de noviembre de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble y el Anteproyecto de Ley de Derechos Reales de Garantía)", *La Notaria*, noviembre-diciembre 2001, nº 11-12, pp. 263 a 364; **GIMÉNEZ DUART, TOMÁS**: "Consideraciones en torno a la ley catalana 22/1991, de garantías posesorias sobre cosa mueble, y a sus implicaciones en el Código Civil", *El futur del Dret Patrimonial de Catalunya* (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa). Coordinador: Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 397 a 421; **LUCAS ESTEVE, ADOLFO**: "El régimen jurídico del derecho de retención en la legislación catalana", *La Notaria*, junio 1997, nº 6, pp. 71 a 106; **LUCAS ESTEVE, ADOLFO**: "El derecho de retención en Cataluña. Concepto y fundamento", *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002, nº 671, pp. 1011 a 1039; **MIRALLES GONZÁLEZ, ISABEL**: "Ley catalana 22/1991 de 29 de noviembre, sobre Garantías Posesorias de Cosa Mueble", *La Llei de Catalunya i Balears*, 1992, nº 2, pp. 712 a 717; **POZO CARRASCOSA, PEDRO DEL**: "La retenció de béns mobles de poc valor", *La Notaria*, noviembre-diciembre 2001, nº 11-12, pp. 221 a 232; **PUIG I FERRIOL, LLUÍS – ROCA I TRIAS, ENCARNA**: *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, v. I, 5ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1998; **SOLÉ RESINA, JUDITH**: "La ejecución de la prenda y del derecho de retención en la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble", *La Llei de Catalunya i Balears*, noviembre 1996, nº 141, pp. 1 a 3.

### **1.3.1. Previsiones legislativas anteriores a la LGP en torno al derecho de retención**

#### **1.3.1.1. La configuración plural del derecho de retención**

Con anterioridad a la publicación y entrada en vigor de la LGP, las normas catalanas preveían el derecho de retención para algún caso concreto, pero sin entrar a regular su contenido. Así, era posible ejercitar retención en el supuesto del artículo 206 de la CDCC -hoy en los artículos 237 y 238 CS-, que concedía al heredero fiduciario o a sus herederos la posibilidad de mantenerse en la posesión de la cosa, para compeler al fideicomisario a satisfacer los créditos exigibles que se hubieren generado por razón del fideicomiso. Igualmente, el artículo 301 CDCC –hoy derogado por la Disposición Final Primera LIC- permitía la retención de la finca por parte del enfiteuta, hasta que le fueran reembolsados los gastos correspondientes a las mejoras exigibles realizadas. También era posible ejercitar retención en el supuesto del artículo 278 CDCC -hoy derogado por la Disposición Final Primera LAO y sustituido por los artículos 16 y 17 de esta misma Ley- que, desplazando la aplicación del paralelo artículo 361 CC, concedía esta facultad a quien de buena fe plantara, sembrara o construyera en suelo ajeno, en garantía del precio de los materiales, semillas o plantas y los jornales de los operarios<sup>11</sup>. En estos supuestos, así como en aquellos otros a los que la legislación general aparejaba la retención como instrumento accesorio de tutela del crédito, también era aplicable en Cataluña la legislación estatal, en cuanto a configuración de la garantía, como derecho supletorio en defecto de normativa propia (cfr. art. 1 y Disposición Final Cuarta CDCC).

Pero la atención que el ordenamiento estatal, fundamentalmente el Código Civil, dispensa al derecho de retención se caracteriza por dos grandes notas, evidenciadas en todo tiempo tanto por aquellos que se han ocupado del

---

<sup>11</sup> En aplicación de este artículo 278 CDCC puede consultarse la STSJC 5/ 1993, de 1 de marzo.

análisis teórico de la institución, como en las decisiones jurisprudenciales que han fundamentado su aplicación. Estas notas características son la dispersión normativa, o lo que es lo mismo, la ausencia de una regulación completa y sistemática del derecho de retención, y, en cierta medida como consecuencia de lo anterior, la ausencia de criterios generales a partir de los cuales pueda deducirse con claridad y de forma comunmente admitida la configuración jurídica de la institución<sup>12</sup>.

La regulación del derecho de retención que el ordenamiento estatal acoge, lejos de articularse de una manera general y orgánica, se encuentra totalmente fragmentada y dispersa. La posibilidad de ejercitar derecho de retención se establece de forma casuística, respondiendo a puntuales necesidades de justicia, como remedio concreto para situaciones determinadas o específicas y de diferente alcance y efectividad<sup>13</sup>. Como consecuencia de ello, resulta extremadamente difícil -cuando no imposible- determinar el verdadero ámbito, naturaleza y contenido del derecho de retención, esto es, fijar de forma unánimemente aceptada la configuración jurídica de la institución.

---

<sup>12</sup> En este sentido, **BELTRÁN DE HEREDIA DE ONIS, PABLO**: *El Derecho de Retención en el Código Civil Español*, Universidad de Salamanca, 1955, p. 5; **ALBALADEJO, MANUEL**: *Derecho Civil*, t. II, v. I<sup>o</sup>, séptima edición, Librería Bosch, Barcelona, 1983, p. 230; **DÍEZ-PICAZO, LUIS – GULLÓN, ANTONIO**: *Instituciones de Derecho Civil*, v. I, Tecnos, S.A., Madrid, 1995, p. 512; **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS**: *Institucions...*, p. 387; **POZO CARRASCOSA, PEDRO DEL**: *El derecho de retener en prenda del depositario*, PPU, Barcelona, 1989, *passim*; **ALMAGRO NOSETE, JOSÉ**: “Significación procesal de derecho de retención”, *Revista de Derecho Procesal*, 1968, nº 3, pp. 113 a 140; **VIÑAS MEY, JOSÉ**: “El derecho de retención”, *Revista de Derecho Privado*, 1992, pp. 102 a 115; **CAMPO VILLEGAS**: “En torno...”, p. 101; **FERNÁNDEZ ARÉVALO, ÁNGELA**: *Extinción del derecho de retención (Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial)*, Editorial Práctica del Derecho, S.L., Valencia, 1999, p. 17; **FELIU REY**: “Garantías...” p. 14; **FUENTES MARTÍNEZ**: “El derecho...”, p. 243; **GARRIDO, JOSÉ M<sup>a</sup>**: “Teoría general de la preferencia”, *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1998, pp. 1769 a 1863; **GARCÍA AMIGO, MANUEL**: *Lecciones de Derecho Civil II. Teoría general de las obligaciones y contratos*, McGraw-Hill, Madrid, 1995; **LUCAS ESTEVE**: “El derecho...”, p. 1012.

<sup>13</sup> **ALMAGRO NOSETE**: “Significación...”, p. 120, considera que el legislador del Código Civil siguió en esta materia –como en tantas otras- el ejemplo del codificador francés, regulando el derecho de retención no de manera unitaria, sino de modo fragmentario, en cuanto lo concibió como una facultad específica de garantía con relación a ciertos y determinados créditos.

No obstante, a pesar de evidenciarse la ausencia de un concepto unitario del derecho de retención en el Código Civil, que “no le otorga *a priori*, un sentido propio, específico”<sup>14</sup>, y de evidenciarse, también, la existencia de retenciones con contenido y efectividad diferente según los supuestos, la mayoría de los autores que se han ocupado de la retención la analizan como figura única, intentando extraer consecuencias generales aplicables a todos los casos en los que se encuentra legalmente prevista. La tesis contraria, que mantiene la configuración plural del derecho de retención, intenta demostrar la imposibilidad de elaborar una construcción unitaria de la institución, cualquiera que sea la naturaleza jurídica que se le atribuya, basándose, precisamente, en las diferencias existentes entre el fundamento, la función y el contenido de los diversos tipos de retención existentes<sup>15</sup>.

### **1.3.1.2. Naturaleza jurídica y eficacia del derecho de retención en el Derecho Civil estatal**

Respecto de la naturaleza jurídica del derecho de retención en el Derecho Civil estatal, son muchas y de contrapuesto sentido las posiciones doctrinales que se mantienen, sobre la base de fundamentos jurídicos de diverso signo. La polémica parece principalmente motivada por la expresión “retener en prenda” que utilizan algunos preceptos del Código Civil dedicados a la retención (arts. 1600, 1730 y 1780), y por la posibilidad que se concede al acreedor pignoraticio de mantener, de retener la posesión de la cosa afectada

---

<sup>14</sup> POZO CARRASCOSA: *El derecho...*, p. 11.

<sup>15</sup> POZO CARRASCOSA: *El derecho...*, especialmente en pp. 23 y ss. Según este autor, aunque en todos los casos de retención la nota común sea la existencia de un poseedor que ostenta un crédito contra un tercero, quien, a su vez, tiene derecho a reclamar al primero la cosa retenida, es posible el estudio separado e independiente de cada uno de ellos, dado que la función, el fundamento y el contenido de la retención difieren en cada supuesto.



por la garantía hasta el completo pago de su crédito asegurado (art. 1866)<sup>16</sup>. A partir de ello, y con diversos argumentos, se elaboran distintas y contrapuestas tesis acerca del derecho de retención: se considera un derecho real de garantía sobre cosa ajena<sup>17</sup>, o como un derecho de garantía personal<sup>18</sup>, se rechaza la

---

<sup>16</sup> Así lo expone **FELÍU REY**: “Garantías...” p. 14. Según **GARRIDO**: “Teoría...”, p. 1811, la confusión se provoca porque “siendo el derecho de retención un instrumento accesorio de tutela del crédito, puede coexistir, y de hecho coexiste, con otras técnicas de tutela del crédito. Así, el derecho de retención constituye parte del contenido de la prenda, y también de ciertos privilegios especiales, los llamados privilegios posesorios, pero el derecho de retención también existe aisladamente, como simple forma de protección de un crédito cuando, en los casos previstos por la ley, el acreedor entra en posesión de bienes del deudor”. En cualquier caso, aunque, como se dice, la polémica viene principalmente motivada por los artículos del Código civil que emplean la expresión “retener en prenda”, el problema se extiende a todos los supuestos de retención. Así, en **VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO**: *Tratado de Derecho civil español*, t. II, cuarta edición corregida y aumentada, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1936, p. 325, considera que la retención que el artículo 453 CC concede “no ofrece duda de que es un derecho de carácter real y de naturaleza accesoria, o sea, un derecho real de garantía, puesto que sirve en todo caso para asegurar el cumplimiento de obligaciones, y por lo que a la posesión se refiere, para garantizar el pago o abono de los gastos necesarios y útiles hechos por el poseedor de buena fe (...) y en cuanto a su alcance diremos que no se reduce, como se ha dicho por algún escritor, a un simple depósito, tratándose de cosas muebles y a una mera administración si de inmuebles se trata, sino que, conformes con Manresa, creemos que el derecho de retención se puede equiparar a la prenda cuando se refiere a muebles, y a la anticresis cuando a inmuebles, pues sólo de este modo reportará ventajas al acreedor y al deudor, que en este caso son el poseedor y el propietario, y es incuestionable que el código más se aproxima a este criterio que al otro expuesto”.

<sup>17</sup> **VIÑAS MEY**: “El derecho...” p. 108: “A nuestro juicio, el derecho de retener, dentro de la concepción clásica, constituye un derecho real. En él se dan los elementos necesarios: el poder directo sobre una cosa y el carácter absoluto, la oponibilidad a terceros (...) Dondequiera que exista una potestad sobre una cosa, hay un derecho real con independencia de la cuantía de su contenido encuadrado en los límites requeridos por la finalidad de aquélla (...) La garantía contenida en el derecho de retener no es una *garantía real* en sentido técnico (...) La garantía a él inherente no se dirige al valor de la cosa, no siendo, por tanto, una *verdadera* garantía real. Contiene sólo la posesión *in genere*, la carga o gravamen de la cosa con el destino, no de alienación del valor, sino de permanencia en poder del titular hasta el pago buscado para hacer posible el *hecho de la detención*, de donde deriva su carácter real”; Igualmente en **VIÑAS MEY, JOSÉ**: “Más sobre el derecho de retención”, *Revista de Derecho Privado*, 1923, pp. 1 a 25. **ABRIL CAMPOY**: “El derecho...”, p. 1892: “Considero que el Código Civil, junto al derecho de retención previsto en el artículo 453, contempla ciertas relaciones contractuales que originan la posesión de un bien mueble una garantía legal pignoratícia, cuyo nacimiento y utilización se someta a la voluntad de aquél a quien la ley, en atención a su situación jurídica, ha deseado otorgar dicha garantía por si tiene a bien utilizarla”.

<sup>18</sup> **BELTRÁN DE HEREDIA DE ONIS**: *El derecho...*, p. 42: “El carácter personal del derecho de retención responde a su origen y a su tradición histórica. No tiene ni puede tener estructura de derecho real; el retentor no tiene, no digamos, la propiedad de la cosa, sino ni aún siquiera la posesión legítima ni algún derecho real fraccionario; tiene simplemente la detentación posesoria de cosa ajena. El retentor apoya su garantía en la tenencia de la cosa; ella es causa y efecto de su derecho; perdida su tenencia, agota su garantía”. **GARCÍA AMIGO**: *Lecciones...*, p. 536, sostiene –a mi juicio un tanto

idea del derecho subjetivo pleno y se califica como mera facultad accesoria de un derecho de crédito<sup>19</sup>, se asimila a una excepción puramente procesal<sup>20</sup>, se la califica de acto jurídico<sup>21</sup>, o, incluso, se llega a negar su carácter de garantía<sup>22</sup>.

---

ambiguamente, puesto que mezcla, por una parte, la excepción de incumplimiento con la de retención y, por otra, la calificación de facultad con la de derecho subjetivo pleno- que “Los supuestos típicos de derecho de retención producen el efecto de oponer al deudor, propietario de la cosa en poder del acreedor, la excepción de incumplimiento de su obligación, garantizada precisamente con la facultad legal de retener. Pero esta facultad tiene naturaleza personal en principio; y, por tanto, a efectos de su oponibilidad a terceros, sigue el régimen de los derechos personales y según la naturaleza mueble o inmueble del bien retenido”.

<sup>19</sup> **ALBALADEJO**: *Derecho...*, p. 249: “el llamado derecho de retención no es propiamente un derecho autónomo, sino una facultad que, en ciertos casos, se concede al acreedor. Así, pues, debe rechazarse que –como mantiene una opinión- constituya un verdadero derecho real”; **DÍEZ-PICAZO – GULLÓN**: *Instituciones...*, p. 512: “El llamado derecho de retención es la facultad otorgada por la ley al ...” (véase, también, la cita 2 de la misma página); **CATALA-FRANJOU, NICOLE**: “De la nature juridique du droit de rétention”, *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 1967, pp. 9 a 44, p. 13: “Le droit de rétention *stricto sensu*, c'est-à-dire celui qui est accordé à un créancier indépendamment de toute autre sûreté, ne comporte aucun attribut positif: non seulement son titulaire n'a ni droit de préférence, ni droit de suite, mais il ne peut même pas user de la chose. Le seul avantage que lui consent la loi est un avantage négatif: la faculté de dire «non» a tous ceux qui réclament délivrance du bien (...) Le droit de rétention se résume en la faculté, pour le créancier-débiteur, d'assigner unilatéralement un terme à son obligation de délivrance”. La misma idea en **FELÍU REY**: “Garantías...”, p. 14.

<sup>20</sup> **JORDANO FRAGA, FRANCISCO**: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1987, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1987, nº 14, pp. 4767 a 4787, p. 4777: “en mi opinión el *ius retentionis* no es ni derecho real, ni derecho personal, sino excepción *erga omnes*, que tiene esa eficacia indiscriminada no por ser derecho real, ni personal, ni tampoco por ser excepción, sino, simplemente, *porque así resulta* (al menos en opinión de muchos y del que esto suscribe) *de los términos en que la concibe la ley*”. De la misma idea **CARRASCO PERERA**: *Tratado...*, p. 809: “El derecho de retención es únicamente una excepción vinculada a la posesión de la cosa, accesoria del crédito y oponible a terceros”. Sin embargo no siempre queda muy claro si se concibe como una excepción procesal de retención o como una excepción de incumplimiento de contrato. Sobre este último aspecto, **CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO**: *La retención de cosa ajena*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1990, p. 50.

<sup>21</sup> **CANO MARTÍNEZ DE VELASCO**: *La retención...*, p. 30: “En nuestro caso, ello determina que la retención sea un *acto jurídico*. Se trata de un acto posesorio, del retenedor, que corresponde a la posesión natural, pues no puede tener la intención de llegar a ser dueño de la cosa retenida, por impedírsele el concepto de retenedor con el que posee. Es jurídico tal acto porque tiene consecuencias dentro del Derecho. Y, eso sí, estas se producen en el procedimiento civil para la restitución de la cosa retenida, y consisten en el otorgamiento al retenedor de una excepción frente al dueño de ésta. El hecho es sustantivo, como se ve, y, en parte, sus efectos procesales”.

<sup>22</sup> **CANO MARTÍNEZ DE VELASCO**: *La retención...*, p. 60: “Aparentemente es correcto. Pero, no en el fondo. Si así fuera, la excepción de incumplimiento de contrato tendría, por analogía con la retención, también o además, la misma función, o finalidad. Más bien, ocurre que, sin desdeñar que, en todos estos casos, se da una cierta función garantizadora, para el cumplimiento de una deuda, lo que, primeramente, hay es una



En el ámbito jurisprudencial tampoco la doctrina es unánime respecto al alcance, la naturaleza y los efectos del derecho de retención. Generalmente se reconoce que “por el Código Civil español no ha sido regulado el derecho de retención como institución sustantiva, aunque sean muy numerosas sus aplicaciones en materia civil (artículos 453, 464, 502, 1600, 1730, 1780, 1982, entre otros) y en materia mercantil (artículos 276, 704, 842 y 868, ad exemplum)”<sup>23</sup>, e, igualmente, que se trata de una “discutida y poco estudiada figura en nuestro ámbito jurídico y sobre cuya naturaleza jurídica las posiciones no son precisamente pacíficas”<sup>24</sup>. Hay acuerdo, también, en que “no puede aplicarse al derecho de retención una norma general, que no existe, ni regularlo por un criterio único deducido de la uniformidad de sus consecuencias, según el régimen variadísimo del derecho patrio”<sup>25</sup>.

Pero, respecto a la eficacia del derecho de retención tampoco el Tribunal Supremo ha seguido una línea uniforme, tal y como se deduce del análisis comparativo de algunas de sus decisiones. Así, en ocasiones se considera

---

*negativa a cumplir* lo que se debe, que, actuando sobre la contraparte, o sea el acreedor, le constriñe, y en esto está parte de la garantía. Pero, en rigor, no es una garantía desde que se afirma, no sin embajes, que el retenedor no tiene ni «ius vendendi», ni preferencia para el cobro, sino una posición de acreedor quirografario”. Al hilo de ello, **CATALA-FRANJOU**: “De la nature...”, pp. 17 y ss., entiende que en los contratos sinalagmáticos perfectos parece que se establezca una coincidencia perfecta entre la excepción de incumplimiento y derecho de retención; pero que, en realidad, ambas figuras actúan en ámbitos diferentes. Entiende que en los contratos sinalagmáticos perfectos la entrega de la cosa es el objeto mismo del contrato, la obligación esencial, por lo que quien alega excepción de incumplimiento alega falta de causa. En cambio, en el derecho de retención no se apela a la idea de causa: el objeto de la obligación cuyo incumplimiento genera este derecho no es la restitución de la cosa, sino la prestación de servicios acordada, los gastos ocasionados, los perjuicios sufridos, etc., prestaciones todas ellas por hipótesis realizadas cuando el acreedor ejercita la retención, y, por tanto, irreversibles como lo será la deuda nacida como consecuencia (por lo que resultará demasiado tarde para pretender que las cosas vuelvan a su estado inicial). La entrega o restitución del bien sería, pues, una obligación accesorio, sin interdependencia causal (la negativa a la devolución no significa una negativa al cumplimiento), respecto de la que, en estos casos de retención, no podría aplicarse la excepción de incumplimiento de contrato.

<sup>23</sup> STS de 24 de junio de 1941 FD Sexto, que en este punto transcribe la STS de 7 de julio de 1987, FD Tercero.

<sup>24</sup> STS de 4 de octubre de 1989, FD Octavo.

<sup>25</sup> STS de 24 de junio de 1941, FD Sexto.

resultado de la “falta de esa unidad conceptual y en méritos de esa dispersión, de que sean también diversas las consecuencias jurídicas y económicas de este derecho que, en unos supuestos, como en el contemplado en el artículo 502 del Código Civil, lleva anejo un derecho de reintegro; en otros, se traduce en una preferencia o prioridad como en la de los eventos a que aluden los números cuatro, quinto y séptimo del artículo 1922 y en algunos, como en los casos a que se refieren los artículos 276, 704 y 842 del Código de Comercio, el privilegio originario, se aproxima *casi hasta la confusión* a un derecho de garantía”<sup>26</sup>. En otras ocasiones -aunque reiterando la misma consideración y a partir de ella- se concluye “que el artículo 1730 del Código Civil (...) reconoce a favor del mandatario una garantía legal pignoratícia con todos los efectos de ese derecho real, es decir, con la facultad de poder enajenar las cosas objeto del mandato en la forma que autoriza el artículo 1872 y con la preferencia que reconocen los 1922, número 2 y 1926 regla 1ª, y que ello, al propio tiempo, conlleva la consecuencia de que, como tal derecho real, sea oponible «erga omnes» y no sólo frente al mandante”<sup>27</sup>.

Sin embargo, al margen de las anteriores consideraciones, el derecho de retención no ha sido objeto de demasiada atención por parte de los Tribunales que, la mayoría de las veces, han abordado el tema sólo de forma tangencial. Por ejemplo, se ha resuelto que la retención es “una especie de garantía que la ley concede al poseedor”<sup>28</sup>, o que “viene a constituir en términos generales y un tanto abstractos, a manera de un especial derecho de garantía”<sup>29</sup>; consideraciones generales que, a mi juicio, demuestran el desconcierto que existe alrededor del *ius retentionis*.

### **1.3.2. El espíritu unificador de la LGP**

---

<sup>26</sup> STS de 24 de junio de 1941, FD Sexto.

<sup>27</sup> STS de 7 de julio de 1987, FD Segundo.

<sup>28</sup> STS de 21 de mayo de 1928, Considerando 1º.

<sup>29</sup> STS de 4 de octubre de 1989, FD Octavo.

Ante la situación existente resulta fácilmente comprensible que el legislador catalán, apartándose del modelo hasta entonces asumido, emprendiera el intento de “ordenar” el derecho de retención en el ámbito de su competencia legislativa, acogiendo la institución de una forma unitaria, otorgándole una única configuración jurídica y, en aras de una mayor seguridad jurídica, una única regulación y un único grado de efectividad, cualquiera que fuera la obligación asegurada. El intento de ordenar de forma completa y unitaria el derecho de retención sobre bienes muebles, acabando con la anterior situación de desconcierto, obedece, principalmente, al deseo de constituir una garantía segura, a la vez que ágil y lo suficientemente flexible, capaz de ofrecer solución jurídica a las múltiples situaciones sobrevenidas que, en caso contrario, podían quedar desprovistas de la adecuada protección (preámbulo, II LGP)<sup>30</sup>.

La LGP optó, pues, por configurar un derecho de retención de naturaleza real, atribuyéndole los efectos que son propios de los derechos de la misma naturaleza (reipersecutoriedad, realización del valor y efecto anticrético), apartándose del modelo de retención acogido por la legislación estatal, cuya eficacia normalmente se limita a conferir al retenedor un mecanismo de coacción dirigido a compeler al deudor para que satisfaga su deuda, pero que no le permite traspasar lo que podría llamarse fase de seguridad (que se agotaría en el mantenimiento de la posesión del bien por cuya causa nace la obligación que origina la retención) para pasar a la de garantía, cuyo exponente principal es la realización del valor del bien retenido.

---

<sup>30</sup> Esta empresa del legislador catalán en torno a la regulación del derecho de retención no ha sido por todos apreciada ni comprendida. Así **FELIU REY**: “Garantías...”, p. 13, ha calificado de “chocante y paradójico que la Ley catalana ofrezca una regulación unitaria y uniforme para el derecho de retención, circunstancia carente de antecedentes no sólo en nuestro país (incluso a nivel de los distintos Proyectos del Código Civil), sino en diversos cuerpos legales extranjeros”. No obstante, este mismo autor, obra cit., p. 17, reconoce que “Como se puede observar, la ley catalana contempla la realidad del tráfico actual e intenta una adaptación de las instituciones a las exigencias de los tiempos que vivimos imprimiendo una mayor agilidad a las relaciones jurídicas”.

## **2. LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS EN LA LDRG. SU REGULACIÓN CONJUNTA**

La LDRG establece de forma conjunta el régimen jurídico de las garantías reales reguladas en Cataluña y, entre ellas, el de las garantías mobiliarias, esto es, del derecho de retención y del derecho de prenda con desplazamiento posesorio. La inclusión de ambos derechos en un mismo cuerpo legal se justifica por la existencia de importantes puntos de conexión entre ellos, principalmente, por su común naturaleza jurídica, su proyección sobre bienes muebles y por la necesidad de transmisión posesoria. Estas circunstancias no sólo permiten, sino que aconsejan el tratamiento conjunto de ambas instituciones. Esta fue la opción que el legislador catalán consideró más adecuada al redactar la LGP, para conseguir la pretendida adaptación del régimen jurídico de las garantía posesorias sobre muebles a la situación del tráfico económico-jurídico, atendiendo a las demandas detectadas por la práctica; demandas que de otra forma no hubieran sido globalmente atendidas, habida cuenta de la relación existente entre ambas figuras, de su creciente importancia y del papel que actualmente desempeñan<sup>31</sup>.

Sin embargo, la LDRG acomete la regulación conjunta de unos derechos que considera figuras autónomas y singulares. Es decir, la LDRG configura los derechos de retención y de prenda posesoria como garantías independientes entre sí, dedicando capítulos separados a la regulación de cada una de ellas y atribuyéndoles un régimen de constitución y un contenido propios, aunque sean comunes sus caracteres esenciales y los efectos que se les atribuye, aspecto éste que se regula en un capítulo de Disposiciones Generales (art. 2 LDRG).

---

<sup>31</sup> Assessoria Jurídica del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya: “Informe jurídic en relació amb l’avantprojecte de llei de garanties possessòries sobre cosa moble”, remitido al Parlament de Catalunya el 6 de junio de 1991: “La llei que es proposa permetrà disposar d’una regulació sistemàtica i completa de les garanties possessòries sobre bens mobles, amb les corresponents avantatges que això comporta”. Tratamiento conjunto que no todos consideran procedente, como **FELÍU REY**: “Garantías...”, p. 13, aunque no siempre se aduzca mayor razón que el hecho de que ambas figuras “tradicionalmente se han venido confundiendo y distanciando en los distintos estudios que desde temprana edad se han realizado”; circunstancia que no impide, a mi juicio, una reconsideración del tema.

Pero, del análisis conjunto de ambas instituciones se observa, como punto esencial de partida de este trabajo, que, aunque la LDRG, en su estructura, dispense formalmente un trato separado y particular para cada una de las garantías, con la pretensión de establecer su respectiva autonomía, son muchos y trascendentales los aspectos, los elementos de que ambas figuras participan; y que, a mi juicio, aquellos otros que las distinguen pueden ser resultado de su diferente origen, como lógica y necesaria consecuencia jurídica: del origen unilateral y legal del derecho de retención y del origen convencional del derecho de prenda. Esta circunstancia permite realizar el estudio conjunto de las garantías mobiliarias en el Derecho civil catalán, al objeto de resaltar los aspectos que las separan así como aquellos de los que ambas participan, para valorar finalmente la importancia de unos y otros al objeto de concluir, de acuerdo con los parámetros legislativos, el alcance de su respectiva efectividad.

## § 2. NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTO DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS

En un sentido genérico, las garantías constituyen manifestaciones jurídicas de protección del derecho de crédito, cuya finalidad es reforzar la tutela general que el ordenamiento le dispensa (cfr. art. 1911 CC) y, de esta manera, hacer más probable su satisfacción. Desde esta perspectiva, la garantía es un mecanismo que adiciona un nuevo derecho subjetivo al crédito, para reforzar su seguridad de realización.

Esta tutela adicional puede conseguirse mediante la constitución de derechos de garantía de distinta naturaleza. Por un lado, el acreedor puede garantizar el cobro de su crédito mediante la constitución de un nuevo derecho de crédito, un derecho subjetivo de naturaleza personal, que tenga un sujeto pasivo distinto al de la obligación que se pretende asegurar, contra el patrimonio del cual también pueda dirigirse el acreedor (garantías personales). Por otro lado, el acreedor puede asegurar la satisfacción de su crédito mediante la constitución de un derecho de naturaleza real, que le permita dirigirse directamente contra un bien determinado, con independencia de quien sea su propietario (garantías reales). En este último caso, la tutela adicional del crédito no descansa en la diversidad de patrimonios responsables del cumplimiento de la obligación garantizada, sino que se basa en la vinculación absoluta e inmediata que existe entre el bien o los bienes específicamente afectados en garantía de un crédito, sobre los que el acreedor puede dirigirse para satisfacerse con el valor de los mismos<sup>32</sup>. A esta segunda categoría

---

<sup>32</sup> **DÍEZ-PICAZO, LUIS – GULLÓN, ANTONIO:** *Sistema de Derecho Civil*, v. III, quinta edición revisada y puesta al día, Tecnos, S.A., Madrid, 1994, p. 496: “Por garantía se entiende toda medida de refuerzo que se añade a un derecho de crédito para asegurar su satisfacción, atribuyendo al acreedor un nuevo derecho subjetivo o unas nuevas facultades (...) Las garantías reales son las que recaen sobre cosas determinadas y tienen como uno de sus efectos la oponibilidad *erga omnes*”. Para **GARRIDO, JOSÉ MARÍA:** *Tratado de las preferencias del crédito*, Cívitas, Madrid, 2000, p. 60; y en “Teoría...”, p. 1801, otra circunstancia que separa las garantías reales de las personales es la referida a la

pertenecen los derechos de prenda y de retención que la LDRG regula, derechos subjetivos de naturaleza real que ofrecen al titular del crédito garantizado la posibilidad adicional de resarcirse con cargo al valor del objeto afectado (arts. 2, 7 y 19 LDRG).

### **3. NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTO DEL DERECHO DE PRENDA: MANTENIMIENTO DE SU EFICACIA TRADICIONAL**

La prenda ha sido definida siempre como un derecho limitativo del dominio, como un derecho real de garantía sobre cosa mueble ajena<sup>33</sup>. Esta

---

preferencia: “Lo que importa destacar de las garantías personales es que en ninguna de ellas se da un fenómeno de preferencia, ya que el acreedor no adquiere un derecho ejercitable frente a otros acreedores, como sucede por definición en la preferencia, sino que adquiere un derecho de crédito contra un nuevo sujeto obligado, pero tal derecho no le confiere ninguna posición de superioridad frente a los acreedores del deudor original ni frente a los acreedores del garante”.

<sup>33</sup> Sin embargo, ninguno de los textos positivos que actualmente se ocupan del régimen jurídico de la prenda dedica un sólo artículo a definirla. No lo hizo la LGP ni lo hacen la LDRG o el CC, aunque del conjunto de sus respectivos articulados pueda extraerse fácilmente su concepto. En cambio, sí lo hizo el Proyecto de Código Civil de 1851, el llamado “Proyecto García Goyena”, que en su artículo 1771 define la prenda como “el derecho concedido al acreedor de retener en su posesión la cosa mueble que le sea entregada para seguridad de su crédito hasta que le sea pagado, y de recobrar este en otro caso con el importe de la misma cosa recibida en prenda, según la forma que determina la ley”. Por su parte, la doctrina se ha esforzado en formular conceptos que, con mayor o menor amplitud, pero de forma parecida, vienen a significar el contenido esencial del derecho de prenda. Así, en **SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE**: *Estudios de Derecho civil*, t. IV, segunda edición corregida y aumentada, Establecimiento Tipográfico «Sucesores de Rivadeneira», Madrid, 1889-1912, p. 971: “Es un contrato accesorio, real y unilateral, celebrado en garantía de una obligación anterior y perfecta, mediante la entrega que el deudor hace de una cosa al acreedor ó á tercera persona, por virtud del cual, y cumplida que sea la obligación garantizada, debe el acreedor restituir la cosa al deudor con sus frutos y acciones”; **MANRESA Y NAVARRO**: *Comentarios...*, p. 545: “la prenda, en el concepto en que la examinamos, es un contrato accesorio, real y unilateral, celebrado en garantía de una obligación anterior y perfecta, mediante la que el deudor entrega al acreedor o a una tercera persona una cosa mueble para garantizar con ella el cumplimiento de una obligación determinada, cumplida la cual deberá restituir al deudor la cosa pignorada, con sus frutos y acciones”; **SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS**, en **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS Y OTROS**: *Elementos de Derecho Civil*, t. III, v. 2º, segunda edición, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1991, p. 298: “aquél en cuya virtud determinados bienes muebles, del deudor o de un tercero, quedan especial y preferentemente afectos al cumplimiento de una obligación, para lo cual se desplaza su posesión al acreedor o a un tercero, pudiendo el acreedor realizar su valor y satisfacer en él su crédito con exclusión de los no privilegiados (cfr. art. 1.922, 2º) si, llegado el vencimiento de la obligación, ésta no fuese cumplida”; **ALBALADEJO, MANUEL**: *Derecho*

configuración jurídica, acogida por la legislación estatal, se mantuvo en la LGP, cuyo Preámbulo, III declaraba expresamente: “se mantiene la eficacia de esta tradicional figura de garantía”, y se mantiene en la LDRG, que en su Preámbulo, 1º declara que esta Ley “parte” de aquélla. Con ello se pone de manifiesto que la regulación del derecho de prenda que la legislación catalana acoge sigue el esquema clásico tradicionalmente establecido en los textos positivos, que lo configuran como derecho real de garantía, por el que, a través del traslado posesorio, uno o determinados bienes de naturaleza mueble (cfr. art. 1864 CC) –del deudor o de un tercero- se adscriben a la satisfacción de un crédito determinado (cfr. art. 1857. 1º CC), con carácter preferente (cfr. arts. 1922.2º y 1926. 2º, 1ª CC) y eficacia *erga omnes* (cfr. art. 1865 CC).

---

*Civil*, t. III, v. 2º, octava edición, José María Boch Editor, S.A., Barcelona, 1994, p. 251: “aquel derecho real que tiene el acreedor de una obligación principal, sobre una cosa mueble ajena, en cuya virtud, para garantizar el cumplimiento de aquélla, está facultado para poseer ésta y para, si es incumplida, promover su enajenación y que le sea hecho pago con su precio”; **PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS**: *Derechos...*, p. 57: “Es un derecho real de garantía y de realización de valor caracterizado por el desplazamiento de la posesión”; **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 93: “aquel derecho que el deudor o un tercero concede sobre una cosa mueble (entendida en sentido amplio), para que ésta permanezca especialmente reservada para la futura satisfacción del acreedor, y así, en caso de incumplimiento de la obligación, pueda utilizarla para cobrar su crédito con preferencia frente a los otros acreedores del constituyente, incluso si la cosa ha pasado a propiedad de un tercero”. Igualmente en STS 26 de marzo de 1997, FD Tercero: “El derecho de prenda es un derecho real de garantía que para asegurar el cumplimiento de una obligación otorga a su titular el poder sobre una cosa mueble que le permite poseerla y, si se incumple aquélla, realizarla”. No obstante, debe tenerse en cuenta, como resaltó **GARCÍA GOYENA, FLORENCIO**: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. III, v. IV, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, p. 237, que el vocablo “prenda” se utiliza para referirse tanto a la misma cosa mueble que se afecta en garantía, como al negocio por el que se constituye el gravamen o al derecho que adquiere el acreedor. Esta misma aclaración en **FALCÓN, MODESTO**: *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, t. IV, cuarta edición notablemente corregida y adicionada, Imprenta «Cervantes», Madrid, 1893, p. 340; **SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE**: *Estudios de Derecho civil*, t III, segunda edición corregida y aumentada, Establecimiento Tipográfico «Sucesores de Rivadeneira», Madrid, 1889-1912, p, 759; **PLANAS Y CASALS JOSÉ Mª**: *Derecho Civil español común y foral*, según las explicaciones dadas en la Universidad de Barcelona por el Excmo. Sr. D. ... Catedrático de dicha asignatura, publicadas y anotadas por el Dr. D. **MARIANO RUBIÓ Y TUDURÍ**, t. II, Librería Bosch, Barcelona, 1925, p. 466. Sobre las construcciones jurídicas que niegan a la prenda su categoría real véase, por todos, **SANCHO REBULLIDA**: *Elementos...*, pp. 291 y ss. También, aunque con relación a la hipoteca en su tipificación de derecho real, consúltese **ROCA SASTRE, RAMÓN Mª - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS**: *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 1º, séptima edición, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1979, pp. 212 y ss.



Esta configuración real del derecho de prenda tiene su proyección positiva en diferentes preceptos de la LDRG, que establecen los efectos tradicionalmente inherentes a esta garantía y que le atribuyen los caracteres propios de los derechos de naturaleza real. Por tanto, la LDRG regula el derecho real de prenda con desplazamiento a partir de la idea general de inherencia del gravamen al objeto dado en garantía, cualquiera que sea el patrimonio donde se encuentre. Esta idea de vinculación real se proyecta y concreta en la LDRG por el establecimiento de los efectos derivados de la prenda, que de una manera general se contienen en el artículo 2 LDRG, y, fundamentalmente, por la posibilidad que tiene el acreedor pignoraticio, titular del derecho real, de retener la posesión de la cosa hasta el completo pago del crédito asegurado, como forma de proteger su garantía (art. 18 LDRG), y de instar la realización del valor de la cosa en los casos legalmente previstos, para cobrarse con su precio (art. 19 LDRG) con carácter preferente (art. 2.2 LDRG).

Igualmente, la LDRG refleja la idea de inherencia y vinculación objetiva que debe estar presente en el derecho real de prenda, reconociendo y manifestando los caracteres tradicionalmente predicados de este tipo de garantía. Así, la LDRG configura una garantía de carácter accesorio del crédito al que acompaña (art. 13) e indivisible (arts. 14.2 y 18.1).

Sin embargo, la LDRG, en relación con la LGP, elimina el principio de especialidad en la prenda, introduciendo así una novedad que incide en la configuración clásica o tradicional de esta garantía. Se entiende que, “en un sistema de publicidad que se basa principalmente en la posesión y, de forma secundaria, en la existencia de un instrumento público, el principio de especialidad puede ser de difícil concreción en la práctica” (Preámbulo, 9º LDRG). La eliminación de este principio afecta especialmente a la prenda de objetos diversos, donde la distribución de la responsabilidad real entre los mismos es “meramente voluntaria” (Preámbulo 9º LDRG; cfr. art. 15.1 LDRG). No obstante, la eliminación de este principio de especialidad afecta también a la prenda cuando se constituya en garantía de más de una obligación, puesto

que, en este caso, el objeto gravado responde del cumplimiento de cualquiera de ellas o de todas (cfr. art. 13.3 LDRG). Sin embargo, en este caso, como más adelante se verá, no es tanto que se elimine el principio de especialidad, cuanto que la proyección del mismo se traslada de la obligación asegura al máximo garantizado.

A pesar de esa circunstancia, del conjunto de previsiones que la LDRG establece para la prenda posesoria se observa una perfecta coherencia entre la declaración contenida en el Preámbulo LGP y la eficacia y caracteres efectivamente atribuidos a la garantía. La LDRG mantiene la eficacia tradicional del derecho de prenda con desplazamiento posesorio, al que configura como una garantía real específica limitativa del dominio ajeno (cfr. art. 12.1, a), en beneficio de la satisfacción del crédito que asegura, del cual, no obstante, responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 CC). En definitiva, la LDRG acoge un modelo en el que la prenda destaca por su carácter de carga o gravamen, puesto que la garantía afecta directa e inmediatamente al bien o bienes sobre los que recae al cumplimiento de la obligación en seguridad de la cual fue constituida, cualquiera que sea su propietario o el titular de la garantía. Esta vinculación del bien pignorado a la satisfacción o pago de un crédito proporciona al acreedor, titular de la garantía, mayor seguridad de cobro, dado que cuenta con la posibilidad de instar la venta forzosa de la cosa gravada si el deudor no cumple en su momento (art. 19 LDRG).

## **4. NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTO DEL DERECHO DE RETENCIÓN**

### **4.1. Configuración real del derecho de retención**

La LGP calificó abierta y claramente al derecho de retención como garantía de naturaleza real (Preámbulo, II, 3º) y, acorde con ello, le atribuyó los caracteres y efectos propios de los derechos de tal naturaleza (arts 2, 5 y 6). Configurado así el derecho de retención quedó zanjada en Cataluña la

polémica doctrinal acerca de la naturaleza de la garantía, cuestión de la que, frecuentemente, se ha hecho depender su ámbito de eficacia<sup>34</sup>.

La configuración del derecho de retención como derecho real de garantía fue, como se ha dicho, la novedad más importante de la LGP en relación con la normativa anterior<sup>35</sup>. Como punto de partida, la LGP acogió un derecho de retención autónomo, independiente, que se encuadraba en la categoría de los derechos reales y al que correspondían todas las prerrogativas y facultades de los derechos de esa naturaleza. La LGP concibió, pues, el derecho de retención no sólo como una medida coercitiva, de compulsión, para obligar al deudor a satisfacer el crédito que contra él tuviera el retenedor, a través de la oposición al deber de restituir la cosa vinculada a ese crédito – facultad con la que el derecho de retención así entendido agotaría su virtualidad. La LGP consideró al derecho de retención como un gravamen que actúa sobre la cosa retenida (arts. 2.1, a) y 3 LGP), afectándola directamente al pago de la deuda insatisfecha (arts. 2.1, b) y c), y 4 LGP) cualquiera que sea el patrimonio donde se integre, es decir, con independencia de quien sea su actual propietario (art. 5.1 y Preámbulo II, 3º LGP), y como un derecho que faculta a su titular para realizar el valor de la garantía, mediante un procedimiento específico de realización forzosa que la misma LGP regulaba (art. 6), si ello fuera necesario (arts. 2.1, c), y 6 LGP)<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> **ABRIL CAMPOY**: “El derecho...”, p. 1093: “El trato que la doctrina ha brindado a la cuestión de la naturaleza jurídica de la retención ha estado frecuentemente comprometido con la eficacia que se ha pretendido predicar de esta garantía. De ese modo, ha sido habitual mantener la naturaleza de derecho personal cuando se deseaba limitar la eficacia *inter partes*, mientras que cuando la intención se encaminaba al establecimiento de unos efectos *erga omnes* se sostenía, con anterioridad, la naturaleza real del instituto”. Además del ámbito de efectividad de la figura, quedaba también comprometida la opinión sobre la existencia de la facultad de realización del valor del bien sujeto a retención e, incluso, el carácter preferente del crédito del retenedor.

<sup>35</sup> Así ha sido advertido por **SOLÉ RESINA**: “La ejecución...”, p. 1; **CAMPO VILLEGAS**: “En torno...”, p. 95; **FELÍU REY**: “Garantías...”, p. 14. No obstante, según el Preámbulo II, 2º LGP, el punto más importante de la regulación del derecho de retención se refería al modo de fijación del importe de las obligaciones que originan la garantía, aunque la determinación unilateral hecha por el retenedor no fuera un sistema innovador, sino que ya había sido empleado para los supuestos de retención previstos en la CDCC, como en el propio texto se reconoce.

<sup>36</sup> Configuración jurídica del derecho de retención en la LGP no por todos

De esta manera, el legislador catalán se apartó de la tesis derecho de retención-derecho de garantía personal, e hizo del derecho de retención una garantía de naturaleza real y, por tanto, de mayor eficacia –más ágil decía el Preámbulo de la LGP-, capaz de ofrecer los instrumentos adecuados para satisfacer el interés del acreedor, reforzando sus facultades y ampliándolas respecto del derecho de crédito de la que es accesoria, en previsión de la insuficiencia de la responsabilidad patrimonial universal del deudor.

No obstante, este claro posicionamiento en favor de la naturaleza real del derecho de retención no fue adoptado, se podría decir, “sin más” por los redactores de la LGP. En beneficio de la seguridad jurídica, y con la pretensión de delinear los presupuestos y los elementos necesarios que perfilaran con mayor claridad este derecho y su eficacia, la LGP estableció una serie de medidas precautorias, una serie de requisitos<sup>37</sup> a través de los cuales quedaban garantizados los derechos e intereses de las partes en la relación obligatoria que origina la garantía, así como los de los terceros eventualmente implicados<sup>38</sup>.

---

aceptada. Así **CAMPO VILLEGAS**: “En torno...”, p. 96, considera que el derecho de retención “como derecho de garantía, si bien le reconocemos una cierta trascendencia real sin embargo no se trata de un derecho real de garantía pleno y perfecto”; **FELÍU REY**: “Garantías...”, p. 19: “El derecho de retención regulado por la Ley catalana (con exclusión del procedimiento solutorio del art. 6º, que no es un auténtico derecho de retención) no es esencialmente distinto al contemplado en el CC (...) la única diferencia entre el derecho de retención del CC y de la Ley catalana se puede centrar en la posibilidad de que el deudor imponga la subrogación real prevista en el art. 7º”. A favor de la configuración real del derecho de retención regulado en la LGP, **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS**: *Instituciones...*, p. 387; **MIRALLES GONZÁLEZ**: “Ley...”, p. 714; **SOLÉ RESINA**: “La ejecución...”, p. 1; **ABRIL CAMPOY**: “El derecho...”, p. 1923; **LUCAS ESTEVE**: “El régimen...”, p. 94; **POZO CARRASCOSA**: “La retención...” p. 219; **FUGARDO ESTIVILL**: “Consideraciones...”, p. 270; **FUENTES MARTÍNEZ**: “El derecho...”, p. 249. Cosa distinta es la opinión de los autores respecto a la eficacia real de este derecho de retención. A este respecto, véase CAP III, § 6, 24.

<sup>37</sup> Medidas todas ellas que, junto a la iniciativa y valentía del legislador catalán para abordar con criterio propio y firme una materia reconocidamente polémica en todos los ámbitos jurídicos, han supuesto una nueva aportación, cuanto menos coadyuvante para la clarificación de la figura, que abre paso a nuevos análisis y, como consecuencia, a nuevas aportaciones que resultan absolutamente necesarias para cualquier ordenamiento jurídico que pretenda mantenerse actual y dinámico. Así es como ha de entenderse la iniciativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña, y no de otra manera (cfr. **FELÍU REY**: “Garantías...”, especialmente, p. 19).

<sup>38</sup> Alguna de estas medidas hacía que el derecho retención fuera una garantía

Actualmente, el régimen jurídico del derecho de retención se encuentra establecido por la LDRG, que mantiene la configuración real de la garantía tal y como fue diseñada por su predecesora (art. 2 LDRG). La LDRG también califica abierta y claramente el derecho de retención como derecho real de garantía, no sólo en su Preámbulo (Preámbulo 1º, 3º, 4º), como se hacía en la LGP (Preámbulo II, 3º), sino también en su articulado (arts. 1 y 2).

Como cualquier otro derecho real de garantía, el derecho de retención que la LDRG acoge proyecta su efectividad en dos momentos o fases, tradicionalmente diferenciadas por la doctrina: la fase de seguridad (arts. 2.1, a) y b); 3, 6 y 11 LDRG) y la fase de realización (art. 7 LDRG)<sup>39</sup>. Sin embargo, en el derecho de retención la llamada fase de seguridad opera en un momento distinto respecto de otros derechos reales de garantía, como pueda ser la prenda o la hipoteca. En estos últimos derechos la fase de seguridad opera, fundamentalmente, con anterioridad al eventual incumplimiento de la obligación asegurada, y su principal finalidad se encuentra en estimular al deudor al pago de lo debido, en el momento acordado. Pero el derecho de retención nace, precisamente, como consecuencia de un incumplimiento, como mecanismo de defensa que la ley pone a disposición del titular de un crédito ya insatisfecho, en determinadas circunstancias. La fase de seguridad del derecho de retención opera sólo en un momento posterior al incumplimiento, en el periodo de tiempo que media entre la constitución del derecho real y el cumplimiento tardío de la obligación o la realización forzosa del bien afectado por la garantía (cfr. art. 7.1 LDRG)<sup>40</sup>.

---

menos ágil de lo que la LGP pretendía, como se verá más adelante (cfr. art. 6.2 LGP).

<sup>39</sup> Por tanto, como ha quedado dicho, el derecho de retención que la LDRG acoge no agota su eficacia en la fase de seguridad, lo que únicamente supondría la facultad del retenedor de rehusar el cumplimiento de la obligación de entrega, sino que también se proyecta en la fase de realización del valor del bien objeto de la retención, a instancia del titular del derecho.

<sup>40</sup> Como más adelante se verá, incumplida en su momento la obligación y constituida la garantía, ningún precepto obliga al retenedor a realizarla en un periodo máximo de tiempo.

## 4.2. Concepto del derecho real de retención

Hasta el momento, ninguno de los textos positivos que se han ocupado del derecho de retención lo han definido. Salvo en la idea primera, que considera el derecho de retención como mecanismo legalmente establecido que faculta al acreedor insatisfecho para mantener su situación posesoria – aunque variando el concepto por el que posee- mientras el deudor no cumpla, en casi todo lo demás existen, como se ha dejado dicho, opiniones y matices dispares que comprometen y dificultan la posibilidad de definir de forma generalmente admitida el contenido esencial del derecho de retención<sup>41</sup>.

La LDRG tampoco define el derecho real de retención sobre bienes muebles. Sin embargo, con independencia de criterios subjetivos, no es difícil extraer el concepto de retención que la LDRG acoge, dado que en la misma se determina de forma clara y homogénea la naturaleza jurídica del instituto así como los efectos que se le atribuyen. Atendiendo a ello, la retención puede ser definida como aquel derecho real de origen legal y constitución unilateral que, recayendo sobre cosa mueble ajena, faculta a su titular para continuar poseyéndola, promover su enajenación y cobrarse con su precio<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> La diversidad de opiniones en torno a la retención conduce, como consecuencia, a la formulación de conceptos diferentes, según cual sea el punto de partida, aunque respetando siempre la idea de principio. Así, **BELTRÁN DE HEREDIA DE ONIS**: *El Derecho...*, p. 11: “Es, en definitiva, el derecho de retención una facultad que compete al acreedor, por virtud de la cual se defiende de la injusta pretensión del propietario de la cosa, que aquél retiene, negándose a entregársela, hasta que le sea satisfecho el crédito existente por razón de los gastos realizados sobre la cosa misma”; **ALMAGRO NOSETE**: “Significación...”, p. 115: “una facultad otorgada por la Ley a quien se encuentra en la tenencia de una cosa perteneciente a otra persona, para denegar su restitución a quien legítimamente reclame la entrega de la misma, hasta que no se reembolsen al tenedor los gastos o devengos producidos por razón de la cosa”; **CANO MARTÍNEZ DE VELASCO**: *La retención...*, p. 30: “procede definirla como acto jurídico, por el que, quien recibió de buena fe la posesión de una cosa material, por cualquier título legítimo o aparente, puede mantenerse en ella, pese a llegar el término para su restitución, por razón de gastos, necesarios o útiles, realizados en aquélla, mediante, incluso, una excepción procesal”; **VIÑAS MEY**: “El derecho...”, p. 104: “es la facultad concedida por la ley de prolongar la tenencia de una cosa debida en consignación, por virtud de un crédito relacionado con ella hasta el pago del mismo”.

<sup>42</sup> La SAP de Tarragona, de 4 de septiembre del 2000, que se ocupó de la legitimidad y procedencia de un derecho de retención sometido a la LGP, ofrece un concepto de esta garantía, a mi juicio incompleto, en el FD Segundo, 1º: “el derecho de retención de una cosa mueble es un derecho real de garantía constituido unilateralmente

---

por el acreedor en virtud del cual se puede negar a la restitución de la cosa hasta que no se le haya pagado la deuda que lo originó, cuyo importe, a tales efectos, también lo determina el retenedor”. **LUCAS ESTEVE**: “El derecho...”, p. 1025: “podemos definir el derecho de retención como un derecho real de garantía otorgado por la ley al poseedor de buena fe de cosa mueble ajena, acreedor de su titular, para el cobro de las deudas previstas expresamente por la ley y con facultad para retener la cosa hasta el pago de la obligación, cobrarse con sus frutos y enajenarla”.





## **CAP. II.- CONSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS**

### **§ 1. CONSTITUCIÓN DE LA PRENDA**

El artículo 12 LDRG, con el que se inicia la regulación especial de la prenda, subordina la válida constitución de este derecho real a una doble exigencia esencial: que el pignorante pueda disponer libremente de la cosa que ofrece en prenda (art. 12.1, a), y que la posesión del objeto que se afecte en garantía se entregue al acreedor o a un tercero, de acuerdo con el pignorante, por cualquiera de los mecanismos de transmisión posesoria legalmente admitidos (art. 12.1, b)<sup>43</sup>.

Además, por su propia naturaleza, la prenda ha de constituirse siempre en garantía de una obligación determinada, para asegurar su cumplimiento.

---

<sup>43</sup> Los requisitos exigidos por el artículo 12 LDRG no son propiamente fundamentales del negocio de prenda. Como en su momento aclarara **SCAEVOLA: Código...**, p. 293, refiriéndose a la terminología empleada por el párrafo primero del artículo 1857 CC, “Los requisitos de los contratos pueden ser fundamentales o constituyentes, que son los expresados en el artículo 1.261 (...) Si analizamos los requisitos exigidos por este primer párrafo del artículo que glosamos, no son requisitos propiamente convencionales, sino presupuestos previos que tienen que existir para que el contrato de prenda o de hipoteca tengan virtualidad. Se trata de una serie de *condictio juris*, que nada tienen que ver con los requisitos contractuales. Cuando se den los presupuestos que contempla el precepto, entonces se podrá convenir sobre la constitución de la prenda o de la hipoteca, y en esta convención entrarán los requisitos del art. 1.261 como fundamentales y esenciales”.

## 1. PRESUPUESTO DE CONSTITUCIÓN: LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA

### 1.1. Naturaleza dineraria de la garantía.

Las garantías posesorias pueden constituirse en seguridad de todo tipo de obligaciones, ya supongan una prestación de dar, de hacer o de no hacer (cfr. arts. 5 y 13 LDRG)<sup>44</sup>.

No obstante, cuando la garantía asegure el cumplimiento de obligaciones de naturaleza no dineraria, es decir, cuando la obligación garantizada consista en una prestación de dar no dineraria, de hacer o de no hacer, la prenda no asegura el cumplimiento exacto y específico de la obligación que garantiza.

Cuando el deudor no cumpla voluntariamente con su obligación no pecuniaria y el acreedor decida realizar su garantía, ésta se extingue, no como consecuencia de un pago en su sentido estricto, sino porque el dinero obtenido de la venta del objeto se aplica a la satisfacción del crédito asegurado. En estos casos, la garantía no asegura más que el pago de una cantidad de dinero, la que se obtenga como resultado del ejercicio del *ius distrahendi* que permite al acreedor cobrar su crédito a costa de la cosa (arts. 2.1, c), y 19 LDRG). Es decir, en estos casos, la garantía asegura el éxito de la realización forzosa de la obligación incumplida (cfr. arts. 1096.2º -"a expensas"- y 1098 -"a su costa"- CC). Por tanto, si bien la obligación garantizada no tiene por qué ser necesariamente pecuniaria, la garantía siempre lo es<sup>45</sup>, dado que lo único que asegura en último término es el cobro de la cantidad de dinero obtenida de la realización.

---

<sup>44</sup> Como afirman **ROCA SASTRE, RAMÓN M<sup>º</sup> - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS**: *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º, séptima edición, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1979, p. 720, no pueden garantizarse con prenda aquellas obligaciones cuya imposible estimación no permite su traducción en dinero (p.e., deudas derivadas del estado civil de las personas o de relaciones de familia). En el mismo sentido **PÉREZ-GONZÁLEZ, BLAS – ALGUER, JOSÉ**, en **ENNECCERUS, LUDWIG – KIPP, THEODOR – WOLFF, MARTÍN**: *Tratado de Derecho Civil*, t. 3, "Derecho de Cosas", décima revisión, por **WOLFF, MARTIN – RAISER, LUDWIG**, traducción española con anotaciones de **PÉREZ-GONZÁLEZ, BLAS – ALGUER, JOSÉ**, v. II, tercera edición al cuidado de **PUIG BRUTAU, JOSÉ**, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1971, p. 432.

<sup>45</sup> **DÍEZ-PICAZO - GULLÓN**: *Sistema...*, p. 535. Igualmente **PÉREZ-GONZÁLEZ - ALGUER**: *Tratado...*, p. 431, quienes, además, advierten que el crédito asegurado no pierde en ningún

La imposibilidad de forzar al deudor al cumplimiento de la obligación no dineraria asegurada aconseja que, al constituir la garantía, las partes determinen preventivamente la cifra de responsabilidad por incumplimiento<sup>46</sup>. De lo contrario, si las partes no convienen al respecto, habrán de estar a lo que judicialmente se declare sobre el alcance de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento específico (cfr. arts. 7.2, 7.3, c); 19.2 y 19.4, c) LDRG)<sup>47</sup>.

## 1.2. La accesoriidad de la garantía

La prenda es un derecho real de garantía que se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación, aún cuando ésta no exista todavía (cfr. art. 13.1 LDRG). Como consecuencia, el derecho real de prenda siempre presupone la existencia de un crédito, al que se vincula en régimen de accesoriidad y del que dependen su existencia y subsistencia, su validez y licitud, así como sus vicisitudes. La función de garantía que corresponde a la prenda exige que la obligación que se asegure sea necesariamente válida. Cuando la obligación es nula –como pueda ser por la no concurrencia de alguno de los requisitos del artículo 1261 CC si la garantía deriva de un contrato- la prenda no llega a nacer. En este caso puede haber una apariencia de prenda, pero el derecho real de garantía no llega a existir, porque no existe su presupuesto: la obligación a garantizar. Cuando la obligación es anulable (cfr. arts. 1300 y 1301 CC) la prenda produce sus efectos a pesar del riesgo de que

---

caso su naturaleza no pecuniaria, porque no es éste sino la garantía la que se convierte en pecuniaria.

<sup>46</sup> **ALBALADEJO**: *Derecho*, t. III..., p. 239, entiende que, no habiendo para el derecho de prenda con desplazamiento posesorio un precepto similar a los artículos 12 LH y 12.4 LHM que exija que se exprese "el importe de la obligación asegurada", no será preciso señalar una cifra de responsabilidad para el caso de que, incumplida la obligación, se utilice el derecho real para obtener la suma a la que la responsabilidad asciende. Sin embargo, si bien esta previsión no es ciertamente obligatoria, como afirma este autor, en la mayoría de los casos sí puede resultar conveniente que las partes marquen un límite a la responsabilidad, e incluso que la fijen si es posible.

<sup>47</sup> **GUILARTE ZAPATERO, VICENTE**, en **AAVV**: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por **ALBALADEJO, MANUEL**, t. XXIII, segunda edición, Edersa, Madrid, 1990, p. 472.

efectivamente aquélla sea anulada. Si, finalmente, la obligación se impugna, la prenda pierde también su presupuesto y se extingue<sup>48</sup>. Por la misma razón, cuando la obligación garantizada se extinga por cualquier causa también se extingue la prenda<sup>49</sup>; y, si la obligación o el crédito es variable, la prenda responde de aquello en que consista en cada momento, excepto pacto en contra (cfr. art. 13.2 y 3 LDRG). La accesoriedad de la garantía respecto de la obligación asegurada también trae como consecuencia que ambos derechos, crédito y garantía, correspondan a un mismo titular y, por ello, la imposibilidad de transmitir ésta de forma aislada e independiente del crédito cuyo cumplimiento asegura. Igualmente, el carácter dependiente de la garantía conlleva la determinación de la obligación que asegura así como de los bienes gravados, al efecto de proteger a las partes y, principalmente, a los terceros, que han de tener la posibilidad de conocer cómo y de qué responde el objeto gravado.

La LDRG atiende a la accesoriedad de la prenda en su artículo 13, cuando dice que "La prenda puede garantizar cualquier obligación"<sup>50</sup>. Este artículo 13 LDRG contempla la garantía real pignoratícia desde la perspectiva de la obligación asegurada, y establece la validez de la prenda constituida en seguridad de cualquier tipo de crédito, siempre que sea lícito o tenga fuerza civil para obligar, independientemente de la naturaleza de la prestación y de la naturaleza de la propia obligación. Lo ordinario será que la garantía se constituya en seguridad de una obligación presente y dineraria, pero pueden asegurarse con prenda todo tipo de obligaciones, presentes o futuras, de dar -dinerarias o no dinerarias-, de hacer o no hacer, ya sean puras o sometidas a plazo o condición. A modo de ejemplo y, por tanto, sin ánimo de exhaustividad, la LDRG se refiere a las obligaciones presentes o futuras, propias o ajenas del pignorante (art. 13.1); a

---

<sup>48</sup> La prenda impugnada puede convalidarse a los cuatro años (art. 1301 CC) o confirmarse (art. 1310 y ss. CC).

<sup>49</sup> **PÉREZ-GONZÁLEZ – ALGUER: *Tratado...***, p. 432; **PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos...***, p. 46.

<sup>50</sup> El correlativo artículo 1857.1º CC emplea la expresión "obligación principal". A juicio de la doctrina, el calificativo empleado no es técnicamente el más correcto, como expone **GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios...***, p. 444, dado que es posible garantizar con prenda obligaciones que no tengan el carácter estricto de principal, como la del fiador.

las obligaciones de las que se desconozca el importe en el momento de constituir la prenda (art. 13.2); y al supuesto en que se garanticen diversas obligaciones, ya contraídas o por contraer, en forma simultánea o sucesiva, entre el mismo deudor y el mismo acreedor (art. 13.3).

La específica clase de algunas de las obligaciones susceptibles de ser garantizadas con prenda posesoria influye en el derecho real, trasladándole ciertas modalidades, dado el carácter accesorio y auxiliar de éste. Conviene, pues, en este punto, analizar los efectos de algunas variantes, siquiera las más usuales y aquéllas a las que la LDRG se refiere.

### **1.3. La prenda en garantía de obligación futura y la prenda en garantía de obligación condicional**

#### **1.3.1. Presupuesto de la garantía. La inexistencia de la obligación futura y el principio de accesoriedad de la garantía**

Según el artículo 13.1 LDRG, en su primer inciso, la prenda se puede constituir para garantizar el cumplimiento de una obligación presente, es decir, para asegurar un crédito ya existente o contraído simultáneamente, o para asegurar una obligación futura, esto es, aquélla que si bien no existe todavía su existencia está prevista por las partes con una cierta seguridad o posibilidad (cfr. arts. 13.3 LDRG, 1825 CC, 142 y 143 LH, 232 y 238 RH)<sup>51</sup>. Por tanto, la LDRG permite garantizar el cumplimiento de un mero proyecto de obligación, incluso, aunque no exista siquiera el supuesto de hecho que ha de generarla<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Así la definen **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL**: *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., p. 708.

<sup>52</sup> Al intento de precisar el concepto de obligación futura a los fines establecidos por el artículo 1825 CC, **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentario...*, pp. 104 y ss., distingue entre tres de las principales orientaciones doctrinales existentes al respecto. Por una parte se sitúan quienes entienden que la validez de la garantía de obligación futura requiere la necesaria preexistencia de un vínculo jurídico, del que surgirá la obligación a garantizar, por exigencia del principio de accesoriedad; por otra parte, quienes defienden la tesis contraria, y, finalmente, la orientación intermedia que estima que si bien no es necesario que al momento de constituirse la garantía exista entre las partes un vínculo jurídico del que surja la obligación garantizada, si resulta necesaria la existencia de circunstancias

Pero este mero proyecto, la obligación futura, se considera suficiente como presupuesto de la constitución actual de negocios jurídicos de garantía, entre ellos, para la constitución de la prenda<sup>53</sup>.

Admitir la posibilidad de constituir derecho real de prenda previamente a la existencia de la obligación que asegura no entra en contradicción con el principio de accesoriedad de la garantía, “pues no cabe impedir que la voluntad de los interesados aprecie, anticipadamente, el interés a satisfacer y su eventual protección refiriéndolo a la deuda futura y alterando el orden cronológico de la formación del negocio jurídico”<sup>54</sup>. En estas hipótesis puede decirse que existe una situación de pendencia que no cabe confundir con la condición suspensiva, sino que técnicamente ha de ser entendida como situación a la espera de que se complementen todos los elementos necesarios para que el negocio jurídico produzca sus efectos definitivos<sup>55</sup>.

---

objetivas que permitan la determinación de la obligación futura. Entre estas orientaciones, **GUILARTE ZAPATERO**, obra cit., p. 107, parece decantarse por la última, que considera “desenvolvimiento y puntualización” de la anterior: “Ha de entenderse, pues, que sólo la obligación futura y determinada o determinable, sin necesidad de una nueva declaración del fiador y del acreedor es susceptible de afianzamiento, lo cual exigirá, como se ha observado, que, al menos, sean conocidas las partes entre quienes la obligación principal debe surgir y, de alguna forma, esté determinado o sea determinable el límite de la garantía o de la obligación principal. Sin embargo, me parece innecesaria otra circunstancia que también se señala: la existencia de una base de hecho de la cual pueda nacer la obligación futura, pues ésta, a mi entender, vendrá ya implícita en los requisitos anteriores”. Para **BADOSA COLL, FERRAN**: *Dret d'obligacions*, Publicacions Universitat de Barcelona, Barcanova, 1990, p. 95, en un primer nivel de efectividad de la obligación se situaría “una hipotètica relació obligatòria inexistent actualment, fins i tot en l'àmbit de la vinculació jurídica, ja que ni tan sols existeix encara el supòsit de fet que l'ha de generar (contracte, arts. 1825 pr. Cc 142 L. Hip i 232 R. Hip). És l'anomenada obligació «futura»”.

<sup>53</sup> **BADOSA COLL**: *Dret...*, p. 95. En contra **SANCHO REBULLIDA**: *Elementos...*, p. 295: “no parece rigurosamente exacto afirmar que puede constituirse el derecho real de garantía antes de que exista el crédito garantizado, pues la efectiva existencia de aquél dependerá de que éste efectivamente nazca (...) esta accesoriedad no tiene excepciones. Si se constituye en garantía de obligaciones futuras o sometidas a condición suspensiva (cfr. arts. 142 y 143 Lh.), en tanto ésta se cumpla o, en cualquier caso, nazca la obligación, no nacerá tampoco el derecho real, si bien éste surgirá de modo automático, sin nuevas formalidades constitutivas, cuando lo haga la obligación”. Igualmente **MEJÍAS GÓMEZ**: *Prenda...*, p. 117.

<sup>54</sup> **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentario...*, p. 102, quien añade que, en todo caso, la garantía “precisará siempre para su efectividad, ya que no para su nacimiento, de la vigencia real de la obligación futura: en definitiva, que ésta llegue a existir”.

<sup>55</sup> **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentario...*, p. 103: “La pendencia deriva, como he indicado, de la falta de un elemento o presupuesto constitutivo del negocio cuya realidad

### **1.3.2. La obligación condicionada. La cuestión de la existencia de la obligación suspensivamente condicionada**

Junto a la prenda de obligación futura –eficacia expresamente declarada por la LDRG - cabe asegurar con la misma garantía una obligación que se encuentre afectada por un elemento accidental como es la condición, ya sea suspensiva (arts. 1113 y ss. CC), (cfr. art. 238 RH) o resolutoria (cfr. arts. 142. 2º LH, 239 y 240 RH). La LDRG guarda silencio respecto de la prenda de obligación condicional, que no por ello queda excluida de su ámbito. El artículo 13.1 LDRG se limita a clasificar de manera muy general y abierta las obligaciones que pueden ser garantizadas con prenda, para expresar, precisamente, que este derecho real puede constituirse en garantía de “cualquier obligación”, incluso en garantía de una obligación “futura”. Como se ha ocupado de aclarar la doctrina, resulta indudable la validez y eficacia de la prenda condicionada, no sólo en sí misma considerada -como seguidamente se verá-, sino porque una vez admitida expresamente la prenda en garantía de obligación futura, obligación que no existe todavía, con mayor fundamento debe admitirse la prenda que asegura una obligación existente pero sometida a condición<sup>56</sup>.

Como preliminar con referencia a la obligación condicional, concretamente respecto de la obligación condicionada suspensivamente, interesa atender a un tema doctrinalmente controvertido, como es el de su

---

se espera. Por ello, la cuestión, muy debatida en la doctrina inmediatamente posterior a los Códigos civiles, de si el fiador queda o no vinculado por la garantía aun antes del nacimiento de la obligación principal, debe ser resuelta en sentido afirmativo”. En el mismo sentido **ROCA SASTRE – ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario***, t. IV, v. 2º..., p. 709: “Aunque el hecho del eventual nacimiento de la obligación futura más bien es una *conditio iuris* –o sea, un elemento implícitamente resultante de la relación jurídica y no un mero producto de la libre voluntad de las partes, como una condición impropia- no obstante, a veces permite el trato de ésta, casi equiparándola a la condición suspensiva”. En el mismo sentido **CORDERO LOBATO, ENCARNA: *La hipoteca global (la determinación del crédito garantizado)***, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1977, pp. 92 y ss.

<sup>56</sup> **GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios...***, pp. 99 y ss.



existencia. Un sector de la doctrina entiende que cuando en el negocio se introduce una condición suspensiva la relación obligatoria existe desde el mismo instante de su constitución, aunque condicionada suspensivamente, y que no debe confundirse el momento en que la relación obligatoria nace con el de producción de sus efectos. En defensa de esta tesis se argumenta que incluso antes de que el hecho que ocasiona la eficacia definitiva del negocio acaezca éste ya desenvuelve alguna eficacia (cfr. arts. 1121.1º, y 1123,2º y 3º CC)<sup>57</sup>.

Con distinto punto de vista, otro sector doctrinal entiende que no puede hablarse de obligación, aunque sea condicionada, porque en este caso la relación obligatoria no existe. Este sector entiende que lo único que existe es una vinculación por causa de la relación jurídica actual que existe entre el futuro acreedor y el futuro deudor, relación que es de carácter provisional porque está destinada a extinguirse en todo caso, tanto si la condición se frustra como si se cumple, ya que en este último se sustituye retroactivamente por la relación obligatoria definitiva<sup>58</sup>. Los partidarios de esta tesis consideran

---

<sup>57</sup> **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentario...*, p. 99: “No obstante la ausencia de un precepto legal que la reconozca, que, por lo demás, resultaría innecesario, el afianzamiento de la obligación condicional no ofrece ninguna duda, pues resulta incuestionable que la misma tiene una existencia actual (...) En los casos de obligación condicional, aún tratándose de condición suspensiva, la obligación existe desde el mismo instante de su constitución, aun cuando sus efectos permanezcan supeditados a la producción del acontecimiento en que la condición consiste”. Igualmente, **DÍEZ-PICAZO – GULLÓN**: *Instituciones...*, p. 503: “El que la condición querida no se realice no puede borrar el hecho de que han existido declaraciones de voluntad negociales, esto es un suceso histórico. Así creemos que lo entiende el precepto anteriormente citado (1113.1 CC) cuando refiriéndose a la condición suspensiva en una obligación, dice que «su cumplimiento» depende de aquélla, no su existencia”; **LUNA SERRANO, AGUSTÍN**, en **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, Y OTROS**: *Elementos de Derecho Civil*, t. I, v. 3º, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1990, p. 235: “la condición suspensiva demora, en este sentido, la producción de los efectos previstos del negocio hasta el momento de su cumplimiento o realización y la condición resolutoria, por su parte, supone, cuando se verifica, la cesación de los efectos negociales. De lo que no hay duda, con todo, es de que, tanto en un caso como en otro, ni la condición resolutoria y ni siquiera la condición suspensiva impiden el nacimiento o conclusión del negocio como perfecto, pues la trascendencia de las condiciones afecta solamente a las consecuencias o efectos del negocio y no el negocio mismo”. En el mismo sentido **SCAEVOLA**: *Código...*, p. 328; **ÁLVAREZ VIGARAY RAFAEL**, en **AAVV**: *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 94.

<sup>58</sup> **BADOSA COLL**: *Dret...*, p. 97. No obstante, según este autor, obra cit., p. 96, en



que los únicos supuestos en que la existencia de la obligación no comporta su ejercitabilidad o exigibilidad son el de la obligación sometida a término inicial (arts. 1125 y ss., 1466, 1467, 1505, 1530.2º, 1775.2º, 1841, 1843.4º y 5º, 1884, 1915.2º CC) y la llamada “obligación natural” (1148,1208,1716,1765, 1824.2º, 1853 CC)<sup>59</sup>.

De cualquier manera, lo cierto es que tanto en un caso como en otro es posible garantizar con prenda la obligación suspensivamente condicionada. Las diferencias que puedan derivarse de la elección de una u otra postura quedan aquí en cierta manera relativizadas por el funcionamiento de la retroactividad, ficción jurídica que permite hacer coincidir la exigibilidad de la obligación con su existencia, según unos, o la exigibilidad y la existencia de la obligación con el momento de la existencia de la fuente obligacional, según otros<sup>60</sup>. Atendiendo a ello, el análisis que a continuación se aborda parte de la idea de existencia de la obligación condicionada suspensivamente en sus efectos; tesis que se elige porque, según se entiende, permite diferenciar de forma más precisa la prenda

---

caso de la condición de pasado (art. 1113.1º CC), la condición suspensiva paraliza sólo la ejercitabilidad de la obligación mientras las partes desconozcan el cumplimiento efectivo de la condición, y, hasta entonces, éstas habrán de comportarse como si la obligación no hubiera nacido. Considera, en obra cit., p. 98, que en el resto de supuestos suspensivamente condicionados la idea de inexistencia de la relación obligatoria queda clara cuando el artículo 1121.2º CC excluye el concepto de cumplimiento y remite al quasicontrato de cobro de lo indebido (art. 1895 CC) que genera la obligación de restituir, excluyendo, por tanto, el correlativo concepto de prestación debida; y concluye que “Això ens emmena a la negació tant del deute com del crèdit, punt que confirma l’art. 1114. La inexistència de l’un i l’altre ens donarà la *inexistència total de la relació obligatoria*”. De la misma opinión, **ALBALADEJO**: *Derecho Civil*, t. I, v. 2º, undécima edición, José María Bosch editor, S.A., Barcelona, 1991, p. 117. **ROCA SASTRE – ROCA-SASTRE MUNCUNILL**: *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., p. 715, observan que “existe más energía vinculante que en la obligación futura, pues como expresa la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, en la hipoteca sujeta a condición suspensiva «la obligación *existe* aunque nada se deba ni nada pueda pedirse hasta el cumplimiento de la condición»; pero en rigor sólo existe en germen”; no obstante, cuando en obra cit., p. 717 analizan la hipoteca sometida a este tipo de condición, entienden que: “Los contratantes pueden agregar a sus declaraciones jurídicas de voluntad las condiciones, suspensivas o resolutorias, que estimen convenientes, supeditando al acaecer o no de las mismas la producción o extinción de los efectos inherentes a la figura contractual querida”.

<sup>59</sup> **BADOSA COLL**: *Dret...*, p. 101, quien considera que en la obligación natural la deuda conlleva excepciones de carácter personalísimo que el deudor puede oponer a su exigibilidad.

<sup>60</sup> En este último sentido se expresa **BADOSA COLL**: *Dret...*, p. 102.

en garantía de obligaciones suspensivamente condicionadas de la prenda en garantía de obligaciones futuras, a pesar de lo cual persisten, como se verá, muchos aspectos por ambas compartidos.

### 1.3.3. La indeterminación inicial de la garantía

La prenda en garantía de obligaciones futuras y la prenda en garantía de obligaciones condicionales son tipos especiales que tradicionalmente han sido enmarcados por la doctrina entre las llamadas garantías de "seguridad", junto con la prenda de máximo y con la prenda constituida en garantía de valores endosables o al portador<sup>61</sup>. En general, la característica esencial de la prenda de seguridad, que la distingue de la prenda ordinaria llamada también "de tráfico", es que se constituye para garantizar obligaciones que todavía no se encuentran totalmente determinadas, que sólo lo están en sus líneas generales, ya sea en lo que respecta a su existencia o efectividad -prenda en garantía de obligaciones futuras o condicionales-, a su cuantía -prenda de máximo- o a su titularidad -prenda en garantía de valores no nominativos-<sup>62</sup>.

A causa de esta indeterminación inicial, en cualquiera de los tipos de prenda de seguridad el principio de especialidad quiebra en cierta manera o juega de una forma muy específica, porque en el momento de constituir la garantía las partes desconocen algunos de los datos fundamentales de la

---

<sup>61</sup> El estudio de las garantías de "seguridad" -cuya denominación procede de la doctrina alemana, de la cuál la tomó la española y sancionó después la Dirección General de Registros- se ha llevado a cabo, casi exclusivamente, con relación al derecho real de hipoteca, pero sus resultados, en sus líneas fundamentales, son también aplicables al derecho real de prenda. Al respecto véase **ROCA SASTRE – ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario***, t. IV, v. 1º..., pp. 302 y ss., y en *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., pp. 783 y ss; **PÉREZ-GONZÁLEZ – ALGUER: *Tratado...***, pp. 355 y ss; **REY PORTOLÉS, JUAN MANUEL: Hipoteca con cláusula de «endowment». Hipoteca flotante**, en **AAVV: *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria***, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993, pp. 89 a 139, pp. 122 y ss.

<sup>62</sup> Esta indeterminación inicial es la que permite afirmar a **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario***, t. IV, v. 2º..., p. 783, que la garantía de seguridad "es la que menos seguridad ofrece al tráfico jurídico, lo que viene a acentuar el carácter accesorio (que la hipoteca reviste) con relación al crédito por ella asegurado"; consideración que también puede trasladarse a la prenda de seguridad.

obligación que se asegura. Concretamente, en el nacimiento de la prenda en seguridad de obligación futura los constituyentes sólo conocen que la garantía asegura una posible obligación que quizá no llegue a existir; y cuando constituyen una prenda en garantía de obligación condicional conocen que, existiendo la obligación, sólo será exigible si acaece determinado evento o hasta que acaezca. En otros supuestos, las partes pueden conocer que la prenda de máximo asegura hasta una cuantía máxima determinada, pero no conocen la definitiva; o que la prenda en garantía de títulos endosables o al portador asegura el cumplimiento de un crédito cuyo titular las partes desconocen, porque sólo quedará determinado al vencimiento de la obligación por la legítima tenencia del título en el que dicho crédito se representa.

La indeterminación inicial de algunas de las circunstancias de la obligación garantizada con garantía de seguridad, ha sido entendida como consecuencia lógica “de la naturaleza propia de las cosas”<sup>63</sup>. No obstante, se exige que la indeterminación inicial respete unos límites -éstos sí- determinados, que permitan la identificación final de la obligación. Es decir, se exige que la obligación quede determinada al momento de constituir la garantía, al menos, en sus líneas fundamentales<sup>64</sup>. Y este es el argumento que aquí se utiliza para justificar la posibilidad de una prenda en garantía de una obligación futura, que todavía no existe, cuando, precisamente, el presupuesto de esta garantía es la “obligación”. Cuando se trata de garantizar con prenda una obligación futura, aunque ciertamente ésta no existe, sí existe un proyecto que se considera legalmente suficiente como presupuesto de la existencia actual derecho real<sup>65</sup>

Como consecuencia de la necesaria indeterminación inicial de la obligación que se garantiza, aunque la prenda de obligación futura o la prenda

---

<sup>63</sup> **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL:** *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., p. 783.

<sup>64</sup> Véase CAP II, § 1, 1.4.1.1.

<sup>65</sup> **BADOSA COLL:** *Dret...*, p. 95. Igualmente para la obligación sometida a condición suspensiva, de adherirse a la tesis de inexistencia inicial de la obligación.

de obligación condicional se haga constar en instrumento público, éste probará con valor de presunción *iuris tantum* la existencia del derecho real, pero no el crédito que le sirve de soporte y al que garantiza<sup>66</sup>. En otras palabras, así como en la prenda normal o de tráfico se presume que garantiza un crédito existente, que se encuentra perfectamente determinado en todos sus elementos, en la prenda en garantía de obligación futura, o de obligación condicionada sólo se presume que la garantía existe en el caso de que definitivamente exista el crédito, pero no presume la existencia de éste<sup>67</sup>. Será, pues, en un momento posterior al de constitución de la garantía -quizás, incluso, en el momento previo a su extinción- cuando el título ejecutivo deba completarse, cuando deban especificarse los extremos que anteriormente quedaron indeterminados. Cuando la prenda garantice obligaciones futuras o condicionales, para la efectividad de la garantía se habrá de probar fehacientemente, por cualquier medio admitido en derecho, la existencia del crédito, su exigibilidad y que ése concreto crédito es el garantizado con ésa concreta prenda<sup>68</sup>. En definitiva, sólo cuando la obligación nazca y resulte definitivamente exigible la prenda de seguridad se transforma en una prenda normal o de tráfico, y podrá procederse, en su caso, a la realización del valor del objeto empeñado.

Atendiendo a las distintas circunstancias en las que la obligación futura y la obligación condicional pueden encontrarse, y dado que la garantía participa de cualquiera de ellas por el principio de accesoriedad, es posible analizar la

---

<sup>66</sup> La prenda se podrá oponer también frente a tercero, pero éste sólo podrá formarse una idea de la afección que soporta el objeto pignorado.

<sup>67</sup> En este sentido **WOLFF, MARTIN – RAISER, LUDWIG** en **ENNECCERUS, LUDWIG – KIPP, THEODOR – WOLFF, MARTIN**: *Tratado de Derecho Civil*, t. 3, “Derecho de Cosas”, décima revisión, por **WOLFF, MARTIN – RAISER, LUDWIG**, traducción española con anotaciones de **PÉREZ-GONZÁLEZ, BLAS – ALGUER, JOSÉ**, v. II, tercera edición al cuidado de **PUIG BRUTAU, JOSÉ**, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1971, p. 350.

<sup>68</sup> El título ejecutivo -el negocio de prenda- ya existe, pero todavía es incompleto o ineficaz porque le faltan los datos necesarios para poder realizar su contenido. Por tanto, el acreedor no puede invocar el título constitutivo de la prenda para probar su crédito ni el carácter real de éste, sino que para proceder a la realización de aquélla ha de suministrar la prueba de todas esas particularidades -las que correspondan- para hacer efectiva la garantía constituida en seguridad de su crédito. En este sentido **PÉREZ-GONZÁLEZ - ALGUER**: *Tratado...*, p. 356.

dinámica del derecho real atendiendo a las mismas<sup>69</sup>. Por una parte, estas circunstancias permiten diferenciar el desenvolvimiento de la prenda en garantía de obligación futura y el de la prenda en garantía de una obligación sometida a condición suspensiva -que pueden analizarse conjuntamente por la similitud de sus efectos- (cfr. arts 142 y 143 LH)<sup>70</sup> del de la prenda en garantía de obligación resolutoriamente condicionada. Por otra parte, las mismas circunstancias permiten también distinguir la eficacia de la garantía según que la obligación no haya nacido o la condición no se haya cumplido todavía, cuando la obligación “futura” ya haya nacido o la condición suspensiva se haya cumplido, y cuando la obligación “futura” no llegue a nacer o la condición suspensiva no llegue a cumplirse.

Desde otra perspectiva, también es posible que el mismo derecho real de prenda sea el que se encuentre condicionado. Es decir, con independencia de las circunstancias propias de la relación obligatoria que la prenda garantiza, las partes pueden someter la eficacia del derecho real al cumplimiento de una condición suspensiva o resolutoria. En estos casos el desenvolvimiento de la garantía condicionada se desarrolla de forma similar al de la relación obligatoria condicionada. La única particularidad, a mi juicio, es que en el caso de extinción definitiva del derecho real condicionado –por incumplimiento de la condición suspensiva o por el cumplimiento de la condición resolutoria-, la obligación pierde su garantía y, por tanto, su titular pierde la posibilidad de ejercitar la acción real de responsabilidad derivada de la misma. Por razón de la similitud de sus efectos, hago extensivo a la prenda sometida a condición el contenido de los párrafos que a continuación se refieran a la prenda en garantía de obligación condicionada.

---

<sup>69</sup> Siguiendo a **ROCA SASTRE – ROCA-SASTRE MUNCUNILL**: *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., pp. 710 y ss.

<sup>70</sup> **ROCA SASTRE – ROCA-SASTRE MUNCUNILL**: *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., pp. 710 y ss: “Aunque el hecho del eventual nacimiento de la obligación futura más bien es una *conditio iuris* –o sea, un elemento implícitamente resultante de la relación jurídica y no un mero producto de la libre voluntad de las partes, como una condición impropia- no obstante, a veces permite el trato de ésta, casi equiparándola a la condición suspensiva”.

### **1.3.4. La prenda en garantía de obligación futura y la prenda en garantía de obligación suspensivamente condicionada**

Cuando la prenda garantiza obligaciones futuras -que todavía no existen- u obligaciones sometidas a condición suspensiva -actuales pero cuya efectividad se supedita al cumplimiento de la condición-, el derecho real existe desde el momento en que se constituye, pero subordinado en su efectividad a la existencia o a la vigencia real de la obligación, esto es, a que la obligación llegue realmente a nacer<sup>71</sup> o a que la condición se llegue a cumplir, respectivamente (cfr. art. 142 LH).

Esta subordinación permite distinguir tres situaciones distintas: la situación de pendencia de la obligación o del derecho real, su definitiva existencia -cuando la obligación nazca o la condición se cumpla- y su inexistencia -cuando la obligación no llegue a nacer o la condición no se llegue a cumplir.

#### **1.3.4.1. La fase de pendencia**

Aunque la obligación garantizada no haya nacido todavía o la condición que suspende su eficacia esté pendiente, la prenda válidamente constituida ya grava el objeto pignorado y despliega importantes efectos, tanto entre las partes como frente a terceros - en este último caso si se ha observado la forma requerida por el artículo 12.2 LDRG. En principio, los efectos de la garantía habrían de quedar subordinados o condicionados a la definitiva existencia de la obligación garantizada o a su definitiva exigibilidad. Pero, a pesar de que los derechos que la prenda garantiza no sean todavía definitivos, por futuros o condicionados, las partes ya se encuentran vinculadas por la relación

---

<sup>71</sup> **SANCHO REBULLIDA:** *Elementos...*, pp. 321 y 322, entiende que en estos supuestos sólo puede decirse con relativa propiedad que exista un derecho real de garantía sin crédito, ya que hasta que nazca la obligación la único que existe "es el aviso, el anuncio, de que si nace y cuando nazca la obligación, quedará garantizada, en las mismas condiciones de retroactividad con las que nazca", mediante una prenda con las características ya predefinidas y de efectos retroactivos a la fecha de su constitución.

constituida entre ellas, que, si bien refleja una situación provisional, hay que organizar dotándola de cierta eficacia. Como consecuencia, no todos los efectos de la prenda quedan subordinados a que la obligación garantizada exista o a que cobre vigencia real<sup>72</sup>.

Entre las partes la prenda genera efectos desde que se constituye, por la necesidad de transmisión posesoria de la cosa. Es requisito legal de constitución de la garantía pignoratícia que el pignorante pierda el poder efectivo sobre la parte gravada de su patrimonio en seguridad del cumplimiento de un crédito, lo que le obliga a desprenderse de esa concreta facultad en los términos del artículo 12.1 LDRG. No obstante, una vez constituida la prenda, esto es, una vez efectuado el traspaso posesorio requerido y el acreedor pignoratício haya pasado a poseer debidamente por tal concepto, las partes pueden pactar que la cosa quede en posesión del pignorante hasta que nazca la obligación o se cumpla la condición suspensiva (depósito de cosa propia con fundamento en el art. 18.3 LDRG). Resulta necesario que la transmisión posesoria se haya efectuado porque, de lo contrario, la prenda no llega a nacer por ausencia del requisito esencial de constitución. Cuando por acuerdo de las partes la cosa se encuentre “en poder de su propietario”, el acreedor ha de poder demostrar que ello se debe a causa distinta de la renuncia del derecho real de prenda, porque, de lo contrario, la garantía se presume extinguida (art. 18.3 LDRG) y no renace, aún cuando la obligación futura llegue a existir o la condición a la que la obligación quedaba supeditada se cumpla.

Efectuado el traspaso posesorio de la cosa empeñada, quien ostente su posesión ha de cumplir con los deberes de custodia y conservación que la LDRG impone (art. 18.2), como principio general de toda obligación de dar (art. 1094 CC) y, concretamente, para el supuesto que la situación de incertidumbre dé paso a otra situación en la que el derecho real ya constituido genere plenos

---

<sup>72</sup> Según **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL**: *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., p. 711, la hipoteca sólo produce en esta fase "el efecto de perjudicar o afectar a terceros". En cambio, en el caso de la prenda la desposesión del pignorante ya genera por sí misma unos efectos que implican a las partes. Al respecto véase también **CORDERO LOBATO**: *La hipoteca...*, p. 98.

efectos (cfr. art. 18.1 en sentido contrario, y art. 19 LDRG). En cualquier caso, el acreedor pignoraticio podrá ejercitar las acciones de defensa que su titularidad real le proporciona para mantenerse en la misma (art.18.1 LDRG, cfr. arts. 1869 y 1121 CC).

En esta fase de pendencia pesa también sobre el pignorante la prohibición que impone el artículo 14.1 LDRG, que impide empeñar una cosa ya empeñada. Aunque no se conozca con certeza si la obligación llegará a existir o la condición a cumplirse, la prenda ya es un derecho real actual, que existe y desempeña su función de garantía desde su constitución (cfr. art. 12.2 LDRG) para el caso de que ello llegue a suceder. Por tanto, mientras se mantenga la situación de incertidumbre la cosa continua afectada en prenda y no puede volver a empeñarse en garantía de otra obligación, porque la LDRG lo prohíbe (lo que no debe confundirse con el supuesto previsto en el artículo 13.3 LDRG, de única prenda en garantía de obligaciones diversas).

Respecto de terceros la prenda es plenamente oponible desde que la garantía y sus circunstancias se hicieron constar en instrumento público, ya sea al momento de su constitución o posteriormente. En el documento constitutivo de la prenda ha de constar que la garantía asegura una obligación futura o una obligación sometida a condición suspensiva. Desde el momento en que así conste, la prenda despliega todos los efectos de garantía que sean posibles, para el caso que la obligación llegue a existir o que el hecho que la condiciona acaezca. Por tanto, durante esta fase de incertidumbre la garantía ya afecta a la cosa, como gravamen real. Como consecuencia, de la misma manera que el adquirente posterior de la cosa gravada no puede desconocer la afección de lo adquirido, que debe soportar, el acreedor pignoraticio puede ceder su derecho de crédito suspensivamente condicionado y su garantía (cfr. arts. 2.3 LDRG y 1528 CC), pero el cesionario adquiere ésta igualmente condicionada. No obstante, tanto cesionario como el tercero adquirente mantienen una fundada expectativa para el caso que la obligación llegue o no a existir, o la condición a cumplirse (cfr. art. 1114 CC).



### 1.3.4.2. El nacimiento de la obligación o el cumplimiento de la condición

Cuando la obligación nazca o la condición se cumpla (cfr. arts. 142 LH y 1118.2º CC), la prenda podrá ejercitarse plenamente<sup>73</sup>.

Respecto de terceros, la prenda sólo puede perjudicarles si las partes otorgaron instrumento público constatando su existencia, desde el momento en que lo hicieron, independientemente de que posteriormente y con el mismo trámite se haga constar el nacimiento de la obligación o el cumplimiento de la condición. Ciertamente, si las partes hacen constar estos extremos resultará más fácil proceder a la plena efectividad de la prenda. Pero, aún cuando las partes no hagan constar formalmente el nacimiento de la obligación o el cumplimiento de la condición el acreedor podrá proceder a la realización de la garantía acreditando la existencia o la exigibilidad de la obligación que asegura<sup>74</sup>. Es entonces cuando el gravamen real afecta definitivamente a la

---

<sup>73</sup> Según **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL**: *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., p. 711, "Parece como si al *nacer la obligación* antes futura se produjese una especie de *retroacción*. El art. 142 al decir que la hipoteca «surtirá efecto, contra tercero, desde su inscripción, si la obligación llega a contraerse», a primera impresión provoca la idea de retroacción, pero en el fondo proclama un rango conseguido *ab initio*, o sea, que la hipoteca existe desde su constitución, si bien amenazada de desaparición si la deuda futura no llega a nacer. Claro está que tanto en uno como en otro aspecto el resultado es el mismo, pero en rigor no hay necesidad del auxilio del resorte de la retroacción". **ÁLVAREZ VIGARAY**: *Comentario...*, p. 87, entiende que "se exceptúan de la aplicación de la retroactividad los contratos reales sometidos a condición suspensiva, pues en estos contratos el cumplimiento de la condición no puede hacer que los efectos de los mismos se lleven más allá del momento en que las cosas a las que se refieren hayan sido entregadas". Sin embargo, sin entrar en el tema de la entrega, que no todo derecho real precisa, la regla de la retroactividad en el cumplimiento de las condición suspensiva es de naturaleza dispositiva y, por tanto, siempre puede moderarse por las partes si así lo creen conveniente.

<sup>74</sup> Con relación a la hipoteca, la controversia en este punto se debía al anterior artículo 143 LH, que establecía que los interesados "debían hacerlo constar por nota marginal", de manera que surgió la duda sobre si podía hacerse efectiva la hipoteca mientras no estuviera extendida la nota marginal. Según **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL**: *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., p. 713: "Con la desaparición de las referidas palabras del antiguo art. 143, hay que entender actualmente que lo mismo da que se extienda o no dicha nota marginal haciendo constar en el Registro el nacimiento de la obligación garantizada, de modo que, incluso para hacer efectiva la hipoteca por medio del procedimiento judicial sumario, basta que la existencia de la obligación garantizada se demuestre de forma adecuada, a pesar de no figurar extendida aquella nota marginal".

cosa empeñada y cuando los terceros pierden cualquier expectativa sobre ella. En concreto, a partir de ese momento los acreedores posteriores pierden su expectativa de resarcirse con cargo a un bien libre de gravamen.

La condición se considera cumplida, aunque en realidad no lo haya sido, cuando cualquiera de las partes influyera voluntariamente<sup>75</sup> en la no realización del evento, excepto que obrara en el ejercicio de un derecho (art. 1119 CC). El perjudicado por esa conducta obstructiva debe probar la culpa del actuante, salvo que ésta se presuma por la ley, pero ha de demostrar que sin la actuación voluntaria la condición se hubiera cumplido<sup>76</sup>. Por consiguiente, a pesar del incumplimiento de la condición, cuando ese incumplimiento haya sido causa directa de la conducta de una de las partes<sup>77</sup> la obligación deviene definitivamente eficaz y la prenda garantiza su cumplimiento, desplegando los efectos que le son propios.

### 1.3.4.3. La inexistencia definitiva de la obligación

---

<sup>75</sup> **ALBALADEJO**: *Derecho*, t. I..., p. 326: "Se requiere que el interesado en que la condición no se cumpla, observe voluntariamente una conducta contraria a la buena fe (arg. artículo 7, núm 1, y 1.258 CC), conducta que sea causa del incumplimiento de la condición". En este sentido **DÍEZ-PICAZO – GULLÓN**: *Instituciones...*, p. 507. En cambio **ÁLVAREZ VIGARAY**: *Comentario...*, pp. 85 y 86, incluye como causa, además del comportamiento doloso, la conducta culposa, porque entiende que lo importante es la lesión al derecho condicional. No obstante, este autor rechaza la idea de que esta decisión legislativa, calificada de "severísima" para quien la propició, sea una norma penal, que sanciona un comportamiento culposo; entiende que se trata de "una norma reparatoria, indemnizadora, dirigida a garantizar a la contraparte un desenvolvimiento normal de la situación nacida del negocio jurídico condicional".

<sup>76</sup> **ÁLVAREZ VIGARAY**: *Comentario...*, p. 87.

<sup>77</sup> Del propio precepto se desprende que el impedimento debe ser causa del comportamiento de la parte para quien la producción de la condición suponga una desventaja. Cuando un tercero extraño a la relación sea quien impida el cumplimiento de la condición, entiende **ALBALADEJO**: *Derecho* t. I..., p. 326, que "no será aplicable el art. 1.119, pero puede haber derecho a indemnización a tenor del art. 1.902 del C.c. o de la ley 488, 2º de la Comp. navarra, por el perjuicio que el incumplimiento produzca".

Cuando la obligación no llegue a nacer o la condición suspensiva a cumplirse, la ineficacia de la obligación garantizada se proyecta sobre la garantía, que carece entonces de finalidad. Si la obligación no nace o su cumplimiento no es exigible, la garantía no tiene razón para continuar existiendo, dado su carácter accesorio: no existe obligación que cumplir y no existe, por tanto, cumplimiento que garantizar. El poseedor habrá de devolver la cosa con los frutos generados a su propietario, excepto que se hubiera dispuesto otra cosa (cfr. art. 1120.1º CC). En contrapartida, el propietario habrá de hacerse cargo de los gastos originados por causa de la conservación de la cosa (cfr. art. 453 CC).

Si existe una expresa fijación del tiempo dentro del cual la obligación haya de nacer o la condición cumplirse, estas circunstancias habrán de producirse dentro del término establecido (cfr. arts. 1117 y 1118 CC). De lo contrario, la prenda se extingue y no revive aunque posteriormente cambien las circunstancias. Si pasado el plazo las partes mantienen su interés en garantizar la obligación habrán de constituir una nueva prenda<sup>78</sup>. Igualmente, la prenda se extingue cuando por imposibilidad sobrevenida se tenga la certeza de que la obligación futura no nacerá o el acontecimiento previsto como condición ya no acaecerá (art. 1118.2º CC).

Cuando las partes no hubieran establecido un periodo determinado, la situación de pendencia tampoco puede extenderse indefinidamente en el tiempo. En estos casos habrá que esperar el tiempo “que verosímilmente se hubiese querido señalar, atendida la naturaleza de la obligación” (art. 1118.2º CC), entendiendo por tal “aquél que permita establecer una interpretación adecuada de la voluntad de las partes, que sea conforme con la naturaleza y función económica del negocio y con los intereses que las partes han querido reglamentar”<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> **WOLFF**: *Tratado...*, p. 429.

<sup>79</sup> **DÍEZ-PICAZO, LUIS**: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. II, cuarta edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1993, p. 359. La misma idea en **CARRIÓN, SALVADOR**: “La condición suspensiva y sus efectos. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5

### **1.3.5. La prenda en garantía de obligaciones resolutoriamente condicionadas**

Cuando el derecho real de prenda se constituye en seguridad de una obligación afectada por una condición resolutoria, la garantía despliega todos sus efectos desde el primer momento, como si asegurara una obligación no condicionada. En estos casos, la obligación que se garantiza existe y es efectiva, aunque pendiente de resolución. En el momento en que la condición resolutoria se cumpla, la obligación se extingue, y con ella la prenda (cfr. arts. 1113.2º, 1123, 1861 CC; y arts. 142.2º LH y 230 RH).

Igual que ocurre con la obligación suspensivamente condicionada, la inclusión de una condición resolutoria en la relación obligatoria garantizada con prenda permite diferenciar tres situaciones: la pendencia de la condición, la resolución de la obligación -cuando la condición se cumpla- y la definitiva existencia de la obligación -cuando la condición no se llegue a cumplir.

Cuando la condición resolutoria esté pendiente de cumplimiento, la prenda válidamente constituida despliega sus efectos entre las partes, así como frente a terceros si se ha observado el requisito de forma impuesto por el

---

de diciembre de 1996”, *Revista de Derecho Privado*, Junio 1999, pp. 449 a 487, p. 487: “De una parte, la referencia a la «naturaleza de la obligación» impone tomar en cuenta el criterio objetivo derivado de la función económico-social del negocio. Consecuentemente, el tiempo dentro del cual habrá de acontecer el evento condicional, habrá de ser aquél más conforme con la finalidad objetiva perseguida por el negocio. De otra, «el tiempo que verosímilmente se hubiese querido señalar», encierra una referencia a la voluntad y, en definitiva, a la intención de los contratantes (siquiera se trate de una voluntad probable, en cuanto no manifestada expresamente)”. Aunque el artículo 1118 CC se refiere exclusivamente a las condiciones de carácter negativo, el precepto también es aplicable a las condiciones positivas en las que no se haya pactado un plazo de cumplimiento de las mismas, dado que éste es un supuesto no contemplado por el artículo 1117 CC, que sólo se refiere a los casos en que “pasare el tiempo o fuere ya indudable que el acontecimiento no tendrá lugar”. Así se entiende en la STS de 5 de diciembre de 1996, FD Sexto: “al constituir una verdadera laguna legal el supuesto de que para la condición positiva no se hubiese fijado plazo de cumplimiento, dicha laguna legal, según el criterio de la más moderna y prácticamente uniforme doctrina científica, que es el que esta Sala aquí acepta, y consagra, debe llenarse acudiendo al párrafo segundo del artículo 1118 del Código Civil, que ha de considerarse aplicable a todo tipo de condiciones”.

artículo 12.2 LDRG, como si se tratara de una prenda normal (cfr. art. 1113.2º CC). En esta situación, el acreedor pignoraticio se encuentra facultado con carácter real para poseer la cosa y para defenderla tanto frente al pignorante como frente a terceros, y al mismo incumbe el deber de custodiar y conservar el objeto (art. 18.2 LDRG).

El cumplimiento de la condición resolutoria pone fin a los derechos derivados del negocio, porque la obligación garantizada se resuelve y se extingue y, con ella, la garantía accesoria, con efectos retroactivos (art. 1123 CC). El acreedor, cuya facultad de retener se ha extinguido con la garantía, debe devolver al pignorante la cosa dada condicionalmente en garantía (art. 18.1 LDRG). De la dicción de los párrafos 2º y 3º del artículo 1123 CC se advierte que la retroactividad de la condición resolutoria se guía por los mismos principios que la de la condición suspensiva, con las particularidades que resultan de la distinta finalidad de una y otra<sup>80</sup>.

Incumplida la condición resolutoria, la obligación que de ella dependía deviene definitivamente firme y, en consecuencia, la prenda que la asegura deviene, a su vez, definitivamente normal u ordinaria. Las partes constituyentes pueden hacer constar el incumplimiento de la condición si así lo estiman conveniente, aunque de no hacerlo la prenda continuará desplegando sus efectos, que podrán oponerse a terceros si la garantía así como sus circunstancias se hicieron constar en la forma prevista por el artículo 12.2 LDRG.

---

<sup>80</sup> En este sentido **ÁLVAREZ VIGARAY**: *Comentario...*, p. 95. **BADOSA COLL**: *Dret...*, p. 105, aclara que las referencias que el artículo 1123 CC hace a los artículos 1120 y 1122 CC no pueden llevar a considerar que la obligación de restitución generada por el cumplimiento de la condición resolutoria es una obligación suspensivamente condicionada; resalta que la obligación de restituir del artículo 1123.1º CC nace del específico supuesto de hecho que crea la ley con relación a la extinción del derecho de crédito que fue el fundamento jurídico de la entrega de la cosa, aunque luego la propia ley someta esta obligación liquidatoria a las reglas propias de la obligación suspensivamente condicionada, porque “la situació psicològica del creditor sotmès a condició resolutorià és la mateixa que la del deutor «pendente conditione» suspensiva: coneixia la pendència de la condició resolutorià i, per tant, l’eventualitat de l’obligació de restituir”.

## 1.4. La prenda en garantía de obligaciones de cuantía indeterminada

### 1.4.1. La prenda de “máximo”

#### 1.4.1.1. La indeterminación inicial de la obligación asegurada

El artículo 13.2 LDRG permite asegurar con prenda obligaciones cuyo importe definitivo se desconozca en el momento de su constitución. Para ello, la misma norma establece como requisito que las partes fijen un importe máximo de responsabilidad pignoraticia en el momento de constituir la garantía.

La LDRG establece en este punto una diferencia sustancial respecto de la regulación estatal de la garantía pignoraticia. La LDRG prevé la “prenda de máximo” -por emplear la terminología que para el supuesto análogo se utiliza en materia de hipoteca-, incluida en el grupo de las que, igualmente, podrían llamarse “prendas de seguridad”. El aspecto más característico de esta especialidad es que, en el momento de constituir la garantía, las partes pueden desconocer no sólo el importe final del crédito asegurado, sino incluso su existencia definitiva<sup>81</sup>, por lo que acuerdan fijar un límite máximo del importe del crédito que la garantía ha de cubrir<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Aspecto que ha sido reiteradamente considerado por la Dirección General de los Registros y del Notariado, especialmente para el supuesto de crédito en cuenta corriente, que, según **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL: Derecho Hipotecario**, t. IV, v. 2º..., p. 799, “es el que una de las partes (banquero en general) se *obliga por tiempo fijo y cantidad máxima, a poner a disposición* de otra una suma de dinero, de la cual ésta podrá disponer de una vez o en fracciones, ya directamente, ya mediante *operaciones* que permitan obtenerlo, con facultad de *reembolsarlo a voluntad* durante el tiempo prefijado, y de volver a disponer de él nuevamente, y reintegrarlo, y así sucesivamente, procediéndose, una vez transcurrido dicho plazo, a la *liquidación* de la cuenta, al objeto de determinar el *saldo definitivo a restituir*, si lo hay”. De forma parecida lo definen, **CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA: Estudios sobre Derecho Hipotecario**, t. II, cuarta edición actualizada, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 1586; **BARBANCHO TOVILLAS, FRANCISCO JOSÉ: “Hipoteca flotante. Comentario a la Resolución de la DGRN de 24 julio 1998 (RJ 1999, 5979)”**, *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, nº 2, pp. 489 a 494, p. 490. Según la RDGRN de 6 de noviembre de 1999, FD Segundo, “La apertura unilateral de crédito a través de la puesta a disposición del acreditado de una cantidad máxima y por un plazo determinado implica desde entonces la existencia de una relación jurídica básica, el contrato de apertura de crédito, de la que surge la obligación fundamental del concedente de tener a disposición del acreditado la cantidad pactada, e incluso puede que obligaciones para éste por razón de las comisiones de apertura o disponibilidad convenidas, pero no la connatural a todo préstamo de reintegrar el importe de la cantidad prestada pues tal obligación tan sólo surgirá si efectivamente hace uso del

En una primera lectura del artículo 13.2 LDRG podría interpretarse que esta norma se refiere estrictamente a la prenda de máximo en garantía de obligaciones ya existentes. Es decir, podría entenderse que el artículo 13.2 LDRG permite asegurar con prenda de máximo sólo aquellos créditos actuales, ya existentes, cuya cuantía, no esté determinada en el momento de constituir la garantía. Sin embargo, atendiendo a los preceptos anterior y siguiente del mismo artículo 13 LDRG, que de forma expresa permiten la prenda en garantía de obligación futura, debe entenderse que el artículo 13.2 LDRG alcanza, también, a las garantías pignoraticias constituidas en seguridad de obligaciones futuras cuyo importe definitivo las partes no puedan prever en ese momento, siempre y cuando establezcan la responsabilidad máxima del objeto afectado<sup>83</sup>.

---

crédito de que dispone y en la medida en que lo haga. Se trata por tanto de una obligación futura, para el caso de disposición, y de cuantía indeterminada, en atención al uso que del crédito concedido se haya hecho. Esa indeterminación tan sólo admite su garantía hipotecaria a través de una hipoteca de seguridad, aquella que garantiza hasta una cantidad máxima la deuda que realmente llegue a existir, e impide que se pueda garantizar con una hipoteca de tráfico, aquella en que todos los elementos de la obligación garantizada, y entre ellos su existencia y cuantía, aparecen inicialmente determinados, se recogen en el título que se inscribe y a través de él en la inscripción, de suerte que no será necesario integrar aquél por procedimientos extrarregistrales llegado el momento en que se pretenda la ejecución de la garantía”.

<sup>82</sup> Según **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL**: *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., p. 790, de ahí la denominación de "máximo" con la que es conocida esta especialidad. La STS de 27 de mayo del 2002, FD Cuarto, 2º, ofrece un concepto de hipoteca de máximo, aplicable analógicamente a lo que hemos dado en llamar prenda de máximo: "la hipoteca de máximo, que se sitúa dentro del grupo genérico de las hipotecas de seguridad, y que, salvo en la modalidad de hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente, carece de regulación global específica en nuestra legislación hipotecaria, es la que se constituye por una cantidad máxima, en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que sólo se indican en sus líneas fundamentales, y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios”.

<sup>83</sup> La hipoteca de máximo, salvo la modalidad de hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente, carece de regulación específica en la legislación hipotecaria, si bien se integra en el régimen que se establece para la hipoteca en garantía de obligaciones futuras (arts. 142 y 143 LH).

### 1.4.1.2. El mantenimiento del principio de especialidad

La fijación de un límite máximo de responsabilidad o de afección pignoraticia del bien gravado es un requisito esencial que la LDRG establece cuando la existencia y cuantía de la obligación que se asegura están inicialmente indeterminadas (art. 13.2 y 3). La LDRG no admite, pues, que a la indeterminación del crédito se una la indeterminación del *quantum* del gravamen real, porque este último aspecto, la determinación del máximo de responsabilidad de que en su caso ha de responder el bien gravado se requiere como única forma de mantener el principio de especialidad de la garantía<sup>84</sup>.

No obstante, la LDRG dice en su Preámbulo, 9º que “Se elimina el principio de especialidad en la prenda”. En principio, esta idea de especialidad o de determinación incide en todos los elementos de la relación real<sup>85</sup>, con lo que eliminada aquélla no habría de proyectarse sobre ninguno de éstos. Sin embargo, la eliminación de este principio de especialidad, que opera plenamente en el supuesto de prenda de objetos diversos, para hacerla más operativa (art. 15.1 y Preámbulo, 9º LDRG), no resulta plenamente predicable en el caso de la prenda de máximo, puesto que, como se ha dicho, la fijación de este extremo supone el mantenimiento de la especialidad de la garantía.

---

<sup>84</sup> La misma idea, con relación a la hipoteca, en **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario***, t. IV, v. 2º..., p. 791; **CHICO Y ORTIZ: *Estudios...***, p. 1535.

<sup>85</sup> **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS**: “Derecho inmobiliario registral”, *Elementos de Derecho civil, III, bis*, segunda edición enteramente refundida, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1991, p. 58: “En un primer momento se habló de un «principio de especialidad» con relación a la hipoteca, y como reacción al sistema de hipotecas *generales*: la hipoteca debía garantizar una deuda concreta de un importe determinado (determinación) y recaer sobre una finca cierta y –en principio– sólo una (...) Más luego esta idea de la especialidad y determinación se traslada a todos los elementos de la relación registral: el sujeto, la finca, el derecho... se trata de conseguir la univocidad más absoluta en las manifestaciones del Registro, para lo cual es preciso que la inscripción pueda publicar con toda exactitud el titular de cada derecho, la finca sobre que recae, el contenido del derecho y la proporción en que al titular corresponde”. **GÓMEZ GÁLIGO, FRANCISCO JAVIER – POZO CARRASCOSA, PEDRO DEL: *Lecciones de Derecho hipotecario***, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 21: “La especialidad significa que la Ley de 1861 rechaza las hipotecas generales, es decir, aquellos pactos que las partes, ya como cláusula de estilo, incluían en sus contratos; una cláusula en el sentido de que quedaban hipotecados todos los bienes del deudor, incluidos los futuros, en garantía del cumplimiento de las obligaciones que pudiesen derivar del contrato”.



El máximo de responsabilidad que las partes han de establecer no limita el crédito, sino su garantía. El máximo limita el importe asegurado, que puede ser inferior al total del crédito. Respecto del límite asegurado, el acreedor pignoraticio dispone de las acciones real y personal que le asisten en su doble calidad –de acreedor pignoraticio y de acreedor común- Pero si el crédito excede del importe máximo garantizado, la garantía no se extiende a ese exceso. En consecuencia, en caso que en la realización del valor de la garantía se obtenga un precio que exceda del máximo asegurado, ese exceso no puede ser aplicado al pago de la parte del crédito no cubierta por la garantía, como efecto derivado de la misma (cfr. arts. 19.4, d) y 9 LDRG). Para reclamar el pago de la parte del crédito no cubierta por la garantía el acreedor sólo dispone de la acción personal que le permite dirigirse contra la totalidad del patrimonio del deudor. En otros términos, el valor del objeto afectado por la garantía no puede aplicarse a una suma superior a la máxima pactada, aunque la deuda finalmente determinada sea superior. No obstante, nada impide que si la totalidad de la deuda no se ha llegado a cubrir y en la realización se obtiene un valor superior al máximo de la garantía, el acreedor pueda dirigirse contra el exceso en su calidad de acreedor común, ejercitando entonces su acción por el procedimiento judicial oportuno y sin gozar de la preferencia que la prenda aparece.

Igualmente, dado el carácter accesorio de la garantía, también de la prenda de máximo -no obstante la indeterminación inicial de la existencia o cuantía del crédito asegurado-, se ha considerado que los constituyentes han de determinar necesariamente la base causal de la obligación garantizada, así como sus líneas fundamentales, de forma que se conozcan los datos indispensables que permitan identificarla. Esta determinación resulta necesaria cuando la garantía se constituya en seguridad de una obligación concreta, en cuyo caso, además de la cantidad máxima de que responde la prenda, los constituyentes habrían de acordar y consignar los datos que permitan identificar la única relación obligatoria de la que han de nacer las prestaciones

exigibles aseguradas por la garantía (arts. 13.2 y 13.1 LDRG). Ello serviría tanto al propio interés de las partes, a fin de que en su día no se ponga en duda que el crédito reclamado es el garantizado con la prenda o, a la inversa, que la prenda garantiza hasta una parte de cierto crédito, como al interés de terceros, que pueden conocer cuál es el importe de la responsabilidad que afecta a la cosa dada en prenda<sup>86</sup>, y, en general, para que éste mismo extremo pueda ser declarado por los Tribunales, en su caso.

#### **1.4.1.3. Consecuencias de la indeterminación inicial de la obligación asegurada. La concreción del crédito**

El título constitutivo de la prenda de máximo, lo mismo que el de cualquier garantía de seguridad, no prueba la existencia del crédito asegurado ni su cuantía en caso de que llegue a existir, sino únicamente la existencia del gravamen pignoraticio. Es posible que, finalmente, no se genere deuda alguna (p.e. porque finalmente no se haya hecho uso del crédito en cuenta corriente), en cuyo caso la obligación no llega a existir y la garantía no se desenvolverá<sup>87</sup>. Por otra parte, dado que la prenda de máximo no garantiza un crédito perfectamente cuantificado, sino que asegura una cantidad que puede variar hasta alcanzar el límite máximo establecido por las partes, el importe del crédito garantizado será el que en su momento definitivamente se determine.

---

<sup>86</sup> **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL:** *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., p. 793; **CHICO Y ORTIZ:** *Estudios...*, p. 1585; **SANCHO REBULLIDA:** *Elementos...*, p. 325. La determinación de este extremo puede interesar sobre todo al pignorante si es persona distinta del deudor personal y beneficia tanto al resto de acreedores del pignorante como al tercero adquirente del objeto gravado, siempre y cuando la adquisición no implique una subrogación de deuda, ya que en ese caso el nuevo propietario responderá de toda la deuda con todo su patrimonio. Como siempre, para que la prenda pueda oponerse a terceros es preciso que conste en instrumento público (art. 12.2 LDRG). La Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de ocuparse varias veces de este aspecto. No obstante, como se verá más adelante, no siempre resulta necesario que esta circunstancia quede determinada. Al respecto véase CAP II, § 1, 1.4.2.2.

<sup>87</sup> RDGRN de 28 de abril de 1999, FD Tercero, final: "solamente si se produce su efectivo nacimiento, en su caso, y autónoma exigibilidad, procederá el desenvolvimiento de la garantía hipotecaria".

No pudiéndose determinar en el momento inicial la cuantía del crédito asegurado habrá de determinarse en un momento posterior, antes de que el acreedor pignoraticio proceda a la realización del valor del objeto empeñado, al objeto que las partes puedan conocer la suma resultante. Es decir, para que la prenda despliegue su plena efectividad y el acreedor pueda realizar la garantía es preciso concretar previamente el importe del crédito<sup>88</sup>. Porque, como repetidamente ha quedado dicho, el titular de la garantía no puede ampararse en el contenido del título constitutivo para probar la cuantía de la obligación garantizada por la prenda porque, sencillamente, no consta. Lo único que puede constar en el título, en caso de que así se haya pactado –aunque no es indispensable–, son las bases o el procedimiento acordado por las partes para concretar el crédito. Así, será en un momento posterior a la constitución de la garantía, necesariamente antes de que el acreedor la realice, cuando se habrá de demostrar la existencia y el importe final del crédito garantizado<sup>89</sup>.

El procedimiento de concreción del crédito varía según la naturaleza de la relación jurídica asegurada. La forma ordinaria será, en principio, la acordada por las partes. Los constituyentes de la prenda pueden acordar *a priori* un procedimiento determinado para concretar el crédito, con entera libertad, siempre y cuando respeten los límites indispensables del derecho real<sup>90</sup>. En su defecto se deberá acudir al resultado de la decisión judicial en juicio declarativo. Una vez concretada la existencia, cuantía, exigibilidad y el carácter pignoraticio del crédito garantizado, el titular de la prenda puede proceder a

---

<sup>88</sup> RDGRN de 28 de abril de 1999, FD Cuarto, final: “de suerte que la plena efectividad de la hipoteca requiera la prueba extrarregistral de la existencia del crédito garantizado”. En el mismo sentido RRDGRN de 6 de noviembre de 1999, FD Cuarto, y 27 de julio 1999, FD Segundo.

<sup>89</sup> **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL:** *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., p. 792: “Así como en la hipoteca normal o corriente, desde el momento de su constitución consta la existencia de la obligación garantizada, como también su volumen o cuantía, en la hipoteca de máximo sólo se alude a una obligación *posible, probable o potencial*, que, de existir, puede ser de *cuantía indeterminada*”. Igualmente, **CHICO Y ORTIZ:** *Estudios...*, p. 1586; **REY PORTOLÉS:** “Hipoteca...”, p. 124.

<sup>90</sup> **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL:** *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., p. 796; **CHICO Y ORTIZ:** *Estudios...*, p. 1587.

realizar el valor de la garantía, en los términos señalados por el artículo 19 LDRG.

#### **1.4.2. La prenda de máximo en garantía de “varias obligaciones”**

La prenda de máximo puede garantizar una sola obligación o varias obligaciones a la vez. El supuesto de prenda en garantía de distintas obligaciones se encuentra previsto en el artículo 13.3 LDRG, cuyo carácter novedoso es perfectamente constatable con relación al artículo 1857.1 CC, que habla de “una obligación principal”. Según el artículo 13.3 LDRG, es indiferente que todas o algunas de las obligaciones conjuntamente garantizadas por la misma prenda tengan una existencia actual o sean futuras, es decir, que hayan sido establecidas antes o después de la constitución de la prenda, así como que sean de existencia “simultánea o sucesiva”. Para la válida constitución de este tipo de prenda la LDRG establece tres requisitos esenciales: que todas las obligaciones aseguradas por la misma garantía tengan como partes al mismo deudor y al mismo acreedor, ocupando la misma posición jurídica; que las partes fijen el importe máximo de responsabilidad de la garantía y que, asimismo, fijen el período de tiempo durante el cual las obligaciones nacidas o que nazcan han de entenderse aseguradas por la misma prenda.

##### **1.4.2.1. Justificación de la inclusión de este tipo de prenda**

La prenda en garantía de “varias obligaciones” es una especialidad de la prenda de máximo que atiende a aquellos supuestos prácticos en que, entre las mismas partes, suelen producirse varias relaciones jurídicas de crédito-deuda con cierta reiteración, como puedan ser, por ejemplo, las derivadas de una relación de suministro comercial o industrial, o las derivadas de cierta relación de negocios. La finalidad de este tipo de prenda es proporcionar a las partes una garantía lo suficientemente flexible, que sea susceptible de abarcar todas las operaciones económicas convenidas entre ellas durante un período

de tiempo determinado, sin necesidad de proveer una nueva garantía para cada una de las obligaciones aseguradas<sup>91</sup>. A través de esta prenda, un sujeto determinado -el acreedor pignoraticio- obtiene una garantía genérica, por una cantidad máxima, que podrá aplicar a cualquiera de los créditos contraídos o por contraer contra otro sujeto determinado -el deudor- durante un período de tiempo determinado. En consecuencia, la prenda no se extiende ni al importe que exceda del máximo predeterminado ni a las obligaciones que nazcan fuera del plazo convenido, aunque vinculen a los mismos sujetos ocupando la misma situación jurídica o respondan a la misma base causal que las anteriores. Si las partes lo creen conveniente deberán constituir otro derecho real que las garantice.

La prenda de máximo en garantía de más de una obligación no representa una excepción a la prohibición contenida en el artículo 14.1 LDRG, que impide dar en prenda una cosa ya empeñada. Ciertamente, este precepto prohíbe que una cosa empeñada en garantía del cumplimiento de una obligación responda, por causa de la constitución de un nuevo derecho real de prenda, del cumplimiento de otra obligación, aunque sea entre las mismas partes. Pero en el supuesto que nos ocupa, aunque un mismo objeto responde

---

<sup>91</sup> La necesidad de atender a esta clase de garantía ya fue puesta de relieve por la DGRN, en la R de 16 de junio de 1936, FD Primero, por apreciar “Que la realidad muestra la conveniencia de facilitar la constitución de hipotecas en garantía de negocios mercantiles, en atención a que las entidades que se dedican a operaciones de descuento exigen a veces de sus clientes garantías de carácter real que las pongan a cubierto de posibles insolvencias, por lo cual debe darse a tales hipotecas la flexibilidad que requieren las necesidades del comercio, porque de seguir un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo, a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias y, en suma, a provocar sensible reducción de la actividad industrial y daño grave en la economía nacional”. **CORDERO LOBATO**: *La hipoteca...*, p. 18, considera que este tipo de garantía “permite al deudor acceder al mercado de crédito con un abaratamiento de costes superior al que permiten las garantías singulares: la menor onerosidad que caracteriza a toda concesión de crédito cuando el riesgo de insolvencia está minimizado con una garantía, se consigue en este caso sin que el deudor tenga que renovar la «confianza» del acreedor en cada nueva transacción, ahorrándose, así, los gastos asociados a la prestación de garantías sucesivas (costes de negociación, de estudio de la solvencia del deudor en cada concesión de crédito, de constitución de sucesivas hipotecas, en su caso, etc.)”. En parecido sentido, **VEIGA COPO, ABEL B.**: “Prenda *omnibus*, prenda rotativa de acciones y garantía flotante”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2001, nº 82, pp. 33 a 72, p. 35.

del cumplimiento de más de una obligación, sólo existe un derecho real de garantía, que asegura conjuntamente el cumplimiento de todas ellas.

#### **1.4.2.2. La indeterminación del “crédito” asegurado y la protección de los terceros**

El artículo 13.3 LDRG no exige que en el título constitutivo de la prenda de máximo en garantía de “varias obligaciones” –existentes o futuras- los constituyentes determinen los datos indispensables que permitan individualizar el género de las que han de quedar aseguradas. Como ha quedado dicho, la validez de este tipo de prenda sólo requiere la coincidencia subjetiva, la determinación del máximo de responsabilidad y la fijación de un plazo<sup>92</sup>. Como consecuencia, respetando los requisitos expresamente exigidos por la LDRG, esta prenda puede cubrir cualquier tipo de obligaciones que las partes contraigan dentro del plazo establecido, cualquiera que sea su origen y causa, plazos o condiciones, excepto que, por acuerdo, la fuente se limite a uno o varios ámbitos concretos, o alguno se excluya de la cobertura. Atendiendo a ello, se puede decir que el artículo 13.3 LDRG admite y regula como figura autónoma e independiente lo que podría llamarse una prenda “global”<sup>93</sup>, una variante de la llamada prenda de seguridad cuya reglamentación no tiene siempre que plantearse a partir de los esquemas de la prenda ordinaria o de tráfico<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Para **CARRASCO PERERA**: Tratado..., p. 883, no resulta necesario que la prenda establezca un periodo de tiempo en el que las obligaciones que quedarán cubiertas puedan ser contraídas. Sin embargo, también entiende que dado que el deudor a lo único que se obliga es a mantener indefinidamente una prenda, pero no a contraer futuras deudas, el pignorante siempre “puede desistir de su contrato de prenda, notificando su voluntad al acreedor, con lo que “la prenda dejará de asegurar el cumplimiento de obligaciones que no hubieran sido ya contraídas en el momento en que el desestimiento es eficaz frente al acreedor”.

<sup>93</sup> Este tipo de garantía, especialmente tratado desde el ámbito hipotecario, ha recibido distintas denominaciones – global, flotante, sumidero, onmibus,...-, de las que en este trabajo se escoge la que se considera más adecuada en atención a su peculiar singularidad.

<sup>94</sup> Para **REY PORTOLÉS**: “Hipoteca...”, p. 125, este es un aspecto fundamental, dado que a esta variante de la hipoteca de seguridad se le suelen formular “reproches predicables sólo desde el esquema de las hipotecas de tráfico”. Este autor, obra y p. cit., considera que “El problema surge porque la categoría de la hipoteca de seguridad no ha

Una interpretación –quizás más prudente- del artículo 13.3 LDRG podría aconsejar una mayor determinación del objeto de garantía, atendiendo a los principios de especialidad y de accesoriedad que, en mayor o menor medida, tradicionalmente han regido en este ámbito, por el hecho de la oponibilidad *erga omnes* de las garantías reales. Esta última es la línea que se sigue en materia de hipotecas<sup>95</sup> y que ha sido reiteradamente expresada por la Dirección

---

sufrido una recepción completa en el Derecho español. La admisión de su plena existencia, amén de retoques en artículos-clave (como los definitorios 1876 del C.c. y el 104 de la Ley Hipotecaria o el artículo 144 de esta última) probablemente deberían conducir a una inhibición del Registro en cuanto atañe al débito de la obligación que en definitiva se asegure y a la preocupación sólo por el señalamiento de una cifra cierta de responsabilidad (...) Y nuestros sucesivos legisladores hipotecarios no han tenido hasta ahora arrestos para reestructurar toda la dogmática de la hipoteca. Se han limitado a introducir, sin preocupaciones por la coherencia interna, los supuestos más necesarios de hipotecas de seguridad y los han dejado convivir, con las ordinarias, provocando que las más de las veces, rechinen con el roce o encuentro, los engranajes de la máquina general. Y eso que ejemplos notables de hipotecas de seguridad (las legales, las de caución etc.) no son de importación sino de rancia estirpe hispanorromana, por más que empolvadas por el desuso. Es la doctrina la que tendría que reescribir todo el tratado de hipotecas partiendo de la indicada dualidad de nociones y todavía no lo ha hecho”.

<sup>95</sup> **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL:** *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., p. 793: considera que “Dentro de la natural indeterminación del crédito garantizado por la hipoteca de máximo, el carácter registralmente accesorio de la misma exige que el crédito asegurado se proyecte o refleje en el Registro, al menos, con los *datos indispensables* que permitan *identificar* la relación obligatoria que garantiza el gravamen hipotecario. Generalmente estos datos se referirán a la relación o base *causal* que sirva de soporte a las prestaciones resultantes”. En parecido sentido, **GONZÁLEZ LAGUNA, MIGUEL – MANZANO SOLANO, ANTONIO:** “Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1995, nº 566, pp. 109 a 211, p. 209: “A nosotros nos parece, basándonos en una fuerte tradición jurídica y en la propia naturaleza de la hipoteca, que sólo cabe garantizar una única obligación o varias coligadas entre sí, y en ambos casos, sean unipersonales o pluripersonales, pero no es posible garantizar con hipoteca única obligaciones totalmente desconexas que pueden generar, dado el carácter accesorio de la hipoteca, la rara mezcla de tipos de hipoteca totalmente distintos. Pensemos que con la misma hipoteca se pretendiese garantizar las responsabilidades por el ejercicio de la profesión, una emisión de títulos al portador y el precio aplazado de una compraventa, y todo ello simultáneamente. Además de las razones técnicas que venimos exponiendo, las más generales del principio de especialidad en su concepción moderna abonan la solución negativa”. **AVILA NAVARRO, PEDRO:** “La hipoteca en garantía de cuenta corriente”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1995, pp. 721 a 727, también denuncia este tipo de garantía y considera, en la línea de la DGRN que seguidamente se analiza, que “las obligaciones se definen a veces de manera tan general que cabría incluir en ellas responsabilidades extracontractuales, cláusulas penales, indemnización de perjuicios, que nada tienen que ver con una previa disposición de fondos; tal vez se trata de entidades de crédito que lo único que pretenden es la facilidad de acreditar el saldo final por certificación de su contabilidad; o quizá de comerciantes que deseen reflejar el resultado de sus operaciones a través de doble libreta; pero en realidad lo que se intenta constituir no es una hipoteca, que supone afección de una finca al pago de una obligación, sino un



General de los Registros y del Notariado. A través de sus resoluciones, la Dirección General ha salido al paso de tal práctica, negando la posibilidad de la inscripción de la hipoteca con diversos argumentos<sup>96</sup>, cada uno de ellos con

---

privilegio por el que, respecto a una finca, un determinado acreedor, por cualquier deuda, será preferido a todos los demás acreedores, con violación de toda normativa sobre concurrencia y prelación de créditos”. Igualmente, **VEIGA COPO**: “Prenda...”, p. 42: “La simple individualización de los sujetos entre los cuales el crédito puede surgir no puede contener los elementos suficientes e idóneos ni para determinar la relación jurídica constitutiva del crédito ni el objeto del crédito. Otra interpretación merecería la cláusula si en la misma se enumeraran taxativamente los diversos negocios concretos de entre los cuales puedan surgir los créditos que se deban entender incluidos en la prenda, con independencia de que estos negocios sean ya existentes. Así, para que esa cláusula sea más viable debe concretar los negocios que gozan de una tipicidad suficiente en el tráfico que permita su fácil individualización, excluyéndose por tanto términos residuales como «y todos los demás negocios que se puedan concluir con el cliente», o el recurso a expresiones ambiguas como «las operaciones de crédito que existan entre las partes”. De la misma opinión **MEJÍAS GÓMEZ**: *Prenda...*, p. 118. Sin embargo, **CORDERO LOBATO**: *La hipoteca...*, p. 61, analizando los argumentos que actualmente sostienen la opinión de la DGRN, estima que “en la maraña de argumentos ya no se sabe si lo que se reprocha es que las hipotecas que garanticen obligaciones futuras o que incluyan cláusulas de globalización en garantía son indeterminadas, o si, aun estando determinadas, contravienen la exigencia de accesoriedad, por el solo hecho de que, en el momento de la constitución de la garantía, las obligaciones no existen o no son todavía exigibles (dado que tampoco se admite ya una hipoteca global en garantía de obligaciones nacidas)”.

<sup>96</sup> Los argumentos que reiteradamente han sido utilizados por la Dirección General de los Registros y del Notariado han sido los siguientes: vulneración del principio de especialidad o determinación registral, dado que ni es posible constituir una hipoteca en garantía de una masa indiferenciada de obligaciones ya existentes ni es posible garantizar con hipoteca las obligaciones totalmente futuras (RR de 10 de julio del 2001, FD Segundo; 26 de mayo del 2001, FD Sexto; 6 de noviembre de 1999, FD Quinto; y 27 de julio de 1999, FD Primero y Segundo; 7 de junio de 1999, FD Segundo; 6 de junio de 1998, FD Tercero, 11 de enero 1995, FD Segundo; 17 de enero de 1994, FD Tercero y Cuarto); vulneración de los artículos 1256 y 1273 CC, que impiden dejar el cumplimiento del contrato al criterio de una de las partes, y la indeterminación del objeto del contrato, respectivamente (RR de 10 de julio del 2001, FD Segundo; 6 de noviembre de 1999, FD Quinto); también como consecuencia de los principios de especialidad y de accesoriedad, necesidad de constituir una garantía individualizada si lo que se quiere es dar cobertura hipotecaria a distintas obligaciones, “en consonancia con el mantenimiento de su autonomía jurídica, y no una hipoteca única, pues la simple reunión contable de diversas operaciones de crédito carece de virtualidad suficiente para procurar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante, que representará únicamente la posición global acreedora o deudora de cada parte, y su realización sólo procederá a través del ejercicio individual de cada una de las relaciones jurídicas comprendidas, cuya autonomía y régimen jurídico específico se mantienen inalteradas sin más corrección que las debidas al pago compensatorio, por lo que no procede la cobertura hipotecaria de los saldos, sino el aseguramiento separado de cada una de las concretas relaciones crediticias que lo determinan” (R de 24 de julio de 1998, FD Tercero; en el mismo sentido RR de 10 de julio del 2001, FD Tercero y Cuarto; 26 de mayo del 2001, FD Sexto; 27 de julio de 1999, FD Segundo; 7 de junio de 1999, FD Segundo; 24 de julio de 1998, FD Tercero; 6 de junio de 1998, FD Segundo; 11 de enero de 1995, FD Cuarto). En definitiva, la DGRN considera que en estos casos “Lo que se pretende es únicamente la obtención de una hipoteca «flotante», en la que si bien aparece fijado el máximo de responsabilidad,



entidad suficiente, pero reconducibles todos a la necesidad de evitar que se produzca una reserva de rango en perjuicio de terceros acreedores hipotecarios, que perderían su preferencia en favor de créditos posteriormente contraídos pero igualmente cubiertos por la garantía<sup>97</sup>.

---

queda al arbitrio del Banco determinar si esta cifra ha de estar integrada por unas u otras de los créditos que ostente contra el hipotecante (créditos que, además, no sólo no quedan identificados al tiempo del otorgamiento, sino que se incluyen algunos futuros cuyo nacimiento depende exclusivamente de la voluntad del Banco)” (R de 10 de julio del 2001, FD Quinto). Esta es también la línea seguida por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 27 de mayo del 2002, FD Cuarto; en esta sentencia el Tribunal debía decidir sobre la nulidad de una hipoteca, según entendiera que cumplía o no con los “requisitos de determinación de la naturaleza y extensión del derecho que ha de inscribirse”; el problema era que en la escritura de constitución se incluyó una cláusula en la que se decía que quedaban aseguradas las obligaciones que “con carácter enunciativo y sin limitaciones se relacionan”; el Tribunal entendió que esa frase “supone una fórmula abierta, que es contraria al principio de especialidad”, pero, aún así, declaró la validez de la hipoteca por entender que, también se detallan “una serie de operaciones, convenientemente precisadas en sus elementos esenciales”, con lo que “el repetido inciso, obviamente ilegal, no repercute en la totalidad de la cláusula para el efecto de la nulidad de la hipoteca; basta tener por no puesta, por su improcedencia, la frase de que se trata, para proclamar que, en lo demás, la hipoteca es válida”.

<sup>97</sup> Así, RDGRN de 27 de julio de 1999, FD Segundo: “y aunque -con notable flexibilidad, a fin de facilitar el crédito- se permite en ciertos supuestos la hipoteca sin la previa determinación registral de todos sus elementos, siempre se imponen algunas exigencias mínimas, para impedir que tal derecho constituya, en realidad una mera reserva de rango registral o una especie de hipoteca «flotante», en la que, si bien queda fijada la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, queda, en cambio, al arbitrio del acreedor determinar si esa cifra máxima va a estar integrada por los importes, totales o parciales, de obligaciones ya existentes o con el importe de otras obligaciones que en futuro pueda contraer el mismo deudor en favor del acreedor”; R de 26 de mayo del 2001: “No puede, en consecuencia, admitirse que la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito pueda aplicarse posteriormente, como una reserva de rango disponible, a la cobertura adicional de otro (cfr. Resolución de 5 de noviembre de 1990 y 17 de enero de 1994), ni aunque por haberse reducido el importe del primero quepa el segundo dentro del límite de responsabilidad hipotecaria establecida para aquél. Ello ni tan siquiera es posible en la hipoteca de seguridad, sea de máximo o en garantía de obligación futura, en que si bien la indeterminación del importe o de la propia existencia de la obligación llamada a garantizarse determina sus peculiaridades, en todo caso exige la identificación de cuál sea la relación jurídica de la que nace o ha de nacer la obligación para cuya seguridad se constituye, sin que el exceso de cobertura permita a las partes cobijar bajo ella un crédito distinto fruto de un nuevo convenio contractual”; R de 17 de enero de 1994: “Estaríamos ante una reserva de rango –un difuso derecho real en formación- que, aunque aparece constituido en favor de un sujeto determinado (el eventual futuro acreedor) en realidad su existencia queda a la libre disposición de su propietario. Si la finca es después hipotecada o embargada en garantía de otros créditos, los respectivos acreedores podrían, por el arbitrio del que será avalado, perder su preferencia en favor de créditos que nacen después (los del avalista), a pesar del carácter imperativo que rige la materia del orden de prelación de créditos. Por otra parte, la admisibilidad de estas preferencias anticipadas propiciaría que las diversas entidades encadenaran a sus clientes con la constitución de hipoteca sobre sus bienes en previsión de las eventuales operaciones futuras. Además estas reservas de rango podrían ciertamente facilitar determinadas operaciones

Sin embargo, en la prenda con desplazamiento, cuya principal publicidad es la posesión de la cosa pignorada por parte del acreedor pignoraticio (cfr. Preámbulo, 9º LDRG)<sup>98</sup>, no existe el problema de una posterior pignoración por la prohibición que establece el artículo 14.1 LDRG, con lo que nunca existirá un posterior acreedor que pueda ver perjudicado su crédito pignoraticio por causa de una prenda de máximo de las características descritas por el artículo 13.3 LDRG. En su caso, lo que sí pueden existir son expectativas de cobro a cargo del valor del objeto empeñado, una vez desafectado. Pero aún en este caso, el principio de especialidad no tiene como función primordial la protección de los terceros, sino que es un requisito esencial de existencia de la garantía, que siempre ha de nacer para asegurar el cumplimiento de un pago (cfr. arts. 13 LGP, 1857 CC y 8 LHM)<sup>99</sup>. Lo que verdaderamente importa a los terceros acreedores es conocer la afección real, la responsabilidad que recae sobre el objeto empeñado, que queda perfectamente fijada mediante la determinación del máximo<sup>100</sup>; circunstancia que conjugada con la necesaria fijación del

---

comerciales, pero, a la vez y al no existir un legítimo interés actual suficiente que las justifique menoscabaría indebidamente el crédito territorial del propietario y perturbarían el tráfico inmobiliario”. En idéntico sentido RR de 6 de noviembre de 1999, FD Quinto; 6 de junio 1998, FD Tercero. Sin embargo, el criterio de la DGRN no ha sido siempre el de impedir la inscripción de una hipoteca por el sólo hecho de que la misma contuviera una cláusula de globalización de la cobertura. Al menos en dos ocasiones la DGRN permitió la inscripción de esta clase de hipotecas, en sus RR de 28 de febrero de 1933 y de 16 de junio de 1936. No obstante, también en estas resoluciones, se partía de la necesidad de que las partes hubieran determinado, al menos, las líneas fundamentales de las obligaciones que finalmente habrían de quedar cubiertas por la garantía. Un análisis detallado de los argumentos vertidos por la DGRN para denegar la inscripción de este tipo de hipotecas en **CORDERO LOBATO: *La hipoteca...***, pp. 54 y ss.

<sup>98</sup> Igualmente en la prenda de valores anotados en cuenta, dado que la legislación del Mercado de Valores reconduce la inscripción de la garantía, en sus efectos, a la transmisión posesoria (arts. 3 LMV y 13. RD 116/1992).

<sup>99</sup> **CORDERO LOBATO: *La hipoteca...***, p. 73: “La función del principio de especialidad no es la de proteger a los terceros, ni siquiera creo que, como dice GARCÍA GARCÍA, se trate de un instrumento que realice una función cautelar o preventiva. Por el contrario, estimo que la determinación del derecho garantizado es uno de los requisitos que permite el nacimiento de la afección en garantía: si no hay *ab initio* determinabilidad de la obligación garantizada, no existe tampoco garantía alguna (...) Así, tan sólo en un sentido impropio se puede decir que la determinación de la obligación garantizada protege a los terceros, y es que una cobertura hipotecaria no determinable ni siquiera sería oponible al deudor”.

<sup>100</sup> De esta opinión **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario***, 64

período de tiempo en que pueden nacer las obligaciones que han de quedar cubiertas por la garantía, supone, a mi juicio, cumplimiento suficiente del principio de determinación<sup>101</sup>.

---

t. IV, v. 2º..., p. 791: “A los acreedores hipotecarios posteriores, así como a los terceros poseedores, lo que les interesa no es la cuantía de la deuda, sino el importe de la *responsabilidad* o afección hipotecaria de la finca gravada que queda afectado por la hipoteca de máximo”; **CORDERO LOBATO**: *La hipoteca...*, p. 73: “la protección de los terceros no proviene de la determinación de la obligación garantizada, sino de aquellos preceptos que señalan (o que exigen que conste registralmente) la cuantía que les es oponible: bien la de la obligación garantizada –cuando el montante esté ya determinado- o, en caso contrario, su máximo (cfr. arts. 12, 114, 146, 153 LH, 219 y 220 RH). La función de la expresión del máximo consiste en indicar a los terceros su nivel de exposición al riesgo por la actuación jurídica ajena (ello los pone a salvo de conductas estratégicas de acreedor y deudor), con lo que se evita, si no la inmovilización del inmueble (porque el máximo puede absorber todo su valor), sí al menos la inseguridad que conllevaría tener que soportar un gravamen de cuantía indeterminada *ab initio* y sólo determinable en el futuro”; **REY PORTOLÉS**: “Hipoteca...”, p. 125: “en definitiva sólo es esencial el señalamiento de la cantidad máxima de que responde la finca hipotecada”. Este último autor, en obra y p. cit., considera que las partes siempre pueden pactar un mecanismo que “sirva para probar la existencia y exigibilidad de los créditos garantizados, y, de desbordar el conjunto de éstos el importe máximo asegurado, también para la elección de los que en definitiva se benefician de la hipoteca”.

<sup>101</sup> Es decir, este tipo de prenda no se constituye en garantía de un valor indefinido, que se extienda a todas las obligaciones que en un futuro indeterminado las partes puedan contraer, ni grava todos los bienes muebles del deudor cuya posesión pueda llegar a ostentar el acreedor pignoraticio. Todas estas circunstancias se encuentran determinadas en el tipo de prenda previsto por el artículo 13.3 LDRG, puesto que la garantía asegura hasta una cuantía máxima determinada, por las obligaciones que se contraigan durante un periodo de tiempo determinado, y con el valor de un o unos bienes igualmente determinados. En esta línea, **CARRASCO PERERA**: *Tratado...*, p. 883, entiende que “No existen problemas de determinación. Estos problemas existirían si no se supiera, salvo nuevo acuerdo, si determinado crédito futuro está o no cubierto por la prenda. Pero en una prenda global de este tipo semejante problema no puede plantearse de inicio, salvo que los términos del contrato describan confusamente el tipo de crédito al que alcanza la garantía. Es decir, puede existir un problema de determinación si, por ejemplo, se limita la prenda a los créditos «comerciales», y cabe dudar si se halla en este caso el crédito que el acreedor tenga posteriormente contra el pignorante por haber avalado éstas deudas de un tercero con el propio pignorante. Pero si la cláusula de extensión comprende «todos» los créditos futuros entre el acreedor y el pignorante, por definición desaparece el problema de defectuosa determinación, pues deja de haber dudas sobre si determinado crédito futuro está o no comprendido en la cláusula «omnibus». Ahora bien, esto no basta para conferir a la prenda global una heteroeficacia absoluta. Al igual que para la hipoteca global, es preciso aquí la fijación de un máximo de responsabilidad, pues la prenda es un gravamen que daña las expectativas de los terceros acreedores”. En opinión de **CORDERO LOBATO**: *La hipoteca...*, p. 106, no es imprescindible la fijación de un periodo temporal, siempre que cualquiera de las partes puedan poner fin a la relación de garantía, es decir, siempre que “cada parte disponga de la facultad de delimitar la cobertura con efectos pro futuro, esto es, para ya improbables obligaciones futuras. No obstante, obsérvese que el acreedor no necesita ninguna facultad de desistimiento, pues, como ya vimos, no está obligado a conceder el crédito”. Este autor entiende que el establecimiento de este plazo, además de no tener ninguna virtualidad en relación con la determinación de la cobertura en garantía, “es inconveniente para el deudor, que, si no puede poner fin a la relación de

Por otra parte, la Dirección General también rechaza la posibilidad de constituir válidamente una garantía global por el hecho de incluir en la cobertura obligaciones puramente futuras, lo que, a su juicio, también contraviene el principio de especialidad y lo dispuesto en los artículos 1115 y 1256 CC. Pero lo cierto es que la ley admite la posibilidad de asegurar con derecho real de garantía una obligación futura para el caso de que ésta se llegue a contraer (art. 13.1 LDRG, 142 LH; cfr. art. 1825 CC). Por tanto, se admite legalmente la posibilidad de oponer a los terceros la garantía real constituida en seguridad del cumplimiento de una obligación que todavía no existe. Por otra parte, la LDRG, a diferencia de la LGP, “elimina el principio de especialidad en la prenda” (Preámbulo, 9º LDRG), especialmente para facilitar el desenvolvimiento de la garantía en aquellos casos en que los diferentes objetos empeñados hayan de responder del cumplimiento de una obligación. Pero la eliminación de este principio de especialidad también incide en el supuesto del artículo 13.3 LDRG, en el sentido de que la prenda no asegura una obligación especialmente determinada, sino hasta un máximo especialmente determinado. No obstante, dado que el principio de especialidad proyectado en la obligación asegurada pretende, en último término, adscribir la responsabilidad real a un concreto pago, este principio se aplica también cuando al objeto se le asigna una concreta responsabilidad, aunque sea mediante la determinación de un máximo, con independencia de cuál sea la obligación garantizada<sup>102</sup>.

Sin embargo, La Dirección General sólo admite la posibilidad de garantizar obligaciones futuras cuando éstas provengan de una relación

---

aseguramiento, se encuentra «encadenado» al acreedor durante el plazo que se haya establecido”.

<sup>102</sup> A mi juicio, la garantía queda más especificada mediante la determinación de un máximo de responsabilidad, puesto que ello significa que el objeto gravado nunca ha de responder de una cantidad mayor que la máxima fijada. En cambio, en la prenda llamada de tráfico, por ejemplo en seguridad de un préstamo, la garantía no sólo cubre el capital, sino también los intereses y los gastos de conservación que eventualmente se puedan ir generando, situación que puede alargarse hasta que el acreedor decida proceder a la realización de la garantía.

jurídica existente en el momento de la constitución del gravamen (como podrían ser las de restituir el saldo en un contrato de apertura de crédito, los intereses), alegando que sólo en estos supuestos se respeta el principio de accesoriedad de la garantía<sup>103</sup>. Ahora bien, como ha sido puesto de relieve “cuando se garantizan obligaciones futuras derivadas de una relación jurídica subyacente, el nacimiento de estas obligaciones es completamente aleatorio y, además, el mismo depende a veces de la producción de hechos totalmente potestativos para el deudor. Es incorrecto entender que el requisito de la accesoriedad se respeta en estos casos porque exista la relación jurídica subyacente, pues se trata de obligaciones que no sólo no existen, sino que su futura existencia es absolutamente incierta y, además, su nacimiento depende del puro arbitrio del obligado, o bien del hecho discrecional de un tercero (como sucede en el saneamiento por evicción)”<sup>104</sup>. Atendiendo a este planteamiento, que aquí se sigue, se puede decir que el requisito de la accesoriedad no demanda la existencia actual de una obligación al momento de la constitución del gravamen.

---

<sup>103</sup> RDGRN de 6 de noviembre de 1999, FD Quinto: “Si la hipoteca en garantía del saldo de una cuenta corriente implica, como se ha dicho, la garantía de una obligación futura pero derivada de una relación jurídica básica preexistente, esta ha de contener ya los necesarios elementos que permitan la determinación futura de la obligación que se pretende garantizar, y no sólo en cuanto al plazo y cuantía máxima asegurada, sino también en cuanto a los concretos actos de disposición o reintegro de que es susceptible”. Con el mismo criterio RR de 27 de julio de 1999, FD Segundo; 11 de enero de 1995; 17 de enero de 1994, FD Cuarto.

<sup>104</sup> **CORDERO LOBATO:** *La hipoteca...*, p. 88, quien continúa diciendo: “En el orden de los hechos, es tan contingente que un deudor incurra en mora con su acreedor bancario como que concierte con él una nueva operación cambiaria”. Entiende esta autora, obra cit. p. 93, que el error “proviene del hecho de exigir una relación de accesoriedad entre el vínculo en garantía y la obligación nacida y todavía no incumplida. En mi opinión esta relación de accesoriedad está mal entendida, y además, es absolutamente inútil para desempeñar la función que institucionalmente está atribuida al requisito de la accesoriedad: el contenido que finalmente tenga el derecho del acreedor garantizado una vez que el mismo sea eficaz (por haberse producido el incumplimiento) no se determina *per relationem* con la obligación garantizada, sino tan sólo con la medida en que ésta se haya incumplido. Por ello, en la ejecución, y aunque la hipoteca asegure obligaciones inicialmente determinadas, el acreedor tiene que hacer constar «los hechos y las razones jurídicas determinantes de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito» (art. 131.2.ª<sup>1</sup> LH)”.

Por otra parte, la posibilidad de incluir las futuras obligaciones en la cobertura pignoratícia no es una cuestión que se ingiera en el negocio de prenda. Es decir, el consentimiento que resulte preciso para el nacimiento de las relaciones obligatorias se mantiene ajeno al negocio de garantía, que desde su nacimiento asegura todas las obligaciones que nazcan entre las partes y se ajusten a los requisitos legalmente fijados<sup>105</sup>. En consecuencia, en la prenda de obligaciones futuras no se contravienen los artículos 1115 y 1256 CC, porque la garantía constituida, que cubrirá las obligaciones una vez nacidas, se encuentra perfeccionada, sin necesidad de nuevo acuerdo de las partes<sup>106</sup>.

#### **1.4.2.3. La indivisibilidad de la garantía y la individualidad de las distintas obligaciones aseguradas**

La prenda de máximo en garantía de “varias obligaciones” asegura el cumplimiento todas y cada una de éstas, en su individualidad, y no se extingue sino en el momento en que la última ha sido satisfecha.

Sin embargo, la posibilidad de incluir una pluralidad de obligaciones distintas en una misma cobertura pignoratícia no se corresponde con una fragmentación del importe máximo de responsabilidad fijado, del que responde la cosa empeñada. Es decir, el máximo de responsabilidad fijado no se distribuye por cuotas entre las distintas obligaciones aseguradas, sino que la misma prenda garantiza todas las que finalmente queden integradas, de forma

---

<sup>105</sup> Para **CARRASCO PERERA**: Tratado..., p. 885: “La prenda es inmediatamente eficaz como derecho real. Es verdad que, mientras el crédito no exista, no podrá ser ejercitado ni formará parte del patrimonio agredible del deudor pignorante. Pero también es cierto, y esto es lo que importa, que la eficacia jurídico-real en derechos de garantía se satisface con la obtención de un rango determinado y una preferencia para cuando el crédito nazca, y que la fecha de uno y otra se retrotraiga a todos los efectos (preferencia con terceros, quiebra) a la fecha de constitución de la relación de prenda. Ciertamente que, si no existe el crédito pignorado, nada se podrá cobrar; pero esto es un problema de efectividad de la prenda, no de su valor jurídico como garantía”.

<sup>106</sup> **CORDERO LOBATO**: *La hipoteca...*, p. 104: “la hipoteca en garantía de obligaciones futuras no está sometida a condición potestativa porque el deudor no puede obligarse sin que la hipoteca garantice la nueva obligación”.



conjunta o global<sup>107</sup>. Esto no significa que la prenda garantice, por novación, la restitución del saldo resultante de la suma de las obligaciones contraídas. Lo que la prenda asegura son las distintas obligaciones que, aunque cubiertas por la misma garantía, mantienen su diversidad e independencia y son, por tanto, exigibles y ejecutables aisladamente y mediante sus propios títulos.

Por otro lado, la prenda a la que llamamos global requiere que las partes establezcan un término, a los efectos de limitar las obligaciones cuyo cumplimiento ha de quedar cubierto por la garantía, pero no para aplazar la exigibilidad de las mismas. Por consiguiente, cada una de las obligaciones garantizadas por la prenda global ha de cumplirse según su propio título, en el momento y la forma convenidos, sin que el deudor ni el pignorante puedan exigir del acreedor pignoraticio que demore la realización de la garantía hasta que todas las obligaciones conjuntamente aseguradas, o algunas de ellas, se encuentren vencidas y sean exigibles. Esto no impide, no obstante, que las partes pacten también una fecha de realización de la garantía. Es decir, las partes siempre pueden pactar que la realización del valor de la prenda no se inste sino hasta un momento determinado, independiente de la fecha de vencimiento de cada una de las obligaciones garantizadas y de su efectivo cumplimiento. Por este pacto el acreedor se compromete a instar la realización del valor de la cosa sólo a partir del momento acordado, aunque con anterioridad alguna de las obligaciones garantizadas y vencidas no hubiera sido satisfecha. En ese caso, hasta la llegada del término fijado, y respecto de los créditos asegurados vencidos y no satisfechos, el acreedor que desee reclamar sólo podrá hacerlo a través del ejercicio de una acción personal contra el deudor, pero no a través de la acción real, que sólo procederá llegado el momento pactado. Si las partes no pactan en este sentido, el acreedor pignoraticio puede realizar su garantía cuando cualquiera de las obligaciones aseguradas resulte incumplida a su vencimiento. Igualmente, las partes pueden convenir el vencimiento anticipado de las obligaciones garantizadas por la misma prenda que todavía estuvieran pendientes de cumplimiento, en caso de

---

<sup>107</sup> CORDERO LOBATO: *La hipoteca...*, p. 26.

falta de pago de alguna de las obligaciones a su vencimiento (cfr. art. 693.2 LEC).

En definitiva, sobre el deudor pesa la obligación general de cumplir todas las obligaciones aseguradas por la misma garantía según las particulares circunstancias de cada una de ellas, excepto pacto en contrario. De lo contrario el acreedor puede ejercitar su facultad de realización del valor cuando cualquiera de las obligaciones garantizadas se incumpliera a su concreto vencimiento<sup>108</sup>. Esto significa que el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones cubiertas por la misma prenda -aunque sea la de mayor importancia económica- o el cumplimiento de la mayoría de ellas no implica la extinción de la garantía real. El derecho real de prenda continua existiendo y desplegando sus efectos en seguridad de las obligaciones todavía vigentes, siempre y cuando el valor del objeto afectado no se hubiera agotado en la satisfacción de las ya vencidas, porque, si así fuera, el derecho real quedaría extinguido por falta de garantía y sólo subsistiría la responsabilidad personal.

Por otra parte, la sucesiva extinción de las obligaciones cubiertas por la prenda global no conlleva la correlativa disminución de la cifra máxima de responsabilidad. La LDRG no limita la cuantía de las obligaciones que se puedan contraer, sino el máximo de responsabilidad del que responde el objeto gravado. En consecuencia, las partes pueden utilizar la garantía, para incluir en la misma una serie ilimitada de obligaciones, contraídas o por contraer, siempre que nazcan en el periodo pactado, aunque el acreedor no podrá utilizar su garantía para la satisfacción de las que excedan en importe al máximo acordado<sup>109</sup>. Sin embargo, una vez expirado el plazo señalado, la cobertura

---

<sup>108</sup> De esta opinión **CORDERO LOBATO**: *La hipoteca...*, p. 106.

<sup>109</sup> De la misma opinión **CORDERO LOBATO**: *La hipoteca...*, p. 177, para quien “en esta hipoteca el deudor paga para conservar incólume su expectativa de crédito en el futuro sin que se le requiera la prestación de nuevas garantías, y aquí reside precisamente la principal utilidad que las garantías globales presentan para el deudor”. En este mismo sentido **GONZÁLEZ-MENESES, MANUEL**: “Comentario a la Resolución de la DGRN de 17 de enero de 2002”, *La Notaría*, marzo 2002, nº 3, pp. 210 a 215, quien aclara la diferencia existente entre la ampliación de una hipoteca, que es como si se constituyese una nueva hipoteca independiente en cuanto a su rango por la parte ampliada, y una ampliación de



pignoraticia se reducirá a medida que el deudor satisfaga los créditos adeudados, en las cantidades concurrentes, o se extinguirá cuando todos ellos hayan sido satisfechos<sup>110</sup>. En cualquier caso, el pago definitivamente garantizado por la prenda no es el máximo establecido, sino el importe final de lo adeudado en tanto no supere la cifra de responsabilidad determinada.

---

un préstamo que no conlleve una ampliación de la cifra de responsabilidad hipotecaria, por haberse amortizado parcialmente, en cuya virtud se aproveche el posible sobrante de la cobertura para cubrir el importe de la ampliación del préstamo. Sin embargo, como se ha dicho, no es ésta la opinión de la DGRN expresada en sus resoluciones: R de 26 de mayo del 2001, FD Quinto, 2º y 3º: “Parte el recurrente de la tesis de configurar aquella hipoteca, para la que se convino el conocido como sistema francés de amortización, aquel en que a través de cuotas periódicas, por lo general constantes, se van a la vez que satisfaciendo los intereses del préstamo abonando cantidades en concepto de amortización del capital, como un «tertius genus» distinto de las hipotecas ordinarias o de tráfico y de las de seguridad. Dado que, según argumenta, desde el momento en que se paga la primera de las cuotas exista ya una divergencia entre la suma garantizada con la hipoteca y la realmente debida, existe una separación, aunque sea relativa, entre la relación contractual de préstamo, que vive en la realidad extrarregistral al ritmo de los pagos realizados, y la garantía registral a través de la hipoteca, que supone frente a terceros la reserva de un derecho de realización de valor por un importe y plazos determinados, garantía que puede perfectamente sobrevivir para seguir garantizando hasta la suma que lo hacía, aunque no más, la misma relación de préstamo después de su ampliación novatoria. Tan ingeniosa construcción no puede admitirse. La hipoteca ordinaria o de tráfico, frente a la llamada de seguridad, es la que garantiza una obligación ya existente y de cuantía determinada, al margen de cuál sea el sistema previsto para su pago o devolución. Pretender que la Ley Hipotecaria no regula la hipoteca en garantía de obligaciones sujetas a pagos o devoluciones parciales es ignorar el contenido de sus artículos 122, 124, 127 ó 135, este último en la redacción vigente al tiempo de constituirse la hipoteca, o en orden a su ejecución los 575, 578 y 693 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil; R de 9 de enero del 2002, FD Tercero: “Dada la accesoriedad e indivisibilidad de la hipoteca (cf. Artículos 1.860 y 1.876 del Código Civil y 104 y 122 de la Ley Hipotecaria), que nace en garantía de una concreta obligación y por un importe determinado (artículo 12 de la Ley Hipotecaria), con la que se transmite (artículos 1.212 y 1.528 del Código Civil) y se extingue, y que subsiste íntegra, en tanto no se cancele, aun cuando se haya reducido la obligación garantizada y, por tanto, cualquiera que sea la cantidad que en virtud de pagos parciales resulte aún debida, no puede utilizarse la misma, según señaló la Resolución de 26 de mayo de 2001, para garantizar otras responsabilidades de las previstas en su constitución, cual si de una hipoteca de propietario se tratase, tal como parece pretender el recurrente al considerar que hasta la suma garantizada cubre posibles ampliaciones del crédito original una vez que éste se ha reducido”; R de 17 de enero del 2002, FD Tercero, 2º: “Estas características determinan, como ha señalado la reciente Resolución de 26 de mayo de 2001, que no quepa admitir la utilización de una hipoteca constituida para la seguridad de un crédito para dar posteriormente cobertura real a otro, sea totalmente independiente del primero o el resultado de una ampliación del hasta entonces existente, aunque por haberse reducido la deuda garantizada cupiera en todo o parte el importe del segundo dentro de la suma de responsabilidad hipotecaria establecida en su momento”.

<sup>110</sup> Excepto cuando se trate de pago por subrogación, que supone el ingreso de otro acreedor en la titularidad activa de la relación pignoraticia, o su sustitución si se pagaron todas las obligaciones garantizadas.

Realizada la prenda por causa del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones aseguradas y en el supuesto de que el precio obtenido en la enajenación del objeto gravado fuera superior al del crédito por cuya causa se realiza, es posible pensar en dos hipótesis para mantener la prenda en garantía del resto de los créditos globalmente asegurados. Una posibilidad sería que el remanente quedara afectado en garantía de pago del resto de obligaciones aseguradas, de forma que la prenda se convirtiera en pecuniaria. Esto supone que el tercero adquiriría un bien que se afectó en garantía del cumplimiento de diversas obligaciones, pero que, por la realización de su valor para el cumplimiento forzoso de alguna o algunas de ellas, queda totalmente liberado de su gravamen, también con relación al resto. La otra posibilidad sería que la realización del valor de la prenda no supusiera la desafección del bien, que continuaría gravado en garantía del resto de los créditos asegurados. En este caso, el derecho real de prenda subsistiría sobre el bien inicialmente afectado aunque se redujese la cuantía de la responsabilidad pignoraticia. El rematante en subasta se adjudicaría ese bien conociendo que todavía se encuentra afectado en garantía del pago de ciertas obligaciones, todavía no vencidas o no exigibles.

Esta última es la opción que se acoge en el artículo 693.1 LEC, incluido en el Capítulo V, del Título IV, que trata “de las particularidades de la ejecución sobre los bienes hipotecados o pignorados”. Este artículo 693.1 LEC, que está pensado sólo para la hipoteca, prevé el supuesto “de que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación”. Según este precepto, cuando “fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha”. Como se puede apreciar, el artículo 693.1 LEC atiende al supuesto de la hipoteca en garantía de una obligación a plazos. Pero, en definitiva, contempla también la posibilidad de realizar la garantía para cobrar parte de la totalidad del crédito asegurado. La diferencia

entre uno y otro supuesto está en que mientras en éste se ejecuta por el incumplimiento de parte de la obligación asegurada, en el supuesto de la LDRG la garantía se realiza por el incumplimiento de una de las obligaciones conjuntamente aseguradas. Por tanto, a mi juicio, el artículo 693 LEC podría ofrecer una solución aplicable al supuesto de prenda en garantía del cumplimiento de obligaciones diversas previsto en el artículo 13.3 LDRG, cuando éstas hayan de satisfacerse en vencimientos diferentes.

No obstante, de las dos opciones planteadas considero preferible la primera, según la cual el bien se transmite al adquirente libre del gravamen pignoraticio y el remanente queda afectado en garantía del pago del resto de las obligaciones aseguradas. En el caso de la prenda, al margen de otras cuestiones técnico-jurídicas<sup>111</sup>, con la solución opuesta que ofrece el artículo 693 LEC la garantía puede ser difícilmente realizable por cuestiones prácticas de economía y de seguridad. Por una parte –aunque no sea una circunstancia particular de la prenda–, el adquirente en subasta debería prever la posibilidad de que el deudor no cumpla con el resto de las obligaciones y que la cosa haya de responder de nuevo por ellas, excepto que él, para evitarlo, se haga cargo de la deuda<sup>112</sup>. Por otra parte, en la prenda, el titular del derecho real debería continuar en el poder efectivo sobre la cosa (cfr. art. 13.3 LGP), para mantener la seguridad que la prenda representa, evitando el riesgo de desaparición u ocultación del bien mueble, sobre todo cuando no exista un registro en el que se pueda hacer constar el gravamen, lo que puede representar un grave inconveniente para el adquirente. Finalmente, debe tenerse también en cuenta el hecho de se trata de una única prenda aunque constituida en garantía de diferentes créditos existentes entre el mismo deudor y el mismo acreedor, por lo que si el acreedor decide proceder a la realización de la garantía por uno de

---

<sup>111</sup> El artículo 693 LEC atiende a un supuesto paralelo, aunque no análogo, de garantía, donde la obligación asegurada es única -aunque se haga funcionar como independiente- y donde, por tanto, el adquirente hace suyo un objeto cuyo valor todavía garantiza parte del pago de ese mismo crédito. En este caso resulta lógico que la cosa se transmita con su gravamen, porque, de otra forma, el acreedor podría ver definitivamente insatisfecho su interés.

<sup>112</sup> Habrá de tener en cuenta el valor del gravamen, que repercutirá en el precio de la adquisición.

esos créditos, ha de hacerlo sabiendo el riesgo que ello supone, de manera que no debería impedir la adjudicación de la cosa libre de cargas.

## **2. REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN DE LA PRENDA**

Según el artículo 12 LDRG, la prenda, constituida por cualquier título, requiere “El libre poder de disposición de la cosa por la persona pignorante” (art. 12.1, a), y “La transmisión de la posesión de la cosa a la persona acreedora o a una tercera, de acuerdo con la pignorante, por cualquier medio admitido por la Ley” (art. 12.1, b).

### **2.1. Título de constitución**

Según el artículo 12.1 LDRG el derecho real de prenda posesoria puede constituirse por cualquier título admitido en derecho, cuando se observen los requisitos que en el mismo precepto se detallan.

Un primer aspecto a resaltar en este punto es la diferencia sustancial que existe entre la previsión contenida en el artículo 12.1 LDRG, que ampliamente admite la constitución de la prenda “por cualquier título”, y la visión limitada del Código Civil sobre este extremo. En el Código Civil sólo se prevé de forma expresa la constitución contractual de la prenda (arts. 1857 y 1863). En este texto, que trata de la prenda en el Libro IV, “De las obligaciones y los contratos”, se contempla este negocio jurídico como único título de nacimiento de la garantía pignoraticia<sup>113</sup>. Sin embargo, siendo cierto que la forma ordinaria de creación de la prenda es la contractual, también es igualmente cierto que el contrato no es el único título de constitución de la garantía, sino que, en principio, cabe constituir la relación jurídica pignoraticia por todos aquellos medios que valiendo en general para los derechos reales no

---

<sup>113</sup> **PÉREZ-GONZÁLEZ – ALGUER:** *Tratado...*, p. 442: “El legislador ha prestado más atención a su aspecto de contrato que al aspecto, indudablemente más importante, de derecho real”.

resulten incompatibles con la naturaleza y finalidad legalmente atribuida al derecho real de prenda<sup>114</sup>.

En concreto, el derecho de prenda puede constituirse, además de por contrato, por usucapición, por adquisición a *non domino* y por acto de última voluntad<sup>115</sup>.

### 2.1.1. Por usucapición

De una forma general, el artículo 342 CDCC dispone que “La usucapió del domini i dels altres drets reals sobre coses immobles, llevat de les servituds, que mai no es poden usucapir, té lloc per la possessió en concepte d’amo pel temps de trenta anys, sense necessitat de títol ni de bona fe. Això mateix és aplicable al domini i a tots els altres drets reals sobre coses mobles, però el temps és de sis anys”<sup>116</sup>. Por su parte, también con carácter general, el Código Civil dispone que por la prescripción se adquiere “el dominio y demás derechos reales” (art. 1930), que “la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes (...) Pueden también adquirirse por medio de la prescripción” (art. 609), y que “son susceptibles de prescripción todas las cosas que estén en el comercio de los hombres” (art. 1936). Del contenido de estos preceptos gran

---

<sup>114</sup> **ALBALADEJO**: *Derecho*, t. III..., p. 254. **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS**: *Institucions...*, p. 401: “des d’aquesta perspectiva es pot justificar la sistemàtica del codificador espanyol”. La misma justificación en **SCAEVOLA**: *Código...*, p. 291, comentando el artículo 1857 CC: “la inclusión de estos derechos reales en dicho libro del Código, responde a la idea de que normalmente estos derechos se constituyen por vía contractual, por medio de los contratos de hipoteca, prenda y anticresis, lo cual no impide que puedan constituirse de manera unilateral (y naturalmente por vía testamentaria), e incluso la Ley hipotecaria permite la constitución de la hipoteca voluntaria por acto unilateral de dueño de los bienes gravados”. En el mismo sentido **SÁNCHEZ ROMÁN**: *Estudios...*, t. III, p. 759; **VALVERDE Y VALVERDE**: *Tratado...*, p. 534.

<sup>115</sup> Así lo entienden **ALBALADEJO**: *Derecho*, t. III..., p. 254; **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 483. **SANCHO REBULLIDA**: *Elementos...*, p. 300, pone de relieve la existencia de construcciones en este sentido, pero sólo se manifiesta expresamente en favor de la constitución contractual y *mortis causa* de la prenda.

<sup>116</sup> Este artículo 342 CDCC ha sido modificado por la Disposición Final Primera de la *Llei 22/2001*, de 31 de diciembre, *de regulació dels drets de superfície, de servitud i de adquisició voluntària o preferent* (DOGC nº 3556, de 18 de enero de 2002), atendiendo a lo dispuesto en su artículo 7.4, según el cual “Cap servitud no es pot adquirir per usucapió”

parte de la doctrina deduce que el derecho real de prenda puede llegar a constituirse por usucapión, siempre que la posesión en que se funde se haya realizado en concepto de titular de ese derecho real<sup>117</sup>.

Admitida, pues, la posibilidad de constituir derecho real de prenda por usucapión, resulta de aplicación en Cataluña la norma contenida en el artículo 342 CDCC, que, como ha quedado dicho, permite la usucapión del dominio y los demás derechos reales sobre las cosas muebles por la posesión de las mismas durante seis años. En consecuencia se puede decir que quien posea una cosa mueble en concepto acreedor pignoraticio durante seis años, se convierte en titular del derecho de prenda sobre ella<sup>118</sup>.

Sin embargo, es posible entender que la posibilidad de constituir un derecho real de prenda por usucapión choca con el carácter voluntario de la garantía y con la exigencia de transmisión posesoria de la cosa al acreedor o a un tercero (art. 12.1, b) LDRG, cfr. art. 1863 CC)<sup>119</sup>. Esta postura se sustentaría

---

<sup>117</sup> Así lo entiende **DÍEZ-PICAZO, LUIS**, en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 2083, quien pone de manifiesto que “Alguna dificultad se ha planteado en la doctrina en punto a la usucapibilidad de los derechos reales mobiliarios, pues en materia de bienes muebles, el Código habla sólo de prescripción del dominio (art. 1955), mientras que en materia de inmuebles habla del dominio y derechos reales (art. 1957 y 1959)”; no obstante lo cual este autor concluye que “Cualquiera que sea la desarmonía del Código, nada obsta una posible prescripción extintiva de los derechos reales mobiliarios (...), siempre que la posesión que funde tal usucapión se haya realizado en concepto de titular de tal derecho real”. En el mismo sentido, **GUILARTE ZAPATERO: Comentarios...**, p. 483, considera que “no existen argumentos serios para negar la posibilidad de adquirir el derecho real de prenda mediante la prescripción”. Así mismo, **ALBALADEJO: Derecho**, t. III..., p. 254, afirma que “los fundamentos en que se basa la usucapión, en general, justifican lo mismo la del derecho de prenda que la de los demás derechos usucapibles: pudiendo usucapirse el poder máximo de la cosa –derecho de propiedad- y reuniendo el de prenda las condiciones necesarias para ser usucapible, no se alcanza por qué tal poder, que es más reducido que el dominio, no pueda adquirirse por usucapión”.

<sup>118</sup> En este caso entiendo que la publicidad, requisito necesario de la posesión *ad usucapionem*, ha de existir ante el propietario del objeto que se va a afectar por la garantía pignoraticia; a mi juicio no resulta necesario que exista con relación al deudor de la obligación personal porque las consecuencias no le afectan como tal.

<sup>119</sup> De esta opinión **SERRANO ALONSO, EDUARDO**, en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 1874, para quien tal forma de constitución resulta “de difícil

en la idea de que la prenda es una garantía que se constituye en virtud de un negocio jurídico de disposición por el que el propietario de la cosa decide libre y voluntariamente afectarla en seguridad del cumplimiento de una obligación<sup>120</sup>. A ello se añadiría el carácter real de la prenda, que no se perfecciona por el simple consentimiento, sino que requiere, además, la entrega de la cosa (art. 12.1, b) LGP)<sup>121</sup>. Atendiendo a ello, podría pensarse que la válida constitución de la prenda exige la participación voluntaria y activa del pignorante, no sólo para constituir el gravamen sobre un objeto de su propiedad -con la consiguiente limitación de su derecho, lo que necesariamente exige un acto dispositivo-, sino, también, para transmitir la posesión de la cosa e incluso para decidir, junto con el acreedor, en poder de quien ha de quedar en tanto continúe afectada por la garantía que voluntariamente se constituye.

Por otra parte, -aunque suponga adelantar conceptos- también se tendría en cuenta la finalidad a que sirve la transmisión posesoria en la prenda. El traspaso posesorio de la cosa que se empeña tiene como finalidad privar a su propietario de la posibilidad de disponer libremente de la misma, para evitar su deterioro, destrucción u ocultación y, en definitiva, para asegurar al titular de la garantía la posibilidad de realizar su valor, si ello fuera necesario<sup>122</sup>. Por tanto, la indisponibilidad se realiza siempre en interés del titular del derecho real, con el propósito de asegurar la eficacia de la garantía, lo que no ocurre en la usucapión.

---

argumentación ya que al menos choca con la exigencia de voluntad de entrega de la cosa por el deudor o el tercero, que, como veremos, es esencial para la constitución del derecho real de prenda como expresamente se exige en el artículo que comentamos”.

<sup>120</sup> Así, respecto de la hipoteca, **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL**: *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., p. 663: “Esta característica surge de las palabras de dicho precepto (art. 138 LH) cuando expresa que las hipotecas voluntarias son: *convenidas* entre las partes o impuestas por *disposición* del hipotecante”.

<sup>121</sup> **VALVERDE Y VALVERDE**: *Tratado...*, p. 545; **SCAEVOLA**: *Código...*, p. 340.

<sup>122</sup> Es éste el sentido que aquí ha de darse al término indisponibilidad, puesto que la prenda no impone una limitación a la facultad dispositiva del pignorante quien, como propietario, mantiene el poder de disposición inherente a su derecho pleno, aunque con la carga del gravamen (cfr. arts. 1869.1º y 348.1º CC).

De todo ello podría deducirse que, en la prenda, la entrega ha de llevarse a cabo con la intención de transmitir la posesión de la cosa en un concepto determinado, y que su causa se encuentra en la voluntad de las partes de constituir una garantía pignoratícia en seguridad de un determinado crédito. De entenderlo así, el poseedor de la prenda habría de serlo, desde el principio, en concepto de acreedor pignoratício, porque en este concepto se le entrega la cosa. No valdría en este caso la interversión del concepto posesorio de quien poseyendo la cosa en concepto distinto de acreedor pignoratício decidiera unilateralmente continuar su posesión en este último concepto durante el tiempo legalmente determinado. Faltaría, como se ha dicho, la transmisión en garantía de la posesión de la cosa. No existiría tal transmisión como acto voluntario. Lo que existiría es un cambio unilateralmente provocado en el concepto posesorio del poseedor, que no sería apto para el nacimiento del derecho real de prenda. En otras palabras, según esta postura, la mutación del concepto posesorio unilateralmente provocada por el poseedor no comportaría la mutación del título de la posesión, porque la prenda exigiría, como se ha dicho, la verdadera transmisión voluntaria de la cosa a efectos de garantía<sup>123</sup>.

En definitiva, entendida así la norma contenida en el apartado b) del artículo 12.1 LDRG no sería posible la constitución de la prenda *ad usucapionem*, porque la usucapión no sería propiamente una forma voluntaria de constitución de la prenda, dado que no implicaría una verdadera entrega, libre y voluntariamente efectuada por el pignorante con la intención de constituir la garantía.

No obstante, a pesar de la lógica de los argumentos expuestos, la respuesta ha de encontrarse en el propio texto de la LDRG, concretamente en su artículo 12, que permite la constitución de la prenda “por cualquier título”, y que no exige más que la transmisión posesoria de la cosa por cualquier medio

---

<sup>123</sup> Lo que no significa que se excluya la entrega *brevi manu*, siempre que sea una verdadera entrega realizada por la voluntad del pignorante.



legalmente admitido, sin requerir que esa posesión se ostente, desde el primer momento, en concepto de acreedor pignoraticio.

Además de lo anterior, existe un claro supuesto en el que la prenda puede constituirse por usucapión. Se trata del supuesto derivado del título por equivalencia que para el poseedor de buena fe de bienes muebles establece el artículo 464 CC. Según este precepto, “la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale a título”. Por tanto, el artículo 464 CC sufre en el adquirente la falta de titularidad de su transmitente. En este caso, el poseedor de buena fe ostenta la posesión en concepto de acreedor pignoraticio desde el primer momento, porque la recibe precisamente en ese concepto, aunque sea a través de un título ineficaz, que sufre el título por equivalencia del artículo 464.1º CC. Pero dice también este artículo que “el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea”. En consecuencia, el adquirente de buena fe no recibe la propiedad de la cosa en los casos de “pérdida o privación ilegal”. Sin embargo, sí puede usucapirla si continúa en su posesión por el transcurso de 6 años y, en este plazo, quien fue privado ilegalmente de ella no la reivindica. En otras palabras, la usucapión del derecho real de prenda por el poseedor de buena fe que recibió la cosa en concepto de acreedor pignoraticio será posible cuando procediendo una reivindicatoria, no fuera ejercitada por quien hubiera perdido la cosa o hubiera sido ilegalmente despojado de ella. Fuera de estos supuestos –pérdida o privación ilegal-, el poseedor de buena fe habrá adquirido, por efecto del título por equivalencia, el dominio o el derecho en cuyo concepto adquirió la posesión, concretamente, el derecho de prenda<sup>124</sup>.

---

<sup>124</sup> No obstante, como seguidamente se verá, existen supuestos en los que no importa la pérdida o el despojo ilegal que hubiera sufrido el propietario de la cosa. Así ocurre, p.e., cuando la garantía pignoratícia recaiga sobre título al portador, ya que el artículo 545 C de C dispone que “no estará sujeto a reivindicación el título cuya posesión se adquiriera por tercero de buena fe y sin culpa grave”, con independencia de que dicho título se hubiera perdido o hubiera sido hurtado. Tampoco importan esas circunstancias en el artículo 324 C de C, según el cual los valores empeñados conforme a los artículos 320 a 323 C de C no estarán sujetos a reivindicación mientras no sea reembolsado el prestador, con independencia de que se hubieran perdido o hubieran sido sustraídos. Igualmente para los valores anotados en cuenta, ya que los artículos 9 LMV y 12.3 RD 116/1992 declaran que no queda sujeto a reivindicación el tercero que adquiriera los valores a título oneroso de persona que, según los asientos del registro contable, aparezca legitimada

### 2.1.2. A non domino

Según el artículo 12.1, a) LDRG la válida constitución de la prenda requiere el libre poder de disposición por parte del pignorante. Por tanto, la constitución de este derecho real de garantía implica un acto de disposición que sólo puede provenir del propietario de la cosa que se afecta o de quien se encuentre legalmente habilitado para ello (cfr. art. 1857 CC). Como resultado de ello, la garantía constituida por quien no tenga la libre disposición de la cosa habría de ser, en principio, nula.

Sin embargo, por el juego del artículo 464 CC, que establece el título por equivalencia para el poseedor de buena fe de bienes muebles, parece posible la adquisición *a non domino* del derecho real de prenda. En este sentido se ha expresado gran parte de la doctrina, entendiendo que el efecto protector del precepto opera lo mismo en los actos adquisitivos de dominio como en los de adquisición de los derechos reales limitados, como lo es la prenda. Se trata de tutelar a los acreedores pignoraticios que aceptan bienes en garantía con base a la titularidad aparente del pignorante. Así pues, generalmente se acepta que aquél que de buena fe adquiera la posesión de una cosa mueble, siempre que no hubiera sido perdida por su dueño o éste hubiese sido ilegalmente despojado de ella, adquiere automáticamente el derecho en cuyo concepto posee, porque la ineficacia de su título originario se suple por el que la ley establece como equivalente, cuando concurren las circunstancias para ello demandadas<sup>125</sup>.

---

para transmitirlos, a no ser que en el momento de la adquisición aquél hubiera obrado de mala fe o con culpa grave. Todo ello con independencia de las acciones que correspondan al titular injustamente desposeído en defensa de su derecho.

<sup>125</sup> **ALBALADEJO**: *Derecho*, t. III..., p. 255: "Recibiéndola en prenda se convertiría en titular de derecho de prenda sobre ella". En el mismo sentido **BADOSA COLL**, **FERNANDO**: "Justo título", voz en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XIV, Francisco Seix editor, Barcelona, 1978, pp. 660 a 712, pp. 692 y ss.; **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 484; **MEJÍAS GÓMEZ, JAVIER**: "Adquisición «a non domino» de un derecho de prenda sobre acciones", *La Notaría*, enero 2002, nº 1, pp. 17 a 58, p. 19; **MEJÍAS GÓMEZ**: *Prenda...*, p. 129; **MORENO DE LA SANTA GARCÍA**: *Prenda...*, p. 240. En contra **SERRANO ALONSO**: *Comentario...*, p. 1874, para quien "es difícil de superar la exigencia legal que la cosa que se entrega en

Concretamente, en materia de valores, la posibilidad de adquisición a *non domino* del derecho real de garantía se encuentra recogida, desde la óptica de la irreivindicabilidad, en el artículo 545 C de C. Este artículo 545 C de C dispone, de una forma general, para los títulos valor al portador que “No estará sujeto a reivindicación el título cuya posesión se adquiera por tercero de buena fe y sin culpa grave” (cfr. arts. 918 C de C; 19, 96 y 127 LCCh y 56.2 LSA). Igualmente, el artículo 324 C de C<sup>126</sup> impide al titular desposeído reivindicar los valores empeñados de acuerdo con los artículos 320 a 323 del mismo texto “mientras no sea reembolsado el prestador”, lo que significa la previa existencia del derecho real de garantía que faculta al acreedor para

---

prenda pertenezca en propiedad al que la empeña, tal y como se establece en el art.1857.2º CC”. Igualmente **CARRASCO PERERA: Tratado...**, p. 814. **MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ M<sup>a</sup>**, en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 1245, entiende que, en cualquier caso “la posesión de buena fe no equivale a la propiedad ni a la prueba completa del dominio. No equivale a propiedad, porque equivale a título, y título y propiedad son conceptos diversos (...) el que posee con título verdadero y válido que legalmente baste para transmitir el dominio, no es propietario en todo caso, porque si ha recibido la cosa de un no propietario necesita usucapirla”. **ALBALADEJO, MANUEL**: “Sobre si equivale o no al título la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe, pero gratuitamente”, *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio, 1997, pp. 483 a 499, p. 492, niega que el artículo 464, como título para usucapir, pueda aplicarse cuando el acto transmisivo sea gratuito. Partiendo de la idea de excepcionalidad de las adquisiciones a *non domino*, teniendo en cuenta los principios de justicia, equidad y de enriquecimiento injusto, y aplicando analógicamente el artículo 34 LH, este autor no admite que la adquisición a *non domino* pueda ser gratuita, es decir, niega la prevalencia del interés del adquirente gratuito frente al del *verus dominus*: “El artículo 34 LH revela que en nuestro Derecho al adquirente gratuito no se le protege sino en los mismos términos en que lo estaba su transmitente no dueño, luego es que no hay adquisición a *non domino*. Y no hay razón para no aplicar en el artículo 464 a los muebles el mismo criterio que el artículo 34 LH aplica a los inmuebles, de no proteger al adquirente gratuito más allá de lo que se protegería a su transmitente”. De la misma opinión, **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS**, en **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS Y OTROS: Elementos de Derecho Civil**, t. III, v. 1º, segunda edición, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1991, p. 249: “Al faltar la onerosidad de la transferencia, es de creer, por analogía con la Lh. y por ser un criterio generalizado la menor protección de los actos a título gratuito, que el art. 464-1 no sea aplicable a la donación de cosa ajena por el depositario, comodatario, etc.”.

<sup>126</sup> El artículo 324 C de C se refiere a los valores descritos en el artículo 320.1 del mismo texto, es decir, aquellos sobre los que la garantía se constituye en instrumento público. **MEJÍAS GÓMEZ: Prenda...**, p. 134, y “Adquisición...”, p. 23: “La finalidad del art. 324 CCom, más que tutelar al tercero de buena fe, persigue dotar de protección a un tráfico jurídico específico, el de los valores negociables, a cuyo fin el Legislador reconoce la irreivindicabilidad sobre los valores pignorados en atención a la intervención del Notario en la formalización de la prenda”.

mantenerse en la posesión de los valores que, de otra manera, debería devolver<sup>127</sup>. La misma posibilidad existe cuando se trata de valores representados por anotaciones en cuenta adquiridos a título oneroso, dado que los artículos 9 LMV y 12.3 RD 116/1992 impiden su reivindicabilidad cuando fueran adquiridos “de persona que, según los asientos del registro contable, aparezca legitimada para transmitirlos”, aunque esa persona no sea su verdadero titular, a no ser que en el momento de la adquisición hubiera obrado de mala fe o con culpa grave. En este caso rige la presunción de que los derechos inscritos existen válidamente y pertenecen al titular inscrito en la forma recogida en las anotaciones registrales. Como consecuencia, la entidad emisora sólo podrá oponer, frente al adquirente de buena fe de los valores anotados, las excepciones que se desprendan de la inscripción en relación con la escritura pública de emisión y las que hubiese podido esgrimir en caso de que los valores hubiesen estado representados por títulos (arts. 9.4º LMV y 12.3 RD 116/1992). Esto significa que la entidad emisora que, de buena fe y sin culpa grave, realice las prestaciones en favor del legitimado (titular registral aparente) se libera de responsabilidad aunque éste no sea el verdadero titular del derecho inscrito (arts. 11.2º LMV y 15 RD 116/1992)<sup>128</sup>.

---

<sup>127</sup> **DÍAZ MORENO, ALBERTO**: “La prenda de anotaciones en cuenta”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1991, pp. 355 a 441, p. 423: “¿Quiere esto decir que no se produce una verdadera adquisición a *non domino* del derecho de prenda? A mi juicio, el derecho real se adquiere aunque el constituyente de la garantía no sea el verdadero dueño de las cosas. Al conceder la posibilidad de recuperar los valores empeñados previo reembolso no está negando la existencia de un derecho de prenda a favor del acreedor, sino, precisamente, enunciándose una característica de la prenda (...) Si no hubiese adquirido tal derecho simplemente habría de sufrir la acción reivindicatoria del propietario”. **PRÍES PICARDO, ADOLFO**: “Prenda sobre valores privados representados mediante anotaciones en cuenta. Especial consideración sobre los valores cotizados en Bolsa”, en **AAVV**: *Tratado de garantías de la contratación mercantil*, coordinado por **NIETO CAROL, UBALDO – MUÑOZ CERVERA, MIGUEL**, t. II, *Garantías reales*, v. 1 *Garantías mobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 671 a 722, p. 695: “cabe que se vendan o pignoren valores por quien, sin ser el verdadero titular de los valores, aparece como legitimado formalmente, lo que dará lugar a una adquisición de propiedad o de derecho real limitado a *non domino*”. En el mismo sentido **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 193.

<sup>128</sup> **DÍAZ MORENO**: “La prenda...”, p. 396; **PRÍES PICARDO**: “Prenda...”, p. 695. **SÁNCHEZ GONZÁLEZ, CARLOS**: “Derechos reales y otros gravámenes sobre las participaciones sociales”, en **AAVV**, *La Sociedad de Responsabilidad Limitada, Ley 2/1995, de 23 de marzo y Reglamento del Registro Mercantil (Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio) con el estudio del Derecho fiscal y penal (Delitos societarios)*, dirigido y presentado por **GARRIDO DE PALMA, VÍCTOR M.**, t. I, Trivium, S.A., Madrid, 1996, pp. 813 a

La LDRG acepta de forma clara la posibilidad de constituir un derecho real de prenda “por cualquier título” jurídicamente admitido. Y admitido por el ordenamiento el título por equivalencia, debe concluirse que es posible la válida constitución de la prenda al amparo de la LDRG, a pesar de que el constituyente no tenga el libre poder de disposición sobre su objeto, siempre que quien reciba su posesión en concepto de acreedor prendario haya obrado de buena fe, esto es, siempre que haya creído recibir la posesión en tal concepto de quien la podía transmitir (cfr. arts. 609 y 1950 CC).

### **2.1.3. Constitución unilateral del derecho de prenda**

Si bien lo habitual es que el derecho real de prenda posesoria se constituya por el acuerdo de voluntades entre el pignorante y el acreedor pignoraticio, se plantea la posibilidad de crear esta garantía sin contar con la voluntad del favorecido por ella.

En el Código Civil no existe precepto alguno que, de forma expresa, admita o rechace la posibilidad de constituir una prenda voluntaria por negocio unilateral. En cambio, la Ley Hipotecaria sí prevé y admite el supuesto paralelo para las hipotecas, concretamente en los artículos 138 y 141, que se encuentran sistemáticamente encuadrados en la Sección Segunda del Título V, que lleva como rótulo “De las hipotecas voluntarias”. Así, según el artículo 138 LH “Son hipotecas voluntarias las convenidas entre las partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan”. La segunda parte de esta definición legal autoriza explícitamente la constitución de la hipoteca por acto unilateral<sup>129</sup>. Por consiguiente, son hipotecas voluntarias las

---

888, p. 854, pone de relieve la imposibilidad de constituir prenda a *non domino* en el caso concreto de las participaciones sociales, porque “las participaciones sociales no tienen corporeidad mediante títulos valor ni el registro de socios despliega los mismos efectos que el registro de anotaciones en cuenta”.

<sup>129</sup> **CHAMORRO PIÑERO, SANTIAGO:** “El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1943, I, pp. 7 a 48 y 123 a 166, p. 7.

constituidas tanto por un negocio jurídico bilateral entre el propietario del bien inmueble dado en garantía y el acreedor hipotecario, como por un acto jurídico unilateral del titular del bien gravado. A esta segunda modalidad se refiere especialmente el artículo 141.1 LH, cuyo párrafo primero dispone que “En las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o se inscribieron se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de la constitución de la misma”.

Las cuestiones fundamentales que se han suscitado sobre la base del artículo 141 LH se refieren a la propia construcción jurídica de la hipoteca unilateral y a sus efectos<sup>130</sup>. El punto de partida se encuentra en la principal característica de la figura, donde la voluntad del disponente de constituir el gravamen y la aceptación del favorecido se producen en momentos distintos. De una parte, se atiende a la necesidad de reconocer al dueño de una cosa la posibilidad de disponer unilateralmente de ella, modificando la situación jurídica de la misma por la imposición de un gravamen. Pero, por otra parte, se entiende también que, dado que nadie puede adquirir un derecho en contra de su voluntad, el consentimiento del adquirente habrá de concurrir necesariamente para perfeccionar la garantía, cuyos efectos se retrotraen a la fecha de su constitución (art. 141.1º LH)<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> Una exposición de las principales posiciones doctrinales y su crítica en **CHAMORRO PIÑERO**: “El derecho...”, pp. 18 y ss.; **ALBALADEJO, MANUEL**: “La hipoteca unilateral”, *Estudios de Derecho Civil*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1955, pp. 55 a 95, pp. 61 y ss.; **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL**: *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., pp. 679 y ss.; **CHICO Y ORTIZ**: *Estudios...*, p. 1503.

<sup>131</sup> **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL**: *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., p. 682; **ALBALADEJO**: “La hipoteca...”, p. 60; **CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ**: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. 2º, v. 2º, duodécima edición, Reus, S.A, Madrid, 1978, p. 429; **CHICO Y ORTIZ**: *Estudios...*, p. 1497; **BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P.**: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 62. **CHAMORRO PIÑERO**: “El derecho...”, p. 162: “a diferencia de los negocios ordinarios de pago, que exigen (al menos que se trate de una prestación de mero hecho, o de una abstención) la «aceptación» del acreedor para que el negocio exista, en la creación de la hipoteca, tal intervención del acreedor es innecesaria en atención a la «especialidad» de su *causa solvendi*: la concesión de la hipoteca no es un negocio de «pago actual», sino simplemente un medio de asegurar *erga omnes* un posible «pago futuro». Y en ello estriba precisamente la excelencia y la utilidad de la hipoteca (...) Desde el punto de vista negocial no es, por tanto, indispensable la intervención del acreedor en el acto de constitución de la hipoteca: porque no pudiendo tener



A partir de las anteriores premisas, la cuestión más debatida gira en torno a la determinación del valor jurídico que verdaderamente corresponde al acto dispositivo del propietario. Por una parte, se entiende que ese acto del disponente resulta por sí mismo suficiente para constituir la garantía, y que la aceptación del acreedor beneficiado es un simple presupuesto legal o *conditio iuris* de la adquisición del derecho real ya constituido, si bien esta aceptación opera retroactivamente conforme establece el artículo 141 LH<sup>132</sup>. Según esta postura, los momentos de constitución y de adquisición del derecho no coinciden, pero la garantía queda válidamente constituida realizado el acto dispositivo, de manera que, desde ese momento, grava el bien sobre el que se constituye. Es decir, desde esta perspectiva, el negocio jurídico unilateral de constitución de la garantía es un negocio completo, que produce plenos efectos como limitación del dominio del disponente, aunque la aceptación del acreedor resulte necesaria para la adquisición del derecho.

En contra de la opinión anterior se sitúa la que entiende que el acto unilateral del disponente no resulta suficiente para crear la garantía, que sólo quedará constituida con la aceptación del acreedor, aunque los efectos de ésta se retrotraigan al momento en que se efectuó el acto de disposición<sup>133</sup>. Para quien así opina, los momentos de constitución y de adquisición del derecho real coinciden, porque, de lo contrario, si la garantía quedara constituida con el solo acto unilateral, se estaría en presencia de un derecho sin sujeto, lo que, a su juicio, no es posible<sup>134</sup>. En consecuencia, en tanto no exista aceptación sólo

---

más «causa» que un posible pago futuro, por propia definición legal, no hace falta «convenio» alguno para la fijación del fin, y porque a pesar de ser un negocio «con finalidad de pago», no es tampoco un «pago actual», ni se opera todavía la extinción del crédito asegurado».

<sup>132</sup> **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL:** *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., pp. 689 y ss., quien, no obstante, en p. 694, aclara que “mientras no conste registrada la aceptación, pueda aquél (la persona a cuyo favor se establezca) ejercitar los derechos o acciones derivados de la titularidad sobre la hipoteca, puesto que en ésta la inscripción es constitutiva en todo, incluso en lo que afecta a su titularidad activa”.

<sup>133</sup> **ALBALADEJO:** “La hipoteca...”, pp. 86 y ss.

<sup>134</sup> **ALBALADEJO:** “La hipoteca...”, p. 73: “la razón fundamental de la construcción – cualquiera que sea- de un poder jurídico sin titular es la de la existencia del derecho, cuya

existe la expectativa de existencia de un futuro derecho, protegida por el ordenamiento, cuyo efecto es la vinculación del disponente y la reserva de la prioridad que por la retroacción corresponda<sup>135</sup>.

Al margen de las diferencias anteriores –que aquí se exponen para analizar posteriormente su adaptación a la prenda-, la posibilidad de constituir una hipoteca por negocio unilateral es una cuestión admitida tanto en el orden positivo como por la doctrina. Atendiendo a ello, por la similitud existente entre los derechos de hipoteca y de prenda, especialmente en los supuestos de constitución registral de la prenda (cfr. art. 10 LMV y 13 RD 116/1992), y por la idéntica *ratio* a la que ambos derechos responden, corresponde ahora analizar la hipótesis de la constitución unilateral del derecho real pignoraticio<sup>136</sup>.

---

continuidad se trata de evitar que se rompa, antes del momento en el que queda sin sujeto (...) Si este derecho no existe desde antes, si se trata de no hacerlo continuar viviendo, sino de hacerlo nacer –como sucede en la hipoteca unilateral-, ya no hay problema ni necesidad de forzar las cosas, puesto que se puede esperar a que tenga un titular para que nazca, aunque se atribuyan efectos retroactivos a este nacimiento. Y así como, por ejemplo, en el caso de la sucesión *mortis causa* se busca solucionar un problema haciendo continuar la vida del derecho hasta que aparezca su nuevo titular, en el caso de la hipoteca unilateral, aquellos que dicen que se constituye antes de ser adquirida, parece más bien que buscan crear problemas en vez de resolverlos, pretendiendo hacer nacer un derecho para que viva –por el momento, al menos- sin titular”.

<sup>135</sup> Entiende **ALBALADEJO**: “La hipoteca...”, p. 87, que la consecuencia del negocio jurídico de hipoteca unilateral, antes de la registración de la aceptación, “es, fundamentalmente, reservar su rango; de forma que la retroacción de los efectos del cumplimiento de la *conditio iuris*, no tropiece con la protección que la Ley habría de dispensar a los terceros que hubiesen confiado en un registro en el que no hubiese existido semejante inscripción”. Este mismo autor, obra cit., pp. 74 y ss., considera, además, que no es correcto fundamentar una teoría, como hacen los partidarios de la tesis del negocio dispositivo unilateral, en la interpretación literal de la ley, dado que “tales palabras no son precisamente utilizadas siempre con la exactitud necesaria para que su utilización en el caso de la hipoteca unilateral no deje lugar a dudas”, y, concretamente, entiende, en obra cit., p. 80, que la “Ley habla indistintamente y con magnífica inexactitud de hipotecas impuestas, establecidas, constituidas e inscritas”. Respecto de esta última crítica **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL**: *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., p. 692, opinan que “El legislador en el art. 141 no se planteó el problema”.

<sup>136</sup> A favor **ALBALADEJO**: *Derecho*, t. III..., p. 255; **SANCHO REBULLIDA**: *Elementos...*, p. 300; **SERRANO ALONSO**: *Comentario...*, p. 1874. En contra **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 485, para quien “la norma que sanciona la validez de la hipoteca constituida unilateralmente tiene carácter excepcional, no admitiendo por lo mismo aplicación analógica”. Aún sin referirse expresamente a la prenda posesoria, la DGRN ha admitido la posibilidad de constituir por negocio unilateral un derecho de hipoteca mobiliaria o de prenda sin desplazamiento. Así, en la R. de 28 de julio de 1998, FD Segundo, 2º: “Aun cuando la Ley 16 diciembre 1954, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión, no regule expresamente la hipoteca en garantía de



En general, como seguidamente se analiza, no parece posible constituir un derecho real de prenda por acto *inter vivos* sin contar con la voluntad del favorecido por la garantía, dado que se requiere la entrega de la cosa y, por tanto, su cooperación<sup>137</sup>, excepto que la prenda recaiga sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta, supuesto en el que no existe transmisión material del bien objeto gravado, por la propia naturaleza del mismo. Igualmente, atendiendo al régimen establecido para los actos de disposición de última voluntad también parece posible plantear la constitución unilateral de esta garantía.

### **2.1.3.1. Constitución unilateral del derecho de prenda por acto *inter vivos***

Es posible plantearse la constitución unilateral de la prenda de valores representados mediante anotaciones en cuenta, no sólo por la aplicación analógica de los artículos 138 y 141 LH -dado que en ambos casos existe un sistema de carácter registral-, sino por lo que especialmente prevé la Disposición Adicional Sexta de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores<sup>138</sup>. Según el número

---

obligaciones futuras o sujetas a condición suspensiva, la remisión que su disposición adicional tercera hace en caso de insuficiencia de sus preceptos a la legislación hipotecaria permite concluir, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley Hipotecaria, la posibilidad de hacer extensiva la hipoteca mobiliaria a la garantía de aquellas obligaciones, en cuyo caso surtirá efectos frente a terceros desde la inscripción, si la obligación fruto en este caso de la novación llega a surgir. El que a la vez, la garantía hipotecaria se constituya de forma unilateral es también admisible, pues la posibilidad de la hipoteca mobiliaria unilateralmente constituida ha de aceptarse, por las mismas razones, en base a lo dispuesto en los artículos 138 y 141 de la Ley Hipotecaria”.

<sup>137</sup> De esta opinión **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 485: "Ciertamente, la constitución de la prenda por acto unilateral del deudor presenta dificultades que no parecen superables, ya que la simple voluntad del presunto constituyente no es bastante para suplir el requisito de la transmisión posesoria que, en todo caso impone el Código Civil (...) se alega, exactamente, a mi juicio, que la norma que sanciona la validez de la hipoteca constituida unilateralmente tiene carácter excepcional, no admitiendo por lo mismo aplicación analógica". En el mismo sentido **DÍAZ MORENO**: "La prenda...", p. 396, cita (75); **CORTÉS GARCÍA, EDUARDO**: "Derechos reales limitados y otros gravámenes sobre valores anotados", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, enero-marzo 1999, nº 73, pp. 163 a 198, p. 173. De opinión contraria: **ALBALADEJO**: *Derecho*, t. III..., p. 255.

<sup>138</sup> A pesar de que el artículo 50 RD 116/1992 parece exigir que conste el consentimiento de la persona en favor de la cual haya de inscribirse el derecho.

1 de esta Disposición Adicional “Cuando en garantía de las obligaciones generales contraídas frente a algún mercado secundario o frente a sus sistemas de compensación y liquidación, o en garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas por operaciones efectuadas en uno de estos mercados se constituyesen prendas sobre valores admitidos a negociación en mercados secundarios y representados por medio de anotaciones en cuenta, tales prendas podrán constituirse mediante póliza intervenida por corredor de comercio colegiado o escritura pública”. Sin embargo, en su número 2 se prevé que “las prendas a que se refiere el número anterior podrán constituirse, sin los efectos de los documentos en los mismos referidos, pero con aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley del Mercado de Valores: (...) b) Mediante manifestación unilateral del que aparezca como titular en el registro contable, incluso realizada por medios telemáticos, en cuyo caso se entenderá producida la aceptación de la entidad a cuyo favor se constituya desde que se comunique dicha manifestación unilateral a la entidad encargada de la llevanza del registro contable de los valores, siempre que así esté previsto en la reglamentación del mercado o sistema de compensación y liquidación de que se trate, o se haya pactado expresa y previamente esta forma de aceptación entre las partes interesadas”<sup>139</sup>.

Por consiguiente, se permite la constitución de la prenda por manifestación unilateral del titular registral, como alternativa a la constitución de esta garantía mediante documento público<sup>140</sup>. En el supuesto que se comenta, la prenda se constituye por la sola orden del titular registral, que la entidad encargada de la llevanza del registro<sup>141</sup> deber ejecutar cuando así estuviera

---

<sup>139</sup> Para **CORTÉS GARCÍA**: “Derechos...”, p. 176, la previsión de que la manifestación unilateral del titular registral se realice, incluso, por medios telemáticos, aunque pueda suponer “mayor agilidad en la constitución de las prendas y por tanto en el funcionamiento de los mercados, hace temer sin embargo las consecuencias jurídicas que pueden producirse (así por errores o mal funcionamiento de los sistemas informáticos) de la constitución de prendas por el titular registral simplemente apretando las teclas de un ordenador”.

<sup>140</sup> Esta es la opinión que mantenía **DÍAZ MORENO**: “La prenda...”, p. 396, cita (75), aún antes de la aprobación de la LRLMV. Para **CORTÉS GARCÍA**: “Derechos...”, p. 174, la Ley ha confirmado la posibilidad.

<sup>141</sup> La llevanza del registro contable de valores representados mediante

previsto por las normas reglamentarias correspondientes o cuando las partes interesadas hubieran acordado previamente esta forma de aceptación. En el primero de los supuestos no hay duda de que existe una habilitación legal para constituir unilateralmente la garantía. En el segundo, la forma de constitución se condiciona a la existencia de un previo acuerdo entre las partes. Pero el objeto de este previo acuerdo no es la prenda o el negocio de constitución, sino la posibilidad de usar esta vía para crear la garantía. Por tanto, en este último caso no existe una previa aceptación a la constitución de una prenda determinada, aunque la aceptación de la misma por parte de la entidad a cuyo favor se constituya la prenda se entienda producida en el mismo momento en que el titular registral comunique la manifestación unilateral a la entidad encargada de la llevanza del registro contable. La aceptación del acto unilateral, necesaria siempre para la adquisición de la garantía, es entonces una consecuencia del pacto previo. Porque el pacto previo no obliga al titular registral a constituir ningún gravamen sobre los valores anotados. El acuerdo previo sólo vincula a la entidad favorecida, dado que su aceptación se

---

anotaciones en cuenta, se encuentra regulado en los arts. 7, 44 bis, 63,2,a) de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del mercado de valores, modificada por la reciente Ley 44/2002, de 22 de Noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, y en los arts. 29 y ss. del Real Decreto 116/1992. Según el reformado artículo 7 y el introducido artículo 44 bis, ambos de la LMV, el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, (sociedad anónima participada por entidades de crédito, agencias y sociedades de valores, con un nivel mínimo de intermediación en el mercado de valores), se sustituye por la Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores, a la que el propio texto se refiere de forma abreviada como "Sociedad de Sistemas". A esta Sociedad de Sistemas se le asigna, entre sus funciones, "Llevar, en los términos previstos por el capítulo II del Título I de la presente Ley, el registro contable correspondiente a valores representados por medio de anotaciones en cuenta, admitidos a negociación en las Bolsas de Valores o en el Mercado de Deuda Pública de Anotaciones, así como a los valores admitidos a negociación en otros mercados secundarios, cuando sus órganos rectores lo soliciten" (art. 44 bis.1, a) LMV). Lo dispuesto en el apartado primero del artículo 44 bis LMV "se entiende sin perjuicio de que, respecto de los valores admitidos a negociación en una única Bolsa de Valores, las Comunidades Autónomas con competencia en la materia dispongan la creación por la sociedad rectora de aquélla de un servicio propio de llevanza del registro contable de valores representados por medio de anotaciones en cuenta y de compensación y liquidación, el cual tendrá, respecto a dichos valores, las facultades que esta Ley atribuye a la Sociedad de Sistemas" (art. 44 bis.2 LMV). La Sociedad de Sistemas se regirá por la presente Ley y su normativa de desarrollo, así como por un Reglamento, aún por desarrollar (art. 44 bis. 4 LMV), cuya aprobación corresponderá al Ministro de Economía previo informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, del Banco de España y de las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos de Autonomía les reconozcan competencias en materia de regulación de centros de contratación de valores (art. 44 bis.4 LMV).

entenderá producida, sin necesidad de exteriorizar en forma alguna su consentimiento respecto de la constitución unilateral de esa concreta prenda, desde el momento en que el titular registral dé la orden<sup>142</sup>.

Por consiguiente, entiendo que la legislación del mercado de valores -y, por tanto, la LDRG (arts.19.6 y 20)- permite la constitución de la prenda por manifestación unilateral del titular registral, como alternativa a su constitución a partir de instrumento público; garantía que, como prevé la misma Disposición Adicional Sexta de esta Ley, en el último inciso de su número 2, será oponible y surtirá efectos contra terceros desde la fecha de su inscripción en el registro contable (cfr. art. 10.2º LMV), y cuya ejecución, según el número 3, “se efectuará conforme a lo previsto en los artículos 322 a 324 del Código de Comercio, si bien será suficiente la acreditación de los documentos que prevean, en su caso, las normas de ordenación y disciplina del mercado al regular la creación de la prenda para acreditar la existencia de la garantía pignoratícia y de la cantidad adeudada”.

Cabe señalar, no obstante, que esa previsión opera únicamente cuando se pignoren valores anotados admitidos a negociación en mercados secundarios, ya que es a los únicos a los que la Disposición mencionada se refiere. Sin embargo, no parece que la prenda sobre valores anotados no cotizados no pueda constituirse de una forma similar (cfr. arts. 2.3º y 7.2º LMV)<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> No existe, por tanto, a diferencia de lo previsto en el artículo 141 LH, plazo alguno para que se produzca la aceptación ni retroacción alguna de sus efectos.

<sup>143</sup> Véase CAP II, § 3, 8.6.2.1, final. De esta opinión **CORTÉS GARCÍA**: “Derechos...”, p. 176. El artículo 7 LMV ha sido recientemente modificado por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

### 2.1.3.2. por disposición de última voluntad

Garantía pignoraticia por disposición de última voluntad es la constituida unilateralmente por el causante sobre bienes propios<sup>144</sup>, en seguridad del cumplimiento de una deuda propia o ajena. Se trata de un supuesto de legado de eficacia real, porque el acto unilateral de última voluntad es el título constitutivo de la prenda, que, por tanto, constituye el causante. Este tipo de legado debe diferenciarse de aquél otro, de eficacia obligacional, por el que el causante no constituye la garantía, sino que ordena al heredero o legatario que la constituya y en el que éste, la persona gravada, se encuentra obligada a realizar los actos que resulten necesarios para ello (art. 303 CS)<sup>145</sup>.

En Cataluña, la posibilidad de ordenar legados con eficacia real está prevista en el artículo 253.1º CS<sup>146</sup>. Concretamente, el inciso final de este

---

<sup>144</sup> El bien sobre el que se constituye la prenda ha de mantenerse en propiedad del causante al tiempo de su fallecimiento, dado que “se entenderá revocado el legado cuando el testador enajene a título oneroso o gratuito la cosa que es objeto de aquél, aunque sea nula la enajenación, o cuando el testador vuelva a adquirir la cosa, salvo que el legatario, en este caso, demuestre que el testador efectuó la readquisición con la finalidad de rehabilitar el legado” (art. 306.3º CS). Al respecto **ALBIOL MARÉS, PEDRO**, en **AAVV: Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre**, coordinado por **JOU I MIRABENT, LLUÍS**, t. II, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1994, p. 897.

<sup>145</sup> **GIMÉNEZ-ARNAU, E.**: “La hipoteca testamentaria”, *Revista de Derecho Privado*, 1945, pp. 306 a 312, p. 310: Sólo puede hablarse con propiedad –en nuestro modo de ver- de la hipoteca testamentaria cuando ésta puede ir directamente del testamento al Registro, por ser el testador el que, sin necesidad de asentimiento del heredero, hipoteca bienes determinados a la seguridad de un crédito también determinado”.

<sup>146</sup> Según el artículo 252 CS, los tipos negociales *mortis causa* que resultan aptos para ordenar legados son el testamento (cfr. arts. 102 y 42.2º CS), el codicilo (cfr. arts. 122.1º y 331.2º CS) y la memoria testamentaria. Sin embargo, además de estas tres formas a las que expresamente se refiere el artículo 252 CS, ha de incluirse, también, el *heretament* entre los mecanismos jurídicos aptos para ordenar legados, no obstante tratarse de un negocio *inter vivos* con eficacia *post mortem*. Así lo entiende la doctrina catalana, que argumenta su postura, fundamentalmente, en el contenido de los artículos 68 (con relación a los artículos 79.2º, 81.1º y 82) y 259.2º, todos del Código de Sucesiones, no obstante reconocer que el legado sería un contenido excepcional del *heretament* porque éste es, por definición, institución contractual de heredero, tal y como literalmente declara el artículo 67 CS. Al respecto, **MIRAMBELL, ANTONI**: “Els llegats. La nova regulació segons la Llei 40/1991, de 30 de desembre: “Codi de successions per causa de mort en el Dret Civil de Catalunya”, en **AAVV: El nou Dret Successori de Catalunya**, Setenes jornades de Dret Català a Tossa, PPU, Barcelona, 1994, pp. 89 a 148, p. 94. Con todo, este autor considera que de entenderse que el *heretament* es “institución

precepto atribuye eficacia real a los legados “cuando el legatario adquiera un derecho real que por razón del propio legado se constituya sobre cosa propia del testador”. En términos generales, la declaración de voluntad del causante se convierte en negocio jurídico a su muerte, momento en el cual se abre la sucesión (art. 4 CS) y tiene lugar la delación (arts.265.1º y 267 CS; cfr. arts 881 y 882 CC). Ello significa que el derecho objeto del legado se adquiere automáticamente desde la delación, sin necesidad de aceptación ni de acto o declaración alguna por parte del legatario<sup>147</sup>, quien, no obstante, se reserva siempre la facultad de repudiarlo, de renunciar al legado (art. 267.1º, final CS)<sup>148</sup>, en cuyo caso se suprime la delación y el objeto del legado queda absorbido en la herencia o en el patrimonio del gravado, excepto que actúe la

---

contractual de heredero”, en sentido estricto, no sería posible afirmar que es un negocio jurídico apto para ordenar legados, toda vez que si sólo se pueden ordenar en la “reserva para testar”, entonces sería el testamento –y no el *heretament*- el negocio jurídico de atribución del legado.

<sup>147</sup> Excepto que el legado se hubiera ordenado suspensivamente condicionado, supuesto en el cual la delación tiene lugar cuando la condición se cumpla, aunque los efectos se retrotraigan a la muerte del causante (art. 267.3º CS), ya que, según el artículo 267.1º CS “*El legatari adquireix de ple dret la propietat de la cosa objecte del llegat d'eficacia real*”, adquisición que, según el artículo 253.21 CS, tiene lugar por la “*sola virtualitat del llegat*”. Como pone de relieve **ALBIOL MARÉS: Comentarios...**, pp. 944 y 945, la doctrina se inclina de forma unánime por la aplicación del sistema romano en los supuestos de herencia, sistema que exige la aceptación expresa o tácita como elemento esencial de la transmisión; mientras que para los supuestos de legado rige el sistema germánico, en el que basta con la delación, con la muerte del causante para que se produzca *ipso iure* la adquisición por parte del sucesor. No obstante, el autor advierte que, desde un punto de vista práctico, es usual que en las escrituras notariales de entregas de legados se incluya un espacio dedicado a la aceptación, circunstancia que ha generado cierta confusión al respecto, pero que en ningún caso significa que esa declaración de voluntad –expresa o tácita- se convierta en elemento esencial de la adquisición, como lo es en la herencia, dado que la aceptación dota de firmeza a la posición del legatario consolidando una adquisición que ya se ha producido. En el mismo sentido **MIRAMBELL: “Els llegats...”**, p. 123, quien, al resaltar la diferencia que existe entre la repudiación del legado y la de la herencia, afirma que en el legado se renuncia a un derecho ya adquirido, mientras que en la herencia se renuncia a la delación o, lo que es lo mismo, al derecho a suceder.

<sup>148</sup> **MIRAMBELL: “Els llegats...”**, p. 122, entiende preferible hablar de renuncia en lugar de repudiación, dado que ésta extingue la delación en la medida que pueda distinguirse de la adquisición del derecho legado; de otra manera hay que considerar que la repudiación constituye una extinción de la adquisición y, por tanto, una renuncia. **SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER**, en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - Díez-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 2156, entiende que la aceptación tiene como efecto hacer irrevocable la adquisición ya realizada –*ipso iure*-, ya que es una simple renuncia a la facultad de revocar.

sustitución vulgar o el derecho de acrecer (art. 267.2º CS) (cfr. art. 888 CC). Por tanto, respecto del legatario, el legado constituye el título adquisitivo (cfr. art. 12.1 LDRG) que crea un derecho que nace con la delación (art. 267 CS). En contrapartida, el legado constituye al sujeto gravado en una situación jurídica pasiva que se corresponde con el derecho que adquiere el legatario.

Pero, si bien la adquisición del derecho legado es inmediata con la delación, ésta no implica, por sí misma, la adquisición de la posesión del objeto del legado por parte del legatario, dado que en el ámbito del Código de Sucesiones de Cataluña el heredero no sucede sin interrupción en la posesión del causante desde su fallecimiento, excepto que la haya tomado (art. 6 CS)<sup>149</sup>. Es decir, en términos generales, la adquisición del legado de eficacia real se produce sin necesidad de que su objeto sea entregado al legatario. Diferido el legado y transcurrido el plazo o agotada, en su caso, la razón legal de la demora, la persona gravada<sup>150</sup> -que tiene que estar determinada en el momento en que el legado resulte exigible (art. 259.3º CS)- tiene la obligación de entregar al legatario la posesión de la cosa objeto del legado de eficacia real, a su cargo y bajo su responsabilidad (art. 270.1º CS; cfr. art. 34 CS). La entrega de la posesión se configura, pues, como una obligación puramente instrumental que pesa sobre el sujeto gravado por el legado y que nace por la asunción del título sucesorio<sup>151</sup>. Por tanto, la persona que acepte la herencia viene obligada a entregar la posesión del legado al legatario, salvo que se trate de un legado suspensivamente condicionado, en cuyo caso la entrega se diferiría al tiempo

---

<sup>149</sup> En este punto el artículo 6 CS se aparta del criterio mantenido por el artículo 440 CC, que otorga al heredero la llamada “posesión civilísima”.

<sup>150</sup> Pueden ser personas gravadas el heredero, el legatario, el fideicomisario, el donatario por causa de muerte, o cualquiera que por causa de muerte y por voluntad del testador obtenga algún beneficio patrimonial (art. 259.1º CS). No obstante, la entrega del legado corresponde también a la “persona facultada” (cfr. art. 271.1º CS), que puede serlo el albacea universal (art. 316.2º y 3º CS) y el albacea particular, el contador-partidor o el administrador si se encuentran específicamente facultados para ello (art. 318, 56.1º y 8 CS, respectivamente).

<sup>151</sup> **SÁNCHEZ CALERO:** *Comentario...*, p. 2158: “en los legados dispositivos, además de la transmisión del derecho recta vía del causante al legatario, se produce un efecto obligatorio, ya que el gravado ha de desempeñar una actividad precisa para el traspaso de la posesión correspondiente al derecho adquirido por el legatario”.



de la condición, retrasándose hasta entonces los efectos del legado (art. 263.1º CS). En cualquier caso, como ha quedado dicho, el legatario no sucede en la posesión al causante desde su fallecimiento, sino que es preciso que esa posesión le sea entregada para que la adquiera<sup>152</sup>. Como consecuencia, el legatario que no haya repudiado el legado, únicamente lo posee si efectivamente lo ha tomado.

También en términos generales, el artículo 271.3º CS prohíbe al legatario tomar posesión del legado por propia iniciativa –*per la seva propia autoritat* (cfr. art. 885 CC)<sup>153</sup>. En su caso, el legatario debe pedir a la persona gravada –o a la persona específicamente facultada- la entrega y posesión del objeto del legado<sup>154</sup>. No obstante, como efecto de su derecho, corresponde al legatario una acción para exigir que la posesión del legado le sea transmitida, e, incluso, para reivindicarla frente a cualquier poseedor (art. 271.2º CS).

Atendiendo a todo ello y aplicándolo a la hipótesis concreta de la prenda posesoria podría concluirse que es posible la adquisición de este derecho real por legado, y, por tanto, por negocio unilateral, sin que ello suponga la adquisición correlativa de la posesión del objeto gravado por parte del legatario. Pero en este punto aparece un inconveniente: la LDRG exige la transmisión posesoria de la cosa dada en garantía como elemento esencial de constitución de la prenda (art. 12.1, b). Por tanto, corresponde ahora decidir cuál de las

---

<sup>152</sup> Como dice **ALBIOL MARÉS: Comentarios...**, p. 961, “Lo esencial que hay que tener en cuenta es que el legatario no sucede en la posesión al causante desde su fallecimiento, sino que es preciso que le sea entregada si no la tiene, y desde ese momento es cuando se producen todos los efectos que la posesión trae consigo”.

<sup>153</sup> Excepto cuando el testador lo hubiera autorizado o el legado fuera de usufructo universal, así como en Tortosa, si toda la herencia se encontrara distribuida en legados (art. 271.4º CS).

<sup>154</sup> En el mismo sentido se expresa el artículo 885 CC con relación al artículo 882 CC. Se trata de un impedimento que ya venía admitido en el artículo 222.2º CDCC, y que persiste por razones de garantía para la persona gravada, quien, antes de efectuar la entrega, deberá comprobar si el activo hereditario es suficiente para proceder al pago de los acreedores (cfr. art. 36 CS); si los legados son oficiosos frente a los legitimarios, pues en caso contrario habría de reducirlos (cfr. arts. 373 y ss. CS); que el valor del legado no exceda del que él mismo –el sujeto gravado- obtenga por causa de muerte del disponente (cfr. art. 273 CS); o si al heredero le corresponde la cuarta falcidia (cfr. art. 274 y ss. CS). Así lo resalta **ALBIOL MARÉS: Comentarios...**, p. 960.



disposiciones analizadas resulta preferentemente aplicable: la contenida en el CS, según la cual el legado de eficacia real se adquiere por la delación; o la de la LDRG, que requiere el traslado posesorio.

Si se opta por la primera posibilidad, la del Código de Sucesiones, el derecho real de prenda quedaría constituido por la sola voluntad del causante, y adquirido por la delación. La adquisición de la posesión del objeto gravado por parte del legatario operaría, como en el caso de la aceptación –porque admitir la entrega en ese concepto supone aceptar el legado– como una *conditio iuris*, de manera que el negocio unilateral, ya constituido, quedaría perfeccionado por el traslado posesorio. Se trataría, entonces, de una vía de constitución de la prenda que no se ajusta a lo prescrito de forma general por la LDRG, dado que el derecho real de garantía nacería sin que existiera una previa transmisión posesoria. Esta excepción podría justificarse, sin embargo, argumentando que las disposiciones previstas por la LDRG para la constitución de la prenda están pensadas únicamente para la forma contractual<sup>155</sup>. En este caso, la entrega vendría a desempeñar un papel semejante al de la inscripción de la hipoteca por el mismo título constituida en el Registro de la propiedad (art. 145.2º LH)<sup>156</sup>.

Sin embargo, la LDRG dice literalmente en su artículo 12.1 que “La prenda, constituida por “cualquier título”, requiere (...) la transmisión de la posesión de la cosa...)” Por tanto, parece que la LDRG no contempla ninguna excepción por lo que se refiere a los requisitos de creación de la garantía, que

---

<sup>155</sup> Esta es la opinión de **ALBALADEJO**: *Derecho*, t. III..., p. 255, quien, para el ámbito del Código Civil, entiende que la entrega de la cosa gravada al legatario no es indispensable para la constitución del derecho real por disposición de última voluntad en consideración a los siguientes argumentos: “La no necesidad de la entrega para adquirir el derecho de prenda en este caso se apoya: 1º En que la tradición es necesaria para adquirir los derechos reales sólo cuando se trata de enajenación por contrato, pero no por sucesión *mortis causa*. 2º En que la necesidad de entregar la cosa para que nazca el derecho de prenda cuando se establece por contrato, no es debida a que (independientemente de la tradición y teoría del título y del modo) el derecho de prenda requiera la entrega para nacer, sino a que ésta es requerida para la perfección del contrato, por ser el constitutivo de la prenda, contrato real”.

<sup>156</sup> Al respecto consúltese **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL**: *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., pp. 668 y ss.

siempre han de ser los mismos, cualquiera que sea su título de constitución. En consecuencia, si se opta por la preferencia de la LDRG y, por tanto, en la puesta en posesión de la cosa gravada, no sería posible la constitución de la prenda por acto de última voluntad, dado que este acto no resultaría, por sí mismo, suficiente para constituir la garantía.

Sin embargo, también es posible entender que, puesto que según el Código de Sucesiones la propiedad o la titularidad del derecho la adquiere directamente el legatario, porque se la transmite directamente el testador, la persona gravada no posee en ningún momento en ese concepto, aunque conserve la posesión inmediata sobre la cosa. Como consecuencia, podría entenderse que la entrega al legatario no tiene la consideración de una *traditio* entendida técnicamente como “modo”, esto es, como mecanismo jurídico por el que se transmite la posesión con la intención de transmitir la propiedad o, en nuestro caso, con la intención de constituir el derecho real de prenda (cfr. art. 609 CC). La entrega del objeto del legado podría entenderse, entonces, como una simple transferencia posesoria, “porque el legatario era ya propietario y el heredero un poseedor de cosa ajena”<sup>157</sup>. De esta forma, sí sería posible en Cataluña la constitución de la prenda posesoria por acto de última voluntad, porque mediante el mismo acto el legatario adquiriría tanto el derecho de prenda legado como la posesión de su objeto. Ocurre, no obstante, que esta solución, perfectamente aplicable en el ámbito del Código Civil, donde el heredero sucede sin interrupción al causante en su posesión (art. 440 CC), puede no serlo tanto en el ámbito del derecho catalán donde, como es sabido, se opta por la posición contraria, de manera que el legatario no sucede en la posesión del causante desde su fallecimiento, sino que es preciso que le sea entregada si no la tiene (art. 6 CS). En el ámbito del Código de Sucesiones, los efectos que la posesión traen consigo sólo se producen desde el momento en que el legatario la adquiera<sup>158</sup> y, entre ellos, los previstos por el artículo 12.1, a) LDRG, esto es, la constitución de la garantía pignoratícia.

---

<sup>157</sup> Así lo entiende **SÁNCHEZ CALERO**: *Comentario...*, p. 2165.

<sup>158</sup> **ALBIOL MARÉS**: *Comentarios...*, p. 961.

Como consecuencia de todo lo expuesto, y entendiendo que las disposiciones contenidas en la LDRG resultan de aplicación preferente respecto del Código de sucesiones, en consideración a los principios de especialidad y posterioridad de las normas, parece más acertado entender que en Cataluña no es posible la constitución de la prenda posesoria por acto unilateral de última voluntad, porque, además, resulta necesario cumplir con el requisito de la efectiva transmisión posesoria del objeto gravado en favor del beneficiado por la garantía. En definitiva, la entrega de la cosa es un presupuesto legal que, junto con el negocio jurídico de disposición, integra el supuesto de hecho al que el ordenamiento vincula, como efecto, el nacimiento o la válida constitución de la prenda<sup>159</sup>.

#### **2.1.4. Constitución de la prenda por contrato**

La forma de constitución del derecho real de prenda posesoria más utilizada es la contractual. De hecho, aunque la garantía pignoratícia puede tener otro origen, el Código Civil sólo regula su constitución contractual (cfr. arts. 1857 y 1863 CC). De otra manera, el artículo 12 LDRG establece los requisitos esenciales que necesariamente han de concurrir en la constitución de la prenda “por cualquier título”.

El contrato de prenda es el que voluntariamente se constituye entre el titular del derecho que se quiere garantizar y el propietario del bien mueble que se ofrece en garantía del cumplimiento de una deuda propia o ajena, y que faculta al primero para retener la cosa hasta el cumplimiento de la obligación asegurada y para enajenarla, en caso de incumplimiento, para extinguir el crédito con el precio obtenido. Precisamente, como se verá más adelante, el carácter consensual de la prenda posesoria es el elemento que establece la

---

<sup>159</sup> De opinión contraria **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS**: *Institucions...*, p. 410: “El dret real de penyora també es pot constituir per negoci jurídic mortis causa. L'article 253 CS permet ordenar llegats amb eficàcia real, i en aquest cas per la sola virtualitat del llegat adquireix el llegatari el dret de penyora, sempre que el llegat es constitueixi sobre cosa pròpia del testador”.

diferencia esencial entre esta garantía y el derecho real de retención sobre bienes muebles que la LDRG también regula.

El contrato de prenda es de carácter real porque, además del acuerdo de voluntad de los interesados, precisa la entrega de la cosa, es decir, la puesta en posesión de la misma en la esfera de disponibilidad del acreedor o de un tercero<sup>160</sup> (art. 12.1, b) LDRG). Es, también un contrato accesorio, dado que su finalidad es asegurar el cumplimiento de una obligación<sup>161</sup>. Es un contrato unilateral, del que únicamente surge la obligación del acreedor de restituir el objeto empeñado, puesto que el resto de derechos que a éste puedan corresponder no han de ser considerados como efectos derivados del contrato, sino del derecho real de prenda<sup>162</sup>. Y puede ser un contrato oneroso o gratuito, según exista o no una contraprestación<sup>163</sup>

---

<sup>160</sup> Esta es la opinión común en la doctrina. Así, **SÁNCHEZ ROMÁN**: *Estudios...*, t. IV, pp. 972 y 974; **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 486; **SERRANO ALONSO**: *Comentario...*, p. 1874; **SANCHO REBULLIDA**: *Elementos...*, p. 302; **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS**: *Instituciones...*, v. I, p. 409. Sin embargo, **ALBALADEJO**: *Derecho*, t. III..., p. 256, que distingue según que el contrato sea gratuito u oneroso, y según que se celebre o no por escrito, opina que sólo tiene carácter real cuando sea gratuito y no se celebre por escrito, mientras que si se celebra por escrito o es oneroso no precisa la entrega de la cosa y, por tanto, no es real. Considera, entonces, que cuando el contrato de prenda es real simultáneamente hay entrega de lo pignorado, por lo que el derecho real de prenda nace y se perfecciona desde que el contrato se celebró. Y cuando el contrato de prenda no es real, si hay entrega al celebrarlo, esta entrega no es parte del contrato, sino que lo perfecciona, diferenciándose así conceptualmente los momentos de formación del contrato y el de su ejecución; y en caso de que no haya entrega al celebrarlo, el contrato es igualmente perfecto desde que se otorga aunque a partir de ese momento pese sobre el pignorante la obligación de entregar la cosa empeñada al acreedor pignoraticio, momento en que éste adquirirá el derecho real de prenda sobre ella.

<sup>161</sup> Véase CAP II, § 1, 1.2.

<sup>162</sup> **SÁNCHEZ ROMÁN**: *Estudios...*, t. IV, p. 972: “Todas las demás consecuencias á que un contrato de prenda dé lugar, no son parte esencial de su *contenido* ni resultado necesario de su naturaleza, sino que se originan por su *ocasión*, pero tienen su *causa de deber* y su *derecho de pedir* en otros hechos”. La misma opinión en **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 487; **SERRANO ALONSO**: *Comentario...*, p. 1874; **MORENO DE LA SANTA GARCÍA**: *Prenda...*, p. 59.

<sup>163</sup> **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 487; **ALBALADEJO**: *Derecho*, t. III..., p. 256: “En cuanto que sea oneroso, hay que advertir que se trata de que lo sea el propio contrato de prenda. En efecto, puede ser onerosa o no la obligación cuyo cumplimiento asegura la prenda (...) Pero no importa la onerosidad o gratuidad de la obligación asegurada, sino la del contrato de prenda asegurador; contrato que será o no oneroso según que por dar la garantía pignoraticia el que la proporciona reciba o no algo a cambio”.

## **2.2. “El libre poder de disposición de la cosa por parte del pignorante”**

La relación pignoratícia se constituye entre dos sujetos: el acreedor pignoratício y el pignorante. Es acreedor pignoratício el titular del crédito cuyo cumplimiento la prenda asegura, por el principio de accesoriedad de la garantía. Y es pignorante quien, con poder de disposición suficiente, pignora una cosa mueble en garantía del cumplimiento de una obligación. Ambas posiciones puede ser ocupada por personas físicas o jurídicas.

Sin embargo, desde el punto de vista subjetivo, la relación jurídica que se deriva del derecho real de prenda no es siempre tan simple, porque en su parte pasiva pueden verse también afectadas personas distintas al pignorante. Es decir, la garantía pignoratícia puede afectar, también, a sujetos que sin haber participado en su constitución se encuentran directamente vinculados con su existencia.

### **2.2.1. El sujeto pasivo de la prenda**

Lo habitual es que el pignorante sea, a la vez, el deudor personal de la obligación que con la prenda se asegura y el propietario del bien que con ese fin se empeña. Sin embargo, puede suceder que tres personas distintas sean las que respectivamente desempeñen los papeles de deudor personal, pignorante y propietario; diversificación que puede existir desde un inicio, al momento de la constitución de la prenda, o en un momento posterior; aunque también puede suceder a la inversa, que la pluralidad de personas desaparezca por reunirse en una misma las tres posiciones. Las especialidades que cada una de las posibilidades presenta demandan que sean atendidas, seguidamente, de una forma algo más detenida.

### 2.2.1.1. El pignorante deudor

Quien constituye un derecho de prenda como sujeto pasivo puede hacerlo en garantía del cumplimiento de una obligación propia o en garantía de una deuda ajena (arts. 13.1 y 12.1, a) LDRG). Cuando el deudor personal pignora una cosa de su propiedad se convierte, además, en pignorante. A partir de entonces, el deudor-pignorante responde del cumplimiento íntegro de la obligación, especialmente, con la cosa pignorada<sup>164</sup> y, de una forma general, con todo su patrimonio (art. 1911 CC) –pues su responsabilidad personal no queda excluida ni limitada por la responsabilidad real (cfr. 105 LH)<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> La prenda, como derecho real de garantía, no persigue la obtención de un plus de responsabilidad personal, que es el objetivo de las garantías personales en las que un tercero se compromete y obliga al cumplimiento de una obligación de la que responde solidaria o subsidiariamente con el deudor. La garantía real supone que el cumplimiento de la obligación se asegura poniendo a disposición del acreedor un específico e individual valor patrimonial -que en el caso de la prenda ha de ser un valor que tenga la naturaleza o la consideración de bien mueble- con el que satisfaga su interés en caso de que la obligación resulte incumplida. **GIL RODRÍGUEZ, JACINTO**: “La prenda de derechos de crédito”, en **AAVV: Tratado de garantías de la contratación mercantil**, coordinado por **NIETO CAROL, UBALDO – MUÑOZ CERVERA, MIGUEL**, t. II, *Garantías reales*, v. 1 *Garantías mobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 33 a 375, p. 338, cita 2: “Ello debería significar que el crédito pignorado se coloca como *objeto primordial* de la reacción agresiva del acreedor caso de incumplimiento”. **GUILARTE ZAPATERO: Comentarios...**, p. 447, entiende que una de las diferencias que existen entre el pignorante o fiador real y el fiador personal es que mientras que éste debe y responde de su obligación de garantía con todos los bienes que integran su patrimonio, el fiador real no debe, sino que responde sólo con los bienes afectados por el gravamen. En contra parecen posicionarse **DÍEZ-PICAZO – GULLÓN: Sistema...**, p. 502: “El hipotecante por deuda ajena es una figura jurídica distinta del «tercer poseedor de finca hipotecada». Este «poseedor» adquiere su propiedad, se encuentra expuesto a la ejecución de la garantía si el deudor que se la transmitió no paga, pero él no debe y de ahí que no pueda ser objeto de agresión el resto de su patrimonio. En cambio, esta disociación entre la deuda por un lado (que sigue teniendo como sujeto pasivo al deudor transmitente de la finca), y de la hipoteca por otro no se da en el fiador real, el cual, como fiador, debe y responde”.

<sup>165</sup> **ROCA SASTRE – ROCA-SASTRE MUNCUNILL: Derecho Hipotecario**, t. IV, v. 1º..., p. 347, aclaran que no puede hablarse propiamente de responsabilidad del sujeto pasivo de la hipoteca ni de responsabilidad de la cosa hipotecada, porque, aunque se hable de una responsabilidad personal del deudor y una responsabilidad real de la cosa gravada, “esta última es concebida como la propia responsabilidad personal patrimonial universal pero circunscrita a la cosa hipotecada (...) debe constreñirse el uso del vocablo “responsabilidad” a la responsabilidad universal, que es la única o propiamente dicha, y, si bien el concepto de responsabilidad real o de cosa puede referirse a la hipoteca (y a la prenda), ello será tan sólo tolerable como cómoda y sucedánea expresión terminológica de la esencia de la hipoteca, como vinculación o adscripción del valor de una cosa al pago de un crédito dinerario. Más, en puridad el concepto de *responsabilidad* hay que referirlo exclusivamente a la responsabilidad que contrae el deudor por su *incumplimiento*

Estos son los efectos de la prenda sobre el patrimonio del pignorante deudor, excepto que las partes en el negocio de garantía convengan la limitación de la responsabilidad personal universal del mismo, estableciendo un máximo o eliminándola totalmente. Se trata de un pacto expresamente acogido por la ley para la hipoteca (art. 140.1º LH), pero cuya aplicación en el resto de derechos reales de garantía resulta comunmente admitida con base en la analogía<sup>166</sup> o al amparo del artículo 1255 CC<sup>167</sup>. Igualmente podría justificarse como un supuesto de renuncia a la ley (cfr. art. 6.2 CC), concretamente, como una renuncia al artículo 1911 CC.

Por acuerdo entre las partes, que ha de ser expreso, es posible eliminar la responsabilidad personal universal del deudor, que alcanza a todo su patrimonio en cuanto al cumplimiento de la obligación, subsistiendo únicamente la responsabilidad que recae sobre el valor de la cosa gravada. Con ello queda también limitada la acción del acreedor pignoraticio, que no podrá dirigirse contra el resto de los bienes integrados en el patrimonio del deudor. Como consecuencia, incumplida la obligación garantizada, el acreedor pignoraticio sólo podrá dirigirse contra el bien o los bienes pignorados, con independencia de que el valor de los mismos alcance o no a cubrir la totalidad del crédito asegurado. En definitiva, por ese pacto el acreedor pignoraticio renuncia al ejercicio de las acciones personales que, de otro modo, le hubieran correspondido contra el resto del patrimonio del deudor, cuando el valor del objeto dado en garantía no fuera suficiente para satisfacer la totalidad del crédito con él asegurado.

No obstante, la existencia en la prenda de un pacto de limitación de la responsabilidad personal no significa que el aspecto personal de la relación

---

*imputable de sus obligaciones, o sea, la denominada responsabilidad patrimonial universal que proclama el art. 1.911 del Código civil”.*

<sup>166</sup> **ALBALADEJO**: *Derecho*, t. III..., p. 236.

<sup>167</sup> **ROCA SASTRE – ROCA-SASTRE MUNCUNILL**: *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 1º..., p. 396; **ALBALADEJO**: *Derecho*, t. III..., p. 235; **SANCHO REBULLIDA**: *Elementos...*, p. 285.

crediticia quede eliminado. Aunque el deudor no responda personalmente del incumplimiento con la totalidad de su patrimonio -porque así lo quiso el acreedor-, subsisten su obligación y su responsabilidad, de la misma manera que el acreedor puede dirigirse contra el bien pignorado por acción personal<sup>168</sup>.

### 2.2.1.2. El pignorante no deudor

Es posible, también, que un tercero extraño a la relación obligatoria la asegure entregando un bien mueble propio en garantía del cumplimiento de una obligación ajena. La posibilidad se encuentra expresamente admitida en el artículo 13.1, b) LDRG, cuando dice que “La prenda puede garantizar cualquier obligación (...) propia o ajena de la persona pignorante” (cfr. art. 1857 CC)<sup>169</sup>.

El pignorante no deudor es un sujeto que, sin estar personalmente obligado en la relación que se asegura, afecta voluntariamente en prenda un bien propio, para garantizar su cumplimiento. La constitución de la prenda por un sujeto no deudor supone un incremento de la seguridad de cobro de la obligación garantizada, puesto que al valor del patrimonio objeto de la responsabilidad personal se adiciona el valor del bien específicamente afectado por la prenda, integrado en un patrimonio distinto<sup>170</sup>. En este caso, la relación

---

<sup>168</sup> **ROCA SASTRE – ROCA-SASTRE MUNCUNILL:** *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 1º..., p. 399: “subsiste un deudor personal, con su débito y con su responsabilidad, si bien circunscrita ésta a lo hipotecado, y el acreedor hipotecario conserva su crédito con su consiguiente acción personal (...) Podrá decirse que de hecho para el acreedor no tendrá ninguna utilidad ejercitar la acción personal y que, por tanto, preferirá acudir a la acción hipotecaria, de manera que el resultado práctico de dicho pacto implicará la inutilidad de aquella acción y, por tanto, todo ocurrirá seguramente como si hubiera renunciado; pero esto no impide la posibilidad de que el acreedor ejercite la acción personal sobre la finca hipotecada en lugar de la acción hipotecaria”.

<sup>169</sup> **CASTÁN TOBEÑAS:** *Derecho...*, p. 411, justifica esta posibilidad argumentando que si está permitido que una persona se haga cargo de una deuda ajena y la pague (cfr. arts. 1158 y 1210 CC), con mayor motivo ha de admitirse que sólo la asegure con su patrimonio.

<sup>170</sup> **MEJÍAS GÓMEZ, JAVIER:** *Prenda de acciones*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2002, p. 29: “Cuando es un tercero quien ofrece las acciones en prenda, se dota de mayor solvencia y seguridad a la obligación principal garantizada, que cuenta de este modo con mayores posibilidades de satisfacción efectiva. Este incremento adicional en la solvencia frente al acreedor, incide generalmente en la concesión de la operación garantizada en condiciones más favorables para el deudor principal”.



obligatoria tiene unos sujetos y la relación pignoraticia otros, porque, aunque la titularidad del crédito y la del derecho real coincidan en una misma persona, las condiciones de deudor y de pignorante recaen sobre personas distintas. Acreedor y deudor se encuentran vinculados por una relación de naturaleza personal que se desenvuelve con independencia de la existencia de cualquier garantía real; mientras que aquél y el pignorante están ligados por el negocio de prenda<sup>171</sup>, cuyas vicisitudes dependen de las de la obligación garantizada. Como consecuencia de ello, si la obligación garantizada resulta incumplida, el acreedor puede dirigirse por acción personal contra todos los bienes del patrimonio de su deudor, y por acción real contra el bien específicamente afectado en garantía, a cuyo valor se limita la responsabilidad del pignorante, con lo que el acreedor no se encuentra facultado para dirigirse contra el resto de su patrimonio.

No obstante, cuando los constituyentes de la prenda pacten expresamente la limitación de la responsabilidad al valor de la cosa pignorada, el acreedor no puede dirigirse contra el patrimonio del deudor para la satisfacción del crédito. Es cierto que, a pesar de la existencia de pacto en ese sentido, el deudor debe cumplir voluntariamente, pero puede no hacerlo. En este último caso, como por el pacto queda excluida la responsabilidad personal derivada del derecho de crédito, el acreedor sólo puede dirigirse por acción real contra la cosa gravada, para realizar su valor y cobrarse con el precio obtenido hasta donde éste alcance.

### **2.2.1.3. Pignorante no propietario**

Quien pignora una cosa determinada puede hacerlo como facultad derivada de su propio derecho de propiedad, ya sea por sí mismo o a través de su representante, o en virtud de la legitimación que a su favor le sea atribuida por el propietario, que no participa en la constitución de la prenda. La LDRG no contempla la posible diversidad entre propietario del bien que se da en garantía

---

<sup>171</sup> PÉREZ-GONZÁLEZ – ALGUER: *Tratado...*, p. 414.

y pignorante, pero, en cualquier caso, lo que la LDRG requiere es que el constituyente de la prenda tenga libertad de disposición que le permita establecer el gravamen real pignoraticio sobre el objeto.

La relación existente entre el sujeto del que se predica el poder de disposición y el objeto del que se dispone puede ser, además de titularidad, de representación o de legitimación. Cuando el derecho real de prenda se constituye a través de representante, es éste quien tiene poder de disposición sobre los bienes del representado, dentro del ámbito de su representación. Pero aunque sea el representante quien intervenga directamente en la constitución de la prenda<sup>172</sup>, su papel se limita a actuar por cuenta del representado, que es en quien revierten los efectos de la actuación y quien se constituye como pignorante<sup>173</sup>. Por tanto, el representante no es en ningún momento parte de la relación pignoraticia que se establece entre el acreedor pignoraticio y el representado-pignorante.

Cabe, también, la posibilidad de que el titular de un derecho legitime a otra persona para que lo ejercite actuando en su propio beneficio –del

---

<sup>172</sup> El acto de constitución del derecho real de prenda no es personalísimo. Por tanto el pignorante, así como el acreedor, puede constituir derecho real de prenda directamente, por sí mismo, o valiéndose de un representante legal (cfr. arts. 162, 222 y 1559 CC) o voluntario (cfr. arts. 1259 y 1709 CC, y 139 LH).

<sup>173</sup> Cuando la prenda se constituya a través de apoderado debe otorgarse un poder específico y expreso para ello (art. 1713.2º CC), que ha de constar en la correspondiente escritura pública (art. 1280.5º CC). En opinión de **ÁVILA NAVARRO, PEDRO**: *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, p. 31, en el poder especial para pignorar debe quedar identificada la obligación a garantizar, porque, de lo contrario, pueden surgir dudas sobre la suficiencia del poder. No obstante, **SANCHO REBULLIDA**: *Elementos...*, p. 338, cita 17, apoyándose en la doctrina sentada por la DGRN, considera que “basta ser factor o gerente de una Sociedad Anónima o de Responsabilidad Limitada (R. 28 octubre 1980) si, por la índole de la operación, la constitución de la hipoteca entra dentro de las actuaciones comprendidas en el giro de la empresa (Rs. 31 marzo 1979, 11 febrero 1983, y 4 marzo 1985)”. Además de estas resoluciones citadas, sobre este extremo pueden consultarse las de 14 de marzo de 1996, 24 de octubre de 1986, 4 de marzo de 1985, ó 6 de septiembre de 1982. Cuando la prenda se constituya no obstante la ausencia o la insuficiencia de poder será aplicable la doctrina de los actos nulos, sin perjuicio de los efectos sanatorios de una posterior ratificación del representado (cfr. arts. 1727 y 1259 CC), que se retrotraerán al tiempo de la constitución del derecho realizada sin poder o con poder insuficiente, con respeto a los derechos adquiridos por terceros de buena fe.

legitimado que actúa<sup>174</sup>. El legitimado, si se encuentra autorizado para ello, puede disponer en nombre propio sobre bienes ajenos, sin intervención alguna de su titular, con la característica esencial de que los efectos de su actuación revierten en su propio interés y no en el del legitimante<sup>175</sup>. Por tanto, adquirido poder de disposición suficiente por la legitimación del titular del derecho, nada impide que el legitimado realice actos de disposición sobre un bien ajeno, concretamente, que constituya una prenda posesoria si el derecho del cual dispone recae sobre un bien mueble, tanto en garantía de una deuda propia como de una deuda ajena<sup>176</sup>. En este caso, propietario –legitimante- y pignorante –legitimado- son personas distintas<sup>177</sup>.

## **2.2.2. El adquirente del bien pignorado**

### **2.2.2.1. La responsabilidad del adquirente**

Quien pignora una cosa propia en garantía de una deuda –propia o ajena- no elimina por ello su facultad de disposición sobre esa cosa determinada. El pignorante conserva con relación a la cosa empeñada todas aquellas facultades que, derivando de su derecho dominical, no contravengan la finalidad de la garantía a la que el bien se encuentra afecto (cfr. art. 1869 CC), y, entre ellas, la facultad de enajenar ese bien. Por tanto, es posible que el constituyente de la prenda transmita a un tercero la propiedad del objeto afectado por la garantía. Por la enajenación de la cosa ya pignorada se transmite el dominio sobre la misma con el gravamen del derecho de prenda. Si

---

<sup>174</sup> Legitimación que puede tener un origen convencional o legal (cfr. arts. 7 y 19 LDRG; 486, 1175 y 1872 CC; 107.8º LH).

<sup>175</sup> **POZO CARRASCOSA, PEDRO DEL:** *El sistema de compensación urbanística*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 101.

<sup>176</sup> La posibilidad de disponer del legitimado ha de ser la misma que tuviera el legitimante, esto es, para constituir una prenda es preciso que se trate de una cosa mueble o de un derecho que recaiga sobre cosa mueble, que sea susceptible de posesión, que sea enajenable y no se encuentra afectada por una prohibición de disponer.

<sup>177</sup> Podría suceder en caso de que un padre autorice a su hijo para constituir, por ejemplo, una prenda en su propio beneficio. El propietario del bien mueble sería el padre, pero el constituyente de la garantía sería su hijo, con poder de disposición para ello derivado de la previa autorización.

el acreedor pignoraticio es quien adquiere en propiedad el objeto afectado por la garantía, este derecho real se extingue por consolidación<sup>178</sup>.

Cuando la transmisión dominical se realice en favor de un tercero, un nuevo sujeto interviene en la relación pignoraticia: el adquirente del bien gravado, que no ha sido parte en el proceso constitutivo de la prenda, pero a quien, como se ha dicho, se le transmite la propiedad del objeto con el gravamen de la garantía. En esta hipótesis, la disociación subjetiva se produce sin afectar a la eficacia de la garantía pignoraticia constituida, que continúa gravando y, por tanto, vinculando los bienes sobre los que recae con independencia del patrimonio en el que se integren, de quien sea su propietario, como consecuencia del carácter real del derecho de prenda, que lo hace oponible *erga omnes*<sup>179</sup>, sin perjuicio del límite que el artículo 464 CC establece en favor del tercer adquirente de buena fe<sup>180</sup>.

Cuando las condiciones de pignorante y de deudor personal recaigan en personas distintas, aquél transmite con el objeto empeñado el gravamen de la prenda y su situación en la relación pignoraticia. El adquirente, como propietario del objeto afectado por la garantía y en tanto mantenga esta situación, pasa a ocupar el lugar del constituyente de la garantía. Por tanto, el tercero adquirente del bien pignorado debe soportar, en su caso, la realización de la prenda, que no afectará al resto de su patrimonio. Si la transmisión se realiza en favor del deudor personal, el elemento subjetivo de la relación

---

<sup>178</sup> Salvo en el supuesto de aceptación de herencia a beneficio de inventario, donde no hay confusión de patrimonios (cfr. arts. 35.2º CS y 1023 CC).

<sup>179</sup> **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 622. Al acreedor pignoraticio no le afectan las sucesivas transmisiones del objeto de la prenda, cuya posesión continuará ostentando el mismo o el tercero que de mutuo acuerdo hubieran convenido acreedor y pignorante, sin que el adquirente tenga derecho a reclamarla para sí o para otro tercero, excepto que, nuevamente, así se convenga con el titular de la garantía (cfr. art. 18.1 LDRG). Igualmente, el adquirente habrá de soportar la eventual realización del valor del bien afectado por la prenda.

<sup>180</sup> En principio, el propietario, al no tener la posesión inmediata del objeto empeñado, no la puede transmitir y, por tanto, no entraría en juego el artículo 464 CC, excepto que la cosa se encuentre en su poder sin ánimo del acreedor pignoraticio de renunciar a su garantía (cfr. art. 18.3 LDRG) y la transmita a un tercer adquirente de buena fe.

jurídica se simplifica, ya que tanto la garantía específica como la responsabilidad universal convergen en el patrimonio de un mismo sujeto.

Cuando las condiciones de pignorante y deudor personal recaigan en una misma persona, el transmitente continúa respondiendo personalmente del cumplimiento de la obligación que la prenda asegura, con todo su patrimonio. El adquirente, que, como se ha dicho, debe soportar el gravamen de la garantía, no compromete por ello el resto de su patrimonio. No obstante, es posible que junto al bien pignorado también se transmita la deuda garantizada. Si así fuera, será preciso el acuerdo o la aceptación expresa o tácita<sup>181</sup> del acreedor para que la asunción o subrogación tenga un efecto liberatorio para el transmitente, en cuyo caso éste quedará desligado de la obligación (cfr. art. 1205 CC y 118.1º LH), que asumirá el adquirente, respondiendo por ello con la totalidad de su patrimonio. Si el acreedor no consiente la transmisión de la deuda, el transmitente continuará como deudor personal y, por tanto, obligado como tal frente a su acreedor<sup>182</sup>.

#### **2.2.2.2. Compra del objeto pignorado con retención o descuento del valor del gravamen**

Cuando una cosa afectada en garantía real se transmite en propiedad a un tercero, se origina una serie de consecuencias indirectas que derivan de la existencia de dos relaciones jurídicas distintas –la obligacional y la real-, unidas

---

<sup>181</sup> **PUIG BRUTAU, JOSÉ:** *Fundamentos de Derecho Civil*, t. III, v. III, tercera edición actualizada, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1983, p. 164; **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 628, aclara la idea: “Si el acreedor no hace ninguna manifestación aceptando la transmisión operada, pero con posterioridad a la misma se dirige contra el adquirente de la finca ejercitando la acción personal, tal conducta debe estimarse como aceptación tácita de la subrogación y el deudor primitivo quedará liberado, independientemente del resultado que en orden a la satisfacción de la deuda obtenga el acreedor frente al nuevo deudor”.

<sup>182</sup> El artículo 156.3 LC prevé un supuesto legal de subrogación del adquirente en la obligación del deudor. Según este precepto “Cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la

en relación de accesoriedad, pero en las que no tiene por qué coincidir el sujeto pasivo de cada una de ellas. Es decir, se trata de situaciones en las que el futuro de la cosa enajenada, que se transmite con el gravamen de la prenda, depende directamente, no de la actividad de su propietario, sino del comportamiento del sujeto pasivo de la obligación que asegura. Algunos de los problemas que esta situación provoca y su solución se encuentran previstos por el ordenamiento jurídico, aunque de forma específica para el derecho real de hipoteca. Concretamente, el artículo 118.2º LH prevé el supuesto de compraventa de finca hipotecada sin transmisión de deuda, cuando el comprador hubiera descontado o retenido el precio de ésta del importe de la venta y, a pesar de ello, fuera el vendedor quien finalmente lo pagara. En esta hipótesis, el precepto hipotecario dispone que el vendedor que satisface la deuda, no obstante el descuento o la retención, se subroga en el lugar del acreedor hasta que el comprador le reintegre totalmente el importe retenido o descontado.

Es decir, el artículo 118.2º LH prevé el supuesto de transmisión onerosa de la cosa gravada en garantía, sin asunción de la deuda garantizada por parte del adquirente -porque no medió pacto en este sentido o la asunción no fue consentida por el acreedor-, teniendo en cuenta la posibilidad de que el deudor enajenante –único responsable personal- no cumpla en su momento. Ante el incumplimiento de deudor, el tercero adquirente puede verse “obligado” a pagar el crédito garantizado, para evitar la realización de valor que se ha de proyectar sobre la cosa adquirida, por la que ya pagó un precio. Para evitar este eventual perjuicio, el adquirente puede pactar con el vendedor la retención del importe de la obligación garantizada<sup>183</sup> o su descuento<sup>184</sup> del precio. Ocurre, no

---

masa pasiva”.

<sup>183</sup> **ROCA SASTRE – ROCA-SASTRE MUNCUNILL:** *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 1º..., p. 445, “esta retención no implica por sí asunción pues es evidente que a figuras distintas ha de corresponder un régimen diferente. Por esto, es preferible ver en dicha retención una operación distinta a la de asunción de deuda hipotecaria, que bien puede configurarse como una simple *asunción de cumplimiento* o mejor *un encargo o mandato para pago con provisión de fondos* para su ejecución”.

<sup>184</sup> **ROCA SASTRE – ROCA-SASTRE MUNCUNILL:** *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 1º..., p. 454, aclaran que el “descuento” supone que el adquirente paga por el objeto un precio

obstante, que al vencimiento del crédito garantizado, el adquirente que retuvo o descontó su importe del precio de la compraventa puede no entregarlo al acreedor. En este caso, si el deudor es quien finalmente acaba pagando la deuda, voluntariamente o como resultado del ejercicio de la acción personal que ampara al crédito, queda subrogado *ex lege* en el lugar del acreedor y amparado por la garantía real, que subsiste en seguridad de su derecho<sup>185</sup>.

Como se ha puesto de manifiesto, el artículo 118.2º LH contiene una medida legal que se impone por motivos de equidad, para evitar el enriquecimiento injusto. Atendiendo al principio de accesoriedad y aplicándolo de manera rígida, la extinción del crédito asegurado habría de provocar la extinción de la garantía que lo asegura. En cambio, en el supuesto que nos ocupa, la garantía subsiste en seguridad de un crédito diferente y de distinto titular. No obstante, en estos casos existe un motivo que impide aplicar el principio de accesoriedad con toda su rigidez: forzar al adquirente que retuvo o descontó a actuar como se comprometió y evitar que éste se enriquezca en perjuicio del vendedor<sup>186</sup>.

---

líquido estipulado cuyo importe resulta de deducir o descontar del precio global o real el importe de la carga que lo grava; supuesto que no debe equipararse a la “retención” donde el precio total de la cosa, aunque se desdobra, es el que resulta de sumar la cantidad satisfecha con la retenida. Por ello entienden que no existe en estos supuestos ni una asunción de cumplimiento ni un mandato con provisión de fondos.

<sup>185</sup> Art. 230 RH: “Pagada por el deudor que vendió la finca hipotecada la deuda asegurada con la hipoteca en el caso previsto en el párrafo segundo del artículo 118 de la Ley, será título bastante para hacer constar en el Registro la subrogación establecida en este precepto, el acta de entrega o la escritura de carta de pago en que el vendedor manifieste que hace uso de dicha subrogación”. **ROCA SASTRE – ROCA-SASTRE MUNCUNILL: Derecho Hipotecario**, t. IV, v. 1º..., p. 450, remarcan que, en cualquier caso, el vendedor-deudor dispone de una acción de reintegro contra el comprador para que le restituya el importe retenido o descontado; acción que el artículo 118.2º LH refuerza y asegura al hacer subsistir la hipoteca, en la que subroga al vendedor, en garantía de ese derecho de reintegro. En el mismo sentido **CHICO Y ORTIZ: Estudios...**, p. 1334.

<sup>186</sup> **ROCA SASTRE – ROCA-SASTRE MUNCUNILL: Derecho Hipotecario**, t. IV, v. 1º..., p. 452, consideran que se trata de una medida contra la que cabe oponer serias reservas, dado que, a pesar de ser satisfecho el crédito garantizado con la hipoteca, la garantía subsiste en seguridad de un crédito distinto, titularidad de otro acreedor; a pesar de ello, entienden que la medida legal está plenamente justificada y que “el legislador debe prescindir muchas veces de la rigidez de las construcciones jurídicas, sobre todo cuando motivos de equidad lo impongan. En el caso previsto por el art. 118, se da indudablemente uno de estos motivos, ya que si es justo que el comprador que se retuvo del precio el importe de la deuda hipotecaria, no se lucre por la circunstancia de que en vez de él haya



Ni el Código Civil ni la Ley de Derechos reales de garantía prevén para la prenda un supuesto similar al contenido en el artículo 118.2º LH. Sin embargo, la hipótesis puede perfectamente plantearse cuando se transmita a un tercero un bien mueble afectado por una garantía pignoratícia. Concurriendo las circunstancias descritas, existiría una similitud de supuestos y una identidad de razón que justificarían la aplicación analógica del artículo 118.2º LH. De aceptarse la analogía, el deudor que, no obstante la retención o el descuento, finalmente pagara la totalidad del crédito garantizado con prenda, quedaría subrogado en lugar del acreedor pignoraticio hasta que el comprador le reintegrara el total del importe retenido o descontado<sup>187</sup>. El acreedor pignoraticio notificado debería transmitir entonces la posesión del objeto empeñado a su deudor, el nuevo titular del derecho real, quien lo podrá retener y realizar su valor si el adquirente no le reintegra la cantidad retenida o descontada.

No obstante, de no aceptarse la solución analógica que se propone, y dado que no es frecuente que una cosa gravada con prenda se compre pagando por ella un precio real o global, o sea, sin descuento ni retención, sería conveniente que, en el momento de proceder a su venta, el adquirente se comprometiera con el deudor transmitente a constituir una prenda sobre ese

---

satisfecho este débito el vendedor, es también justo que esta indefectible acción de reintegro se encuentre reforzada poniendo a su servicio la hipoteca anterior. Aquellas dos anomalías que envuelve el art. 118 están, pues, plenamente justificadas”. De la misma opinión **SANCHO REBULLIDA**: *Elementos...*, p. 376: “En el fondo, se trata de una aplicación legal de la doctrina del enriquecimiento injusto, cuya ventajas prácticas y razones de equidad son evidentes”. Igualmente, **PUIG BRUTAU**: *Fundamentos...*, p. 173. **CHICO Y ORTIZ**: *Estudios...*, p. 1335, considera que, *en el fondo “lo que se ha instituido en este caso es un verdadero supuesto de «hipoteca legal», ya que la primitiva hipoteca lo mismo que el crédito garantizado han muerto por consecuencia del pago y hasta podría estar cancelada registralmente, y de ahí que solamente una hipoteca legal particularísima que no se comprende en el artículo 168 pueda admitirse, ya que tiende a proteger intereses dignos de defensa y que, al fin y al cabo, no reconoce otro origen que la voluntad del legislador”*.

<sup>187</sup> Incluso, como opinan **ROCA SASTRE – ROCA-SASTRE MUNCUNILL**: *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 1º..., p. 456, o **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 630, cuando el adquirente no llegue a pagar la deuda garantizada por encontrarse extinguida en el momento de la transmisión o por tratarse de una garantía que, por cualquier razón, devenga inoperante.



mismo objeto en el caso de que, a pesar del descuento o la retención de parte del precio, el vendedor terminara pagando la deuda (cfr. art. 1862 CC). Por el pago de la deuda la garantía quedaría extinguida y la cosa habría de ser entregada a su propietario, el comprador. La obligación a garantizar sería el crédito del vendedor por el importe descontado o retenido y no satisfecho por el comprador. En el documento donde se formalizara la promesa de constitución de prenda (cfr. art. 1862 CC) habrían de constar las circunstancias esenciales de la obligación que se asegura (cantidad, vencimiento, intereses) y la determinación del objeto que por ello se afectará<sup>188</sup>. De esta forma el deudor tendría una acción personal contra el promitente, al objeto de que efectúe los actos necesarios para el nacimiento de la garantía prometida (p.e. poner la cosa a su disposición). Ante la negativa del promitente, la autoridad judicial podría ejecutar lo convenido<sup>189</sup>.

---

<sup>188</sup> Porque como resaltan **DÍEZ-PICAZO – GULLÓN**: *Sistema...*, p. 502: “caso de que exista una indeterminación de aquellos requisitos, no le queda al promisorio más opción que solicitar la indemnización de daños y perjuicios”.

<sup>189</sup> El contenido propio de la promesa de prenda es un hacer, que no es otro que realizar la actividad necesaria y el otorgamiento de los documentos precisos para constituir una garantía pignoratícia con plenitud de efectos, lo que genera una acción personal para exigir ese concreto cumplimiento o, en su defecto, la indemnización de daños y perjuicios. En este sentido **MANRESA Y NAVARRO**: *Comentarios...*, p. 540; **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 477; **DÍEZ PICAZO**: *Sistema...*, p. 502; **SCAEVOLA**: *Código...*, p. 332. Este último autor, obra cit., pp. 333 y ss. considera, en contra de la tendencia doctrinal y jurisprudencial, como él mismo dice, que cuando el consentimiento a prestar para la constitución de la prenda no sea personalísimo, el incumplimiento puede producir otro efecto distinto al del resarcimiento de los perjuicios; concretamente, en obra cit., p. 334, este autor opina que “en la prestación del *consensus* para un contrato de prenda o de hipoteca o de otra clase, no hay nada insustituible ni personalísimo, ni objetiva ni subjetivamente. Si el *consensus* se limita a asentir sobre lo que se convino a prometer, no cabe duda de que ese asentimiento puede prestarse por sustitución, porque en el hecho de vincular el patrimonio del deudor con uno o más bienes, no hay nada personalísimo, sino todo lo contrario; su *facere* es una cosa tan simple que puede ser prestado por cualquiera, y lógicamente, por el juzgador”. Para **CARRASCO PERERA**: *Tratado...*, p. 817, de acuerdo con la distinción que advierte entre el contrato de prenda y el derecho real de prenda (obra cit., p. 811), considera que “Hasta el cumplimiento de los requisitos expuestos en los epígrafes anteriores, los pactos relativos a la prenda sólo producen acción personal entre los estipulantes (cfr. art. 1862 CC). En esta situación se encuentra la promesa de prenda, el contrato de prenda posesoria antes del desplazamiento de la posesión y/o sin que el mismo conste en la forma exigida en el art. 1865 CC. Aunque no se haya procedido al desplazamiento posesorio o no haya constancia documental de la prenda, el contrato de prenda impide al estipulante realizar actos que menoscaben el derecho que tendrá el acreedor cuando aquellos requisitos se cumplan”.

A tenor del contenido del artículo 14.1 LDRG es difícil pensar en otra solución que preserve el interés del deudor enajenante en los supuestos anteriores. Porque otra solución hubiera sido que el deudor y el adquirente hubieran podido pactar la constitución de una prenda sobre el mismo objeto, pero en garantía de otra obligación: el crédito del vendedor por el importe retenido o descontado. Esta nueva obligación sería exigible cuando vencido el primer crédito garantizado con prenda, y no obstante la retención o el descuento, el deudor transmitente hubiera de satisfacer la deuda. En este caso, el acreedor inicial notificado –que respecto de esta segunda prenda puede ser el tercero al que se refiere la letra b) del artículo 12.1 LDRG- o el tercero depositario debería transmitir la posesión del objeto gravado -porque la primera prenda quedó extinguida- al nuevo acreedor pignoraticio -el vendedor-, o al tercero que de acuerdo con el comprador se hubiera convenido. Pero el artículo 14.1 LDRG prohíbe la pignoración de una cosa empeñada. En consecuencia, no es posible constituir otra prenda sobre el mismo objeto en garantía del crédito del vendedor por la retención o el descuento en el precio de venta de la cosa empeñada. Este es uno de los aspectos en los que se detecta la excesiva rigidez de la que, a mi juicio, adolece la prohibición contenida en el artículo 14.1 LDRG<sup>190</sup>. Evidentemente, aunque complicado, también sería posible asegurar esa obligación con cualquier otra garantía, concretamente mediante una prenda sobre otro objeto, si se tuviera disponible.

### **2.2.3. El libre poder de disposición del pignorante**

El artículo 12.1, a) LDRG se refiere de una manera general al libre poder de disposición del pignorante sobre la cosa que ofrece en prenda, como requisito objetivo de la garantía.

---

<sup>190</sup> Al respecto véase CAP II, § 1, 2.2.3.4.

### 2.2.3.1. La libertad dispositiva como fundamento de la protección del crédito

La facultad dispositiva es un elemento integrante de los derechos subjetivos patrimoniales. El poder de disposición es la legitimación que tiene un determinado sujeto para actuar con eficacia sobre un derecho, “Es la facultad que, basada en una determinada situación jurídica principal, atribuye al titular de la facultad la posibilidad de realizar actos jurídicos eficaces sobre la citada situación jurídica”<sup>191</sup>.

La facultad de disposición, su plena y definitiva eficacia, tiene como presupuesto la capacidad de obrar legal, a su vez, presupuesto jurídico de la válida actuación del sujeto, que se fija o determina atendiendo a la capacidad de autogobierno de éste y a la naturaleza del acto cuya realización se pretende<sup>192</sup>. Desde este punto de vista, el poder de disposición se presenta como un elemento negativo y posterior, esto es, presupuesta la plena capacidad de un determinado sujeto, la restricción o la ausencia de su libertad dispositiva limita su autonomía privada en el ejercicio de sus derechos con relación a esa cosa concreta<sup>193</sup>.

---

<sup>191</sup> **POZO CARRASCOSA:** *El sistema...*, p. 99. **RAMOS CHAPARRO, ENRIQUE:** *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 292: “Las facultades dispositivas están accidentalmente en la persona, como elementos integrantes de sus derechos subjetivos patrimoniales, y, por tanto, pertenecen de suyo al ámbito de la subjetividad pasiva concreta (en cuanto son atribuciones de poder jurídico sobre bienes determinados) y no al de la potencial subjetividad activa (o capacidad de obrar)”.

<sup>192</sup> Es decir, capacidad de obrar y poder de disposición son conceptos jurídicos diferentes, que actúan en ámbitos diferentes, aunque íntimamente conectados entre sí, de manera que quien carece de poder de disposición ve limitada su autonomía privada (no su capacidad de obrar), la posibilidad de ejercitar su derecho con plena eficacia. **POZO CARRASCOSA:** *El sistema...*, p. 100: “si la capacidad de obrar es requisito de validez de un acto, el poder de disposición lo es de eficacia; ello es patente en el artículo 1160 CC, en el que la transmisión de un derecho sólo se produce, sólo es eficaz, si el transmitente tiene la libre disposición del mismo”.

<sup>193</sup> **RAMOS CHAPARRO:** *La persona...*, p. 293: “La incapacidad de obrar, por su parte, aunque no anula ni extingue el poder dispositivo, impide *a priori* su ejercicio personal, porque es, precisamente, un límite intrínseco de la función activa de la subjetividad, previo e independiente de las titularidades que correspondan al sujeto”.

En el derecho real de prenda, la protección del crédito que se asegura encuentra su fundamento en la libertad dispositiva del pignorante, cuyo objetivo se encuentra procurar la eficacia de la garantía que, de otro modo, quedaría comprometida. Ello es así porque la válida constitución de la prenda implica un acto de disposición de un bien o unos bienes muebles determinados por parte del pignorante, quien los somete voluntariamente al riesgo de una enajenación en caso de que el deudor no cumpla en su momento la obligación con ellos garantizada y el titular del derecho real decida instar la realización de su valor. Por ello, por la finalidad a que sirve la garantía, la LDRG requiere de quien entregue una cosa en prenda que pueda disponer libremente de la misma. Limitado dicho poder específico por cualquier circunstancia, el sujeto carece de habilitación para llevar a cabo este concreto negocio jurídico y constituirse en pignorante, con relación a ese objeto<sup>194</sup>. Dicho de otra forma, la LDRG excluye la posibilidad de constituir prenda sobre objetos cuyas particulares circunstancias no los haga idóneos para aportar la garantía para la que se constituye el derecho. Por tanto, puesto que la garantía que proporciona el objeto depende del poder de disposición que sobre el mismo tenga el pignorante, puede darse en prenda todo bien de naturaleza mueble susceptible de posesión del que se pueda disponer<sup>195</sup>. No obstante, desde este punto de vista objetivo, la posibilidad de disponer de un bien determinado depende de la aptitud jurídica que para ello tenga ese concreto bien<sup>196</sup>.

---

<sup>194</sup> **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 454: “Resulta claro que si la cosa no puede ser vendida, carece de aptitud para soportar el gravamen que la garantía real presenta”. Es, pues, evidente que si el bien mueble no puede enajenarse la garantía se constituye vacía de contenido, vacía de seguridad, ya que ni es posible realizar el valor de la prenda ni el acreedor puede apropiarse del objeto (art. 19 LDRG).

<sup>195</sup> Así pues, el propietario pleno de una cosa mueble puede pignorar este derecho o solamente su usufructo, su nuda propiedad, una cuota indivisa, sin necesidad de desmembrar, hasta el momento de la realización, los derechos o las cuotas empeñados. Así lo aclara **ÁVILA NAVARRO, PEDRO:** *La hipoteca...*, p. 14.

<sup>196</sup> En términos generales, la posibilidad de disponer de determinados bienes sólo es posible en determinados supuestos o en determinadas circunstancias (cfr. arts. 107, 108.1º y 2º LH); mientras que respecto de otros la ausencia de poder de disposición es absoluta (arts. 36 LUUH, 525 CC Y 108.3º LH). **ROCA SASTRE, RAMÓN M<sup>a</sup> - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS:** *Derecho Hipotecario*, t. III, octava edición, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1995, p. 474: “No puede hablarse de una verdadera prohibición de disponer cuando se trata de derechos o bienes que por su destino o servicio no sean susceptibles de actos de disposición, por estar adscritos a determinadas personas como tales o hallarse

### **2.2.3.2. Los límites al poder de disposición: la existencia de interés justo y legítimo**

En la mayor parte de los casos, la ausencia de poder de disposición para dar la cosa en prenda se originará por la falta de titularidad de quien pretenda realizar el acto dispositivo. No siendo esta la causa, la falta de poder de disposición puede tener su origen en una prohibición de disponer.

Los límites al poder de disposición se establecen a través de la categoría plural de las prohibiciones de disponer, en favor de intereses personales o patrimoniales diversos y heterogéneos<sup>197</sup>; diversidad de razones que impiden

---

fuera del comercio de los hombres”. Igualmente, **CALATAYUD SIERRA: Comentarios...**, p. 648: “Cuando el derecho que se atribuye no comprende la facultad de disponer (como en los derechos de uso o habitación), está claro que no nos encontramos ante una prohibición de disponer, cuya existencia requiere que el derecho atribuido permita en principio realizar actos de disposición”. Sin embargo, la idoneidad de un bien o derecho para ser objeto de disposición deriva únicamente de su concreta consideración jurídica; de manera que cualquier bien físicamente disponible puede no serlo jurídicamente porque se encuentre afectado por una prohibición de disponer de carácter absoluto. Sobre el tema de la transmisibilidad de los derechos de uso y de habitación, el artículo 36 LUUH ha optado por la negativa al disponer que “El usuario y el habitacionista no pueden enajenar su derecho” (art. 36.1), y que “No obstante lo establecido en el apartado 1, el usuario y el habitacionista pueden dar su consentimiento a la constitución de una hipoteca sobre el bien de que se trate, en cuyo caso la ejecución de la hipoteca comporta la extinción del derecho” (art. 36.2). En cambio, en el ámbito del Código Civil, la cuestión de la transmisibilidad de estos derechos no está doctrinalmente zanjada todavía; los términos de la cuestión se centran en determinar si la prohibición contenida en el artículo 525 CC es un elemento constitutivo del tipo, o si, de acuerdo con el contenido del artículo 523 CC, es tan solo una norma supletoriamente aplicable en defecto de la voluntad contraria del constituyente. En defensa de la tesis excluyente se aduce que con la cesión se frustra la finalidad misma de la atribución, impidiendo la satisfacción directa de las necesidades del usuario o habitacionista. En contra se argumenta que la finalidad del artículo 525 es sólo marcar las diferencias con el usufructo y que el propietario es libre de disponer de aquello que exceda de la capacidad de goce del usuario o habitacionista. A favor de la transmisibilidad se sitúan **ALBALADEJO: Derecho**, t. III..., p. 98; **CASTÁN TOBEÑAS: Derecho...**, p. 74. En contra p. 285; **DÍEZ-PICAZO – GULLÓN: Sistema...**, p. 435; **RAMS ABESA, JOAQUÍN**, en **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS Y OTROS: Elementos de Derecho Civil**, t. III, v. 2º, segunda edición, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1991, p. 112.

<sup>197</sup> El Derecho Civil contempla diversas y heterogéneas normas limitativas de las facultades dispositivas del individuo, cuyo recuento y sistematización ha sido doctrinalmente considerado falto de interés científico y de utilidad práctica. Así lo entienden **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL: Derecho Hipotecario**, t. III..., p. 467, para quienes la prohibición de disponer “Es la privación o restricción del poder de disposición que lleva anejo un derecho subjetivo y que impide que éste pueda ser enajenado, gravado

establecer un único fundamento jurídico de la prohibición, que, no obstante y en términos generales, puede encontrarse en la protección de ciertos intereses externos, ajenos al concreto sujeto cuya facultad de disposición se limita, pero considerados prevalentes<sup>198</sup>.

De una forma general, la prohibición de disponer resulta plenamente oponible cuando venga dispuesta por la ley, cuando conste inscrita en el registro correspondiente, como sucede en el caso de la prohibición de disponer sobre bienes muebles vendidos a plazos e inscrita en el Registro de Bienes Muebles (cfr. art. 15 LVP); cuando conste en instrumento público o cuando se demuestre que la persona frente a quien se pretende hacer valer conocía su existencia.

Es indiferente si la prohibición de disponer es de origen legal, judicial o administrativo, o voluntario, de la misma forma que tampoco importa si la prohibición voluntaria se estableció en acto a título oneroso o gratuito<sup>199</sup>. En cualquier caso, como ha quedado dicho, el valor jurídico de la prohibición de disponer responde y se supedita a una causa razonable, que tanto puede ser el beneficio de la colectividad como la ventaja o provecho de un determinado sujeto<sup>200</sup>. Sin embargo, este aspecto causal, la existencia de causa que justifique la limitación del poder de disposición del sujeto y condicione su eficacia tiene mayor relevancia cuando se trata de prohibiciones de disponer de

---

o de otro modo ser objeto de disposición, con mayor o menor amplitud o sin llenar determinados requisitos”. Según **RAMOS CHAPARRO**: *La persona...*, p. 296, “El fundamento de las prohibiciones no puede reducirse (de forma científica) a unos pocos enunciados o principios generales, porque, indudablemente, la modalidad prohibitiva de la norma es la más utilizada para lograr su eficacia social organizadora”

<sup>198</sup> Esta distinción, el establecimiento de límites o prohibiciones en beneficio de intereses propios o ajenos es, precisamente lo que diferencia la incapacidad de obrar de la prohibición, o la plena capacidad legal del poder de disposición.

<sup>199</sup> Los arts. 26 y 27 LH establecen que sólo tienen eficacia real las prohibiciones de disponer en acto gratuito. No obstante, excepcionalmente alguna ley permite imponer prohibiciones de disponer en acto oneroso (cfr. arts. 7.11, 15.1 y 3, 16.3 LVP)

<sup>200</sup> Sin que con ello quiera decirse que la prohibición atribuya derecho subjetivo alguno a la persona o personas favorecidas.

origen voluntario<sup>201</sup>. Con ello se quiere decir que las prohibiciones de disponer voluntarias sólo han de considerarse eficaces cuando respondan a una causa o motivo válido y lícito, entendiendo como tal la protección de determinados intereses o personas. La ausencia de justa causa de la prohibición la convierte en inútil y excesivamente onerosa y, por tanto, carente de fuerza jurídica, esto es, sin ninguna trascendencia jurídica para el afectado<sup>202</sup>

La exigencia de interés justo y legítimo, a cuyo servicio se impone la prohibición, es un requisito que de forma específica y expresa demandaba el artículo 177 CDCC, precursor del actual artículo 166 CS, cuya materia eran las prohibiciones y limitaciones de disponer por causa de muerte. Según aquel precepto, la eficacia de la prohibición o limitación de disponer depende de si “responde a una razón lícita o al designio de beneficiar o tutelar a alguien, aunque sea el afectado por la prohibición; de otra forma constituirá mera recomendación”. Sin embargo, el actual artículo 166 CS ha suprimido la referencia a la necesidad de razón lícita, lo que ha hecho que se plantee la duda de si esa supresión literal conlleva o no la del requisito. Al respecto la doctrina catalana, ha entendido que actualmente persiste el requisito de la razón o causa lícita para que la prohibición de disponer tenga la fuerza que jurídicamente le corresponde, no sólo porque tradicionalmente así se ha venido exigiendo en todos los ámbitos, sino, también, porque así parece deducirse de la necesaria “finalidad” causal que impone el artículo 161 CS, como característica general de los modos. Se entiende, por tanto, que, en caso contrario, cuando la prohibición no responda a un interés justo y legítimo, se

---

<sup>201</sup> **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL**: *Derecho Hipotecario*, t. III..., p. 489: “Cuando la prohibición de disponer sea establecida por la ley naturalmente será eficaz, pues hay que estimar que el legislador se mueve por consideraciones fundadas. Lo mismo hay que entender en las prohibiciones de disponer decretadas por resolución judicial y administrativa dentro de los supuestos legales. Pero en las prohibiciones de disponer voluntarias, aparte de otras consideraciones, y del requisito de su temporalidad, es cuando la existencia de una razón fundada que justifique la prohibición de disponer es indispensable apreciarla para reconocer a la prohibición eficacia jurídica”.

<sup>202</sup> En este sentido **ROCA I TRIAS, ENCARNA**, en **AAVV**: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por **ALBALADEJO, MANUEL**, t. XXVIII, v. 1º, Edersa, Madrid, 1990, p. 292.



tratará de una mera recomendación de no disponer, sin eficacia jurídica (cfr. art. 166.3º CS)<sup>203</sup>.

En cualquier caso, la prohibición o limitación de disponer no puede ser perpetua ni exceder de los límites establecidos para las sustituciones fideicomisarias (cfr. arts. 166 y 204 CS y arts. 781 y 785 CC), lo que no impide que pueda imponerse para toda la vida del gravado.

De acuerdo con lo dicho, cuando la prohibición no respete los límites temporales o no obedezca a alguna razón lícita no surtirán efecto (cfr. arts. 165.1º y 166.1º CS y art. 785.2º CC).

### **2.2.3.3. La prohibición de disponer de vigencia limitada. La viabilidad de la prenda**

Las prohibiciones de disponer no siempre afectan al poder de disposición en todas sus manifestaciones, sino que muy bien pueden referirse, de forma específica, a la posibilidad de gravar o de enajenar determinado objeto, en determinadas condiciones o en un determinado momento.

En principio, cuando la prohibición impida indefinidamente el gravamen o la enajenación de la cosa, la prenda no será viable en ningún caso<sup>204</sup>. Pero

---

<sup>203</sup> **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS:** *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, v. III, quinta edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 393. **CALATAYUD SIERRA, ADOLFO**, en **AAVV: Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre**, coordinado por **JOU I MIRABENT, LLUÍS**, t. I, Bosch, Casa Editorial, S.A, Barcelona, 1994, p. 653, considera “defendible entender que la supresión se debe a que no se ha creído que tal requisito deba mantenerse, ya que no debe presumirse que el legislador suprime alguna exigencia para que continúe vigente o que lo que haga sea inútil (...) Lo que sucede es que esta conclusión lleva a una extraña paradoja, y es que en el ámbito del Derecho Común, donde esta exigencia no venía establecida en precepto alguno, la mejor doctrina y la mayor parte de la Jurisprudencia ha estimado que el requisito causal rige también allí; con lo cual, tendríamos que en Cataluña, que es precisamente donde la tradición y la ley venían imponiendo su exigencia, sería la única región española donde no sería aplicable”.

<sup>204</sup> **ALBALADEJO:** *Derecho*, t. III..., p. 243; **ESCRICHE, JOAQUÍN:** Voz «PRENDA», *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Nueva edición formulada y considerablemente aumentada... Por los Doctores D. José Vicente Caravantes y D. León



cuando por decisión legal o por voluntad de los particulares la prohibición se encuentre sometida a condición o a término habrá que atender a ésta circunstancia para determinar la posibilidad de pignoración. Concretamente, respecto de la prohibición de vender la doctrina mayoritaria estima que el momento de apreciar la capacidad objetiva de la cosa para ser vendida, esto es, la libertad dispositiva del pignorante, no es el de la constitución de la garantía, sino que es el del vencimiento de la obligación, en nuestro caso, el momento en que sea posible instar la realización de la prenda<sup>205</sup>. Por tanto, pueden ser objeto de prenda los bienes muebles afectados por una prohibición de enajenar temporal, si al vencimiento de la obligación garantizada la prohibición se hubiera extinguido y la garantía puede realizarse; se considera que la garantía constituida no obstante la limitación es válida porque la limitación en la disposición de la cosa no la convierte en no enajenable ni impide su realización o ejecución<sup>206</sup>.

El debate surge cuando al vencimiento de la obligación asegurada la prohibición de enajenar persiste. Por un lado se entiende que el acreedor pignoraticio habrá de esperar y que no puede realizar su derecho real de

---

Galindo y de Vera, Imprenta de Eduardo Cuesta, v. 4<sup>º</sup> y último, Madrid, 1876, pp. 635 a 637, p. 635 .

<sup>205</sup> **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 455; **SERRANO ALONSO:** *Comentario...*, p. 1879. **ALBALADEJO:** *Derecho*, t. III..., p. 243, admite la constitución del gravamen cuando existe una prohibición de vender, pero entiende que “si la prohibición no es de *vender*, sino de *disponer* o aun solamente de *gravar*, impedirá hipotecar, ya que el que hipoteca (omisión hecha del riesgo de que la cosa sea vendida en ejecución de la hipoteca) *dispone* o *grava*”.

<sup>206</sup> **SCAEVOLA:** *Código...*, p. 467: “Se podrá argüir que la Ley Hipotecaria y el Código civil exigen el requisito de que la cosa sea enajenable y no lo sería por obra y gracia de la prohibición legal o voluntaria; pero a esto habrá que oponer que los bienes, cuando tienen la condición de enajenables, no pueden perder esa condición a no ser que por una razón de conveniencia pública entren a formar parte del pro común (bienes públicos, usos públicos, comunes), porque la nota de enajenabilidad de los bienes es de esencia, institucional, y esta nota no se pierde por la razón de que exista una prohibición eminentemente temporal de enajenar que no afecte para nada a su condición intrínseca”. En el mismo sentido **SERRANO ALONSO:** *Comentario...*, p. 1879: “tal limitación no convierte la cosa en *extra commercium* y por tanto reúne la condición legalmente establecida, siempre que el acreedor que la recibe conozca tal limitación y la acepte”. Se niega, pues, la viabilidad del gravamen cuando la limitación tenga un carácter indefinido.

garantía sino después de extinguida la prohibición<sup>207</sup>. Pero otra opinión admite el ejercicio de la facultad de realización que la ley atribuye al titular del derecho de garantía, no obstante la vigencia de la limitación, al considerar que el acreedor pignoraticio es un tercero ajeno a la prohibición previamente establecida, y que, de no verse así, se estaría admitiendo la constitución de derechos de garantía vacíos de su natural contenido<sup>208</sup>.

Efectivamente, la realización del valor de la garantía es uno de los efectos esenciales del derecho real de prenda. Esta posibilidad mantiene al acreedor pignoraticio en la seguridad de que la obligación garantizada se cumplirá, de una forma voluntaria o forzosamente. Sin embargo, aunque la facultad de realización corresponda al titular de la garantía, como efecto esencial derivado de la misma, esta facultad sólo implica la posibilidad de forzar la enajenación de la cosa empeñada, aún en contra de la voluntad de su propietario. Es decir, no es el acreedor pignoraticio quien vende la cosa empeñada, sino el pignorante, el propietario, cuyo poder de disposición sobre la cosa se encuentra limitado en cuanto a la enajenabilidad. Por otra parte, la realización del valor en la prenda tiene como presupuesto la válida existencia de esta garantía y el incumplimiento de la obligación que asegura. Y la prenda sólo existe si se ha constituido válidamente, esto es, cuando el negocio se haya llevado a cabo por la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos para ello. Y entre estos requisitos esenciales se encuentra “el libre poder de disposición de la cosa por parte de la persona pignorante” (art. 13.1, a) LDRG). Es cierto que si se permitiera la constitución de un derecho sin posibilidad de

---

<sup>207</sup> **SCAEVOLA**: *Código...*, p. 467, quien aplica los mismos argumentos para la prenda y la hipoteca: “es perfectamente válida la hipoteca constituida de la manera citada. En el derecho de hipoteca hemos de ver dos momentos perfectamente diferenciados: a) el de su constitución, y b) el de su ejecución (...) La garantía puede constituirse *ab initio*, porque el acto es válido *ab initio* también. Ahora bien, lo que no se podrá es ejecutar la finca hipotecada, porque la limitación legal afecta a su negociabilidad, que dejará de estarlo cuando el día llegue (...) Lo que pasa es que la hipoteca asegura una obligación actual pero que no se podrá hacer efectiva porque las partes admiten la suspensión hasta que la prohibición desaparezca”.

<sup>208</sup> **SERRANO ALONSO**: *Comentario...*, p. 1879: “si se acepta que el acreedor no puede proceder a la ejecución de la prenda se habría constituido un derecho de garantía privado de su esencial facultad lo que no tiene sentido”.

ejercitar las facultades que le son propias, quedaría privado de su natural contenido. Pero esto no es lo que se permite. Lo que se admite –aunque la LDRG parece prescribir lo contrario- es la constitución de un derecho real de prenda sobre un objeto respecto del cual el pignorante tenga limitado su poder de disposición en orden a su enajenabilidad, siempre que esta limitación desaparezca en el momento esencial de realización de la garantía. En este caso, es posible mantener la flexibilidad en la aplicación de la norma, porque el resultado no perjudica ni a los intereses de las partes ni a los de terceras personas. Pero aceptar la posibilidad de realizar la prenda a pesar de la existencia de un límite a la libre enajenabilidad del objeto afectado, es, a mi juicio, lo mismo que admitir la vulneración a la Ley, concretamente al artículo 12.1, a) LDRG, y aceptar el fraude a ciertos derechos e intereses que, si bien pueden resultar ajenos a la existencia del derecho real de prenda, son igualmente merecedores de la atención y protección que el ordenamiento jurídico proporciona.

#### **2.2.3.4. Prohibiciones de empeñar bienes anteriormente gravados por garantía real**

La LDRG contiene una limitación al poder de disposición que atiende a la situación jurídica en la que se encuentra el bien mueble afectado por un derecho real de prenda posesoria. El artículo 14.1 LDRG prohíbe expresamente que una cosa pignorada vuelva a pignorarse. Este precepto declara la ineptitud jurídica del objeto ya afectado por una garantía pignoraticia para volver a pignorarse en seguridad de otro crédito, aunque éste hubiera sido contraído con anterioridad al inicialmente asegurado o que fuera de vencimiento anterior. Por imperativo del artículo 14.1 LDRG, el bien mueble afectado en prenda queda sustraído a la libre disponibilidad del pignorante, perdiendo su idoneidad para ser afectado nuevamente en garantía en tanto no se extinga su gravamen. Como resultado, no puede constituirse más de una prenda sobre un mismo objeto, lo que no impide que la cosa empeñada responda del cumplimiento de más de una obligación (cfr. arts. 13.2 y 3 LDRG).

A mi juicio, la prohibición contenida en el artículo 14.1 LDRG es un tanto rígida. Ciertamente, la imposibilidad de empeñar una cosa ya pignorada puede obedecer a razones de orden práctico, para dotar a la institución de la “mayor sencillez y seguridad posibles y evitar situaciones que conducirían a colisiones de derechos y que en el momento de la ejecución crearían un confusionismo perjudicial para el buen desarrollo de ambas” (Exposición de Motivos de la LHM, XII, cfr, arts. 2, 12.2 y 55.2 LHM)<sup>209</sup>. Pero entiendo que el margen de disposición del pignorante respecto del objeto empeñado resulta demasiado limitado, ya que, si bien es cierto que con esta medida se pretende reforzar la seguridad del crédito, resulta demasiado gravosa para el pignorante, quien, de otra forma, podría disponer del objeto para afectarlo nuevamente en garantía de otro crédito, especialmente cuando el acreedor pignoraticio lo consintiera o cuando el valor del bien afectado por el gravamen excediera en mucho del importe de la obligación cuyo cumplimiento garantiza<sup>210</sup>. Además, la regulación de la prenda ya pone a disposición de las partes mecanismos de oponibilidad de la garantía y, por tanto, de seguridad del crédito garantizado, como son el mantenimiento en el pignorante o en el tercero de la posesión del objeto gravado (cfr. arts.18. y 3 LDRG), la utilización del instrumento público como mecanismo formal acreditativo del contenido y de los límites del gravamen (art. 12.2 LDRG), y el carácter preferente del crédito pignoraticio (arts. 2.2 LDRG), 1922.2º y 1926.1ª CC). Quizás, en este caso, la prohibición de disponer supone una limitación a las posibilidades del crédito y, por tal razón, hubiera sido

---

<sup>209</sup> Esta es la justificación al artículo 2 LHM que se contiene en su Exposición de Motivos, y que muy bien podría haber inspirado al legislador de la LDRG, cuya intención fue, igualmente, dotar de agilidad y sencillez al desarrollo de la garantía. En general, el propietario de la cosa tiene poder de disposición sobre la misma, y lo puede ejercitar, por ejemplo, gravándola en prenda e, incluso, una vez empeñada, transmitiendo su propiedad. Pero, por razones de seguridad del tráfico, análogas a las que se exponen en la Exposición de Motivos de la LHM, una vez empeñada la cosa y mientras se mantenga el gravamen, no podrá constituirse otra prenda sobre el mismo objeto, como límite al ejercicio del libre poder de disposición del pignorante.

<sup>210</sup> **SÁNCHEZ ROMÁN:** *Estudios...*, t. IV, p. 974: “No se puede empeñar una cosa á un acreedor, después de empeñada á otro, sin el consentimiento de éste, salvo el caso de que su valor sea suficiente á garantizar los dos créditos; y tanto en el caso en que se empeñara al segundo acreedor sin consentimiento del primero, como en el de recaer la prenda sobre cosa ajena ignorándolo el acreedor, estará obligado el deudor á dar otra prenda equivalente al segundo cuando la primera no ofreciere solvencia bastante para los créditos á cuya seguridad se aplican”.

aconsejable aprovechar la reciente reforma legislativa para su supresión (cfr. Exposición de Motivos LHM)<sup>211</sup>.

La LHM también establece ciertas limitaciones al poder de disposición que afectan directamente al derecho real de prenda. Así, el artículo 55.2º prohíbe entregar en prenda con desplazamiento los bienes muebles gravados con prenda sin desplazamiento o con hipoteca; y, a la inversa, el artículo 2 prohíbe constituir hipoteca o prenda sin desplazamiento posesorio sobre bienes pignorados, excepto que aquel derecho se constituya en garantía de un precio aplazado.

### **2.2.3.5. Prohibiciones de disponer sobre acciones o sobre participaciones sociales**

Según los artículos 62 LSA y 28 LSRL no es posible la transmisión o entrega de acciones ni de participaciones sociales<sup>212</sup>, respectivamente, hasta la

---

<sup>211</sup> No obstante, para **SCAEVOLA: Código...**, p. 388, “una cosa mueble no puede soportar dos pignoraciones, en atención a que la prenda exige inexorablemente el traslado posesorio al acreedor o a un tercero, y como contrato *re* exige la entrega de la cosa. No puede admitirse una segunda prenda, porque no puede ponerse la cosa en poder u posesión de dos acreedores al mismo tiempo”. La misma idea en **MANRESA Y NAVARRO: Comentarios...**, p. 548. De opinión contraria **CARRASCO PERERA: Tratado...**, p. 821: “No sería un obstáculo el hecho de que la constitución de la segunda prenda exigiese la desposesión del deudor, pues, por hipótesis, ésta se produjo con la constitución de la primera prenda. Podría, pues, entenderse que las partes del segundo contrato de prenda podrían designar al primer acreedor pignoraticio como depositario de la segunda prenda o, también, que si la primera prenda estaba siendo poseída por un tercero, éste es también el tercero designado en la segunda prenda (cfr. art. 1863 CC). Doctrinalmente ambas posibilidades son admitidas, siempre que preste su consentimiento el primer acreedor pignoraticio”. La misma idea en **GUILARTE ZAPATERO: Comentarios...**, p. 500; **SERRANO ALONSO: Comentario...**, p. 1876.

<sup>212</sup> **VICENT CHULIÁ, FRANCISCO: Introducción al Derecho Mercantil**, 14ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 281: “La acción es la participación que recibe el socio en la S.A. a cambio de su aportación. En ella cabe distinguir tres aspectos distintos: 1) parte alícuota directa del capital social (art. 47) e indirecta de la totalidad del patrimonio neto o «capital propio» o «fondos propios»; 2) conjunto de derechos y obligaciones o condición de socio, y 3) posible *valor (negociable)*, representado por un *título valor* o por una *anotación en cuenta o registro informático*”. En el mismo sentido **URÍA, RODRIGO – MENÉNDEZ, AURELIO – GARCÍA DE ENTERRÍA, JAVIER: “La sociedad anónima: principios fundamentales”**, en **AAVV: Curso de Derecho Mercantil**, v. I, Cívitas, Madrid, 1999, pp. 765 a 781, p. 778; **SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO: Instituciones de Derecho Mercantil**, v. I, (Introducción, Empresa y Sociedades), vigésima primera edición, Mc GraW Hill, Madrid,

1998, p. 313; **CAMPO GÜERRI, MIGUEL ÁNGEL**: “El embargo de participaciones sociales y títulos valores”, en **AAVV: Los procesos especiales**, dirigido por **ORTIZ NAVACERRADA, SANTIAGO**, Estudios de Derecho Judicial, 30-2000, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 69 a 129, p.74. **VICENT CHULIÁ: Introducción...**, p. 506: “Las participaciones sociales constituyen, además de la expresión de la relación contractual societaria, como ya hemos expuesto, una parte alícuota del capital social, e indirectamente, del patrimonio neto social, y el conjunto de derechos y obligaciones que integran la condición de socio de la S.L.”. En el mismo sentido **URÍA, RODRIGO - MENÉNDEZ, AURELIO – IGLESIAS PRADA, JUAN LUIS**: “La sociedad de responsabilidad limitada. Las participaciones sociales: I. Configuración y representación”, en **AAVV: Curso de Derecho Mercantil**, v. I, Cívitas, Madrid, 1999, pp. 1071 a 1086, p. 1071; **SÁNCHEZ CALERO: Instituciones...**, v. I, p. 463; **CAMPO GÜERRI**: “El embargo...”, p. 73. Tanto la acción como la participación se consideran bienes de naturaleza mueble, dentro de comercio y susceptible de posesión, con lo que cumplen los requisitos exigidos por la LDRG para que sean objeto de garantía real posesoria (cfr. art. 1864 CC). La especialidad de estos tipos de prenda radica en su objeto, porque tanto la acción como la participación no sólo representan una parte del capital social, sino que atribuyen a su titular una cualidad en la que se integran un conjunto de derechos de distinta naturaleza (cfr. arts 47 y 48 LSA, y 5.1 LSRL). Como ha puesto de relieve la doctrina mercantilista, entre acciones y participaciones existen semejanzas sustanciales que justifican el análisis conjunto de algunos de sus aspectos. Así, **NIETO CAROL, UBALDO**: “La prenda de participaciones de sociedades de responsabilidad limitada”, en **AAVV: Garantías reales mobiliarias**, dirigido por **NIETO CAROL, UBALDO**, Estudios de Derecho judicial, 8-1998, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, pp. 127 a 173, p. 137: “aunque existen diferencias entre la acción y la participación social (...) en ambos casos estamos ante la representación de una parte del capital social y el reconocimiento de la condición de socio. La principal diferencia se concreta en que mientras la acción está incorporada a un documento o representada mediante anotación en cuenta y constituye un valor mobiliario (art. 51 LSA), la participación no tiene el carácter de valor, ni puede estar representada por medio de títulos ni de anotaciones, ni denominarse acciones porque lo prohíbe expresamente el art. 5.2 LSRL (...). Esta semejanza entre acción y participación es fruto de la propia aproximación entre los regímenes aplicables a la sociedad anónima y a la sociedad limitada”. **URÍA, RODRIGO: Derecho mercantil**, Marcial Pons, Madrid, 1990, p. 446: “La participación es, en el fondo, una especie de acción no documentada. La misma previsión de la Ley al prohibir expresamente que se dé a las participaciones sociales la denominación de acciones, demuestra claramente hasta qué punto pesaban en el legislador las analogías entre ambas instituciones”. En este último sentido **MEJÍAS GÓMEZ, JAVIER**: “Prenda de participaciones sociales y de acciones representadas mediante títulos, en **AAVV: Tratado de garantías de la contratación mercantil**, coordinado por **NIETO CAROL, UBALDO – MUÑOZ CERVERA, MIGUEL**, t. II, *Garantías reales*, v. 1 *Garantías mobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 595 a 669, p. 600; **MORENO DE LA SANTA GARCÍA: Prenda...**, p. 122. La propia LSRL es consciente de esa similitud, como se declara en su Exposición de Motivos I, 2. 2º: “Ciertamente, en algunas materias el texto legal reproduce –a veces, con precisiones técnicas– determinados preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas, o contiene remisiones a concretos artículos de la misma. Pero ni esta ley, ni cualquier otra mercantil especial, tienen el carácter de derecho supletorio”; y en Exposición de Motivos II, 1: “Por supuesto, esta forma social coincide con la sociedad anónima tanto en la estructura corporativa como en la limitación de la responsabilidad de los socios. Pero la limitada no es una «pequeña anónima» del mismo modo que tampoco es una colectiva cuyos socios gocen del beneficio de la limitación de responsabilidad”. En contra de esta opinión **BROSETA PONT, MANUEL: Manual de Derecho Mercantil**, décima edición, Tecnos, Madrid, 1994, p. 365: “a diferencia de la acción, la participación ni incorpora ni atribuye directamente la condición de socio,

inscripción de la sociedad o del acuerdo de aumento de capital social en el Registro Mercantil (cfr. arts. 7 y 144.2 LSA)<sup>213</sup>. Por tanto, según estos preceptos, el socio tiene limitado el poder de disposición de sus acciones o participaciones sociales procedentes de escritura fundacional o de aumento de capital, y no podrá constituir sobre ellas garantía pignoratícia mientras no se cumpla con el requisito de la inscripción del negocio que las crea en el Registro Mercantil, porque hasta ese momento, al faltar la personalidad jurídica de la sociedad, se consideran objetos fuera de comercio<sup>214</sup>.

---

sino que se limita a configurar la posición jurídica que se adquiere por ser parte, originaria o derivativa, en el contrato social. La participación no viene a ser así algo «materializado» o «despersonalizado» como la acción, sino un modo unitario de definir y principalmente de medir un conjunto de derechos y de obligaciones que corresponden a un sujeto, por el hecho de ser parte de una relación jurídico-social”. Parece adoptar una posición intermedia **SÁNCHEZ CALERO: Instituciones...**, v. I, p. 459: “en estos dos tipos sociales existen como vimos, elementos estructurales comunes, lo que nos lleva al resultado de que en ciertos aspectos su régimen es semejante cuando no prácticamente idéntico. Pero la presencia de elementos estructurales característicos de cada tipo social permite marcar una línea divisoria entre ambos tipos, por medio de elementos a los que ya nos hemos referido, que no pueden franquearse y que son precisamente los que originan la especificidad de cada uno de ellos”.

<sup>213</sup> **MEJÍAS GÓMEZ: “Prenda...”**, p. 607: “Debemos estimar que la circunstancia prohibida por el artículo 62 LSA es la transmisión de acciones procedentes de aumento de capital dimanante de escritura no inscrita, en tanto las acciones hubieran de entregarse, pero no cuando sea innecesaria tal entrega al mantenerse los antiguos títulos variando tan sólo su valor nominal”.

<sup>214</sup> **MEJÍAS GÓMEZ: Prenda...**, p. 73: “Entre las razones esgrimidas tradicionalmente para prohibir la transmisión de acciones en estas circunstancias –basadas fundamentalmente en el texto del antiguo art. 51 LSA- se encontraban, entre otras, las de garantizar el cumplimiento del desembolso de las acciones suscritas, eliminar el peligro de especulaciones sobre la base de asunción de las acciones en el periodo fundacional, momento en el que no se sabe si la sociedad llegará o no a constituirse, y la consideración de que, al faltar la personalidad jurídica a la sociedad, las acciones no constituyen cosas aptas para ser enajenadas, es decir, no son elementos patrimoniales negociables”. Para **MORENO DE LA SANTA GARCÍA: Prenda...**, p. 109, “hasta que dicha inscripción no se produzca, la acción no habrá nacido y, por tanto, no podrá ser objeto de un derecho real de garantía por no admitirse la prenda de cosa futura en nuestro Derecho, ya que al requerirse la transmisión de la posesión, ésta es imposible en el supuesto de un bien que no existe todavía”. A pesar de ello, este mismo autor, obra cit., p. 112, considera que “sin embargo, sí podría realizarse una prenda de créditos sobre los derechos propios del suscriptor derivados de esas «acciones en potencia» y posteriormente sustituirse por una prenda sobre las acciones, pero esto conllevaría la necesidad de realizar dos negocios jurídicos con la incomodidad de una doble comparecencia y una doble intervención de fedatario público”. **CAMPO GÜERRI: “El embargo...”**, p. 90, rebate los argumentos esgrimidos a favor de la prohibición; por una parte, entiende que “La sociedad existe y tiene personalidad jurídica antes de la inscripción de la escritura de constitución (...) Como consecuencia de lo anterior, las acciones y las participaciones sociales, aún antes de la inscripción de la sociedad en el RM, ya existen y son elementos patrimoniales negociables”; y, por otra parte, considera que el argumento que se basa en el peligro de



El límite al poder de disposición del socio en esta circunstancia ha sido contundentemente observado por la jurisprudencia, que ha declarado la nulidad radical del contrato en cualquier concepto<sup>215</sup>. Sin embargo, el TS ha variado su tendencia, en sentencia de 16 de julio de 1992, admitiendo la posibilidad de contratación entre los socios de una sociedad anónima y los terceros en la etapa que media entre la constitución de la sociedad y su constatación registral. En esta sentencia el Tribunal Supremo considera que la contratación “resulta eficaz y vinculante para los interesados directos en la misma”, aunque se haya de “completar para su plena y debida efectividad, con el cumplimiento y realización de las formalidades esenciales exigidas para su total operatividad en el tráfico mercantil”. Por tanto, el negocio realizado entre los accionistas y terceros antes de la inscripción de la sociedad en el registro mercantil es válido y eficaz entre las partes, pero “carente de la cobertura formal necesaria hacia el exterior en tanto la sociedad no adquiera personalidad jurídica”<sup>216</sup>. Esta

---

especulaciones en la fase en la que no se conoce si la sociedad llegará o no a constituirse válidamente “carece de solidez pues el riesgo en juego no es una contingencia tan extraordinaria que el legislador deba prevenir a toda costa suprimiendo la libertad civil. Se trata de un riesgo que el adquirente puede conocer y asumir libremente; y es a éste a quien corresponde velar por sus intereses y a quien incumbe decidir sobre la oportunidad económica y jurídica de entrar en una sociedad en vías de formación o en situación de irregularidad”.

<sup>215</sup> La STS de 8 de mayo de 1987, FD Tercero, mantiene “el carácter tajante de la prohibición de transmitir acciones mientras no esté inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, con la consecuencia de nulidad radical, hoy prevista en el Art. 6-3 del Código Civil, que hace totalmente ineficaz el contrato, en cualquier concepto, no solamente en el de compraventa, sino en el de precontrato, sin que pueda ser de aplicación la doctrina de los propios actos -sentencia de esta Sala de 24-II-1986, que recoge anterior jurisprudencia-, ni de la buena fe, al tratarse de un negocio jurídico contra Ley libremente aceptado por ambas partes y no inducido por ninguna de ellas, lo cual conduce a tener a los litigantes como partes implicadas en la sociedad, en concepto de socios accionistas, que debieron conocer el alcance de sus actos evidentemente contrarios a la seguridad jurídica respecto de los verdaderos terceros e incluso de los demás accionistas, ajenos al negocio, actos que, por lo tanto, tienen que producir solamente los efectos previstos en el Art. 1.303 del Código Civil, es decir, la restitución recíproca de las prestaciones”. En este sentido SSTS de 22 octubre 1964 y 28 de septiembre de 1965.

<sup>216</sup> STS de 16 de julio de 1992, FD Tercero. Según **MEJÍAS GÓMEZ**: “Prenda...”, p. 607, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 62 LSA, en favor de la seguridad del tráfico en los supuestos en los que no resulte necesaria la intervención de fedatario público (Disposición adicional 3ª LMV y art. 545 C de C) y atendiendo a “la existencia de la propia acción, a su enajenabilidad y al paso de posesión del bien pignorado podemos afirmar que sería difícilmente admisible y poco recomendable constituir una garantía pignoraticia sobre acciones procedentes de escritura fundacional o de aumento de capital no inscritas en el



solución alternativa, que todavía no ha creado jurisprudencia, no es precisamente la que se ha tenido en cuenta con posterioridad por la jurisprudencia menor<sup>217</sup>.

El poder de disposición del accionista o del partícipe puede verse también limitado cuando existan restricciones a la libre transmisibilidad de acciones nominativas o de participaciones sociales, cláusulas que preceptivamente han de figurar de forma expresa en los estatutos (arts. 63 y 64 LSA y 29 y ss. LSRL)<sup>218</sup>.

### **2.3. La transmisión posesoria**

#### **2.3.1. Fundamento**

La válida constitución de la prenda requiere, además de la libertad dispositiva del pignorante con relación a la idoneidad del bien para ser objeto de prenda, "La transmisión de la posesión de la cosa a la persona acreedora o a una tercera, de acuerdo con la pignorante, por cualquier medio admitido por la Ley" (art. 12.1, b LDRG).

---

Registro Mercantil, que sí podrían sin embargo ser objeto de promesa de prenda, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el artículo 1.862 CC". El mismo criterio mantiene este autor en obra cit., p. 609, para la prenda de participaciones sociales.

<sup>217</sup> SAP de Madrid de 24 de enero del 2001, FD Quinto: "No se ignora la doctrina sentada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 16 de julio de 1992, lo único que sucede es que esta Sala opta por seguir la doctrina jurisprudencial sentada en la sentencia del mismo Alto Tribunal de 8 de mayo de 1987, que, textualmente considera infringido el artículo 14 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y la doctrina legal contenida en las sentencias de la misma Sala de 22 octubre 1964 y 28 de septiembre de 1965"; AP de Girona de 7 de mayo del 2001, FD Tercero: "la venta de las acciones se produjo con anterioridad a la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad constituida (...) y en supuestos idénticos al presente se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las sentencias de 8 de mayo de 1987, 28 de septiembre de 1965 y 22 de octubre de 1964 (...) Los supuestos de hecho contemplados en dichas resoluciones son mucho más similares al que nos ocupa en el presente caso que el tomado en consideración en la sentencia del mismo Tribunal de 16 de julio de 1992. Por todo lo argumentado, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia apelada".

<sup>218</sup> Aspecto que se trata con mayor detenimiento en el CAP III, § 5, 15.2.2.2.

El traspaso posesorio de la cosa que se ofrece en garantía al acreedor o a un tercero es, pues, un requisito legal esencial de constitución de la prenda posesoria, y es el elemento que la distingue de otros tipos de derechos reales de garantía de origen convencional, como son la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento; garantías que, recayendo también sobre bienes de naturaleza mueble, no precisan para su efectividad la desposesión del garante y el depósito del objeto en manos de otra persona<sup>219</sup>. Por tanto, para el nacimiento de la prenda posesoria no resulta suficiente el mero consentimiento de los interesados que decidan constituir el gravamen sobre un bien mueble no afectado por una limitación de disponer, sino que, además, se precisa la desposesión efectiva del constituyente, la entrega de la cosa al acreedor pignoraticio o a un tercero, para que la mantengan en tanto dure la garantía (cfr. art. 18.3 LDRG)<sup>220</sup>.

El fundamento del traspaso posesorio en la prenda se encuentra en la propia naturaleza de la garantía, que condiciona su eficacia y operatividad a que el bien mueble sobre el que se proyecta quede realmente sustraído a la libre disponibilidad del pignorante<sup>221</sup>. La entrega inicial de la cosa no cumple

---

<sup>219</sup> La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento posesorio quedan, por tanto, excluidas del ámbito de la LDRG, lo que hace que la LHM de 16 de diciembre de 1954 continúe vigente en Cataluña. Ambas garantías recaen sobre bienes muebles de fácil identificación e individualización, circunstancia que permite sustituir la entrega por la inscripción del gravamen en un registro especial creado por la propia Ley (art. 3 LHM), sin afectar a la función de seguridad de la garantía. Precisamente, estas figuras fueron introducidas en nuestro ordenamiento jurídico al objeto de paliar “los graves inconvenientes de la privación al deudor de la posesión de la prenda sobre todo en cosas muebles destinadas a fines agrícolas o industriales” (Exposición de Motivos LHM, 3º). A pesar de la existencia del gravamen, el pignorante o el hipotecante puede continuar utilizando el objeto y evitar los perjuicios que su desposesión puedan ocasionarle en su actividad. Como se verá más adelante, la sustitución del traspaso posesorio por la inscripción del gravamen en un registro es un mecanismo de constitución que no es ajeno al derecho real de prenda que la LDRG regula. Por otra parte, la posesión del objeto gravado en poder del titular del derecho real es un elemento del que participan la prenda y el derecho de retención regulado en la LDRG, cuya diferencia esencial reside en su distinto origen.

<sup>220</sup> **PÉREZ-GONZÁLEZ – ALGUER:** *Tratado...*, p. 442: “La entrega presupone naturalmente un acuerdo sobre la constitución del derecho de prenda, porque sin tal acuerdo, la posesión no tendría calificación específica”. No obstante, el simple acuerdo no resulta suficiente para la constitución del derecho real si no se lleva a cabo la entrega.

<sup>221</sup> Por la transmisión posesoria el pignorante no se ve afectado por una limitación formal impuesta a su poder de disposición. Lo que el pignorante pierde con la entrega es la

simplemente la función de perfeccionar el contrato de prenda, para que nazca el derecho real. La desposesión del pignorante pretende, fundamentalmente, privar a éste de la dominación efectiva del bien pignorado, al objeto de impedir que lo destruya u oculte, o que pueda enajenarlo como libre de cargas a terceros de buena fe (cfr. art. 464 CC)<sup>222</sup>. En último término, la transmisión posesoria pretende hacer viable la garantía, asegurar su efectividad, de manera que resulte posible la realización del valor del bien empeñado, si la obligación garantizada no se cumple a su vencimiento<sup>223</sup>. En este sentido, el traslado posesorio desempeña una función de control patrimonial en favor del titular de la garantía.

Junto a la función de control patrimonial, la doctrina considera que el desplazamiento posesorio en la prenda cumple, también, una función coercitiva y una función de publicidad de hecho de la existencia del gravamen<sup>224</sup>. En el primero de estos aspectos, la desposesión del pignorante compele al deudor que quiera recuperar el objeto dado en prenda a cumplir con su obligación de

---

posibilidad de disponer libremente del objeto, ocultando u omitiendo la verdadera situación jurídica del mismo cuando está gravado en prenda.

<sup>222</sup> **ALBALADEJO**: *Derecho*, t. III..., p. 259: "si la entrega jugase sólo papel de requisito (sin importar el efectivo posesionarse el acreedor) *del contrato* (lo mismo que si hubiese sido sólo *traditio* para adquirir el derecho real), habría bastado cualquier entrega, aún de la posesión mediata; y no es así". En el mismo sentido **MANRESA Y NAVARRO**: *Comentarios...*, p. 551; **PUIG BRUTAU, JOSÉ**: *Compendio de Derecho Civil*, v. III, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1989, p. 393; **MORENO QUESADA, LUIS**: "La protección del crédito en las garantías reales mobiliarias", *Revista de Derecho Privado*, 1997, pp. 251 a 259, p. 253; **CARRASCO PERERA**: *Tratado...*, p. 815.

<sup>223</sup> Si se mantuviera al pignorante en la posesión de la cosa pignorada, en la absoluta posibilidad de disponer de la misma, se correría el riesgo de que, llegado el momento, resultara imposible realizar el valor de la prenda, porque la cosa hubiera sido destruida, ocultada o enajenada a un tercero de buena fe que desconociera la existencia del gravamen; o se correría el riesgo de que resultara extremadamente difícil la realización del valor, por la resistencia del constituyente a desamparar la cosa. En estos supuestos, que el desplazamiento posesorio pretende evitar, quedaría excluida la finalidad básica y esencial de la prenda, esto es, la propia garantía. Al respecto **GARCÍA GOYENA**: *Concordancias...*, p. 174, ya comentó que "lo natural sería que el verdadero acreedor no se contentase sino con la entrega de la cosa, que podría desaparecer fácilmente quedando en manos del deudor; y sería también lo natural que se recurriese a la prenda puramente convencional para burlar a los verdaderos acreedores".

<sup>224</sup> **SANCHO REBULLIDA**: *Elementos...*, p. 299, para quien la doble función del desplazamiento posesorio en la prenda explica la antigüedad e importancia histórica de la figura.

pago. El deudor conoce las facultades que se integran en el derecho de prenda y, por tanto, que el acreedor pignoraticio se encuentra facultado para proceder a la realización del valor de la garantía en caso de incumplimiento. En consecuencia, el pignorante conoce también que la recuperación de la cosa gravada depende de la satisfacción del crédito asegurado. No obstante, la función coercitiva del traslado posesorio en la prenda es relativa, dado que el efecto de compulsión al pago sólo tendrá lugar cuando las condiciones de deudor y pignorante coincidan en una misma persona. De lo contrario, la presión del cumplimiento se proyecta sobre quien no tiene la obligación de pago, sobre el pignorante, propietario del bien gravado por la garantía, pero no sobre el deudor personal, que no responde más que por este concepto<sup>225</sup>.

Por otra parte, se afirma que el hecho de que el objeto empeñado no se encuentre en posesión del pignorante favorece a los terceros ajenos al negocio de prenda, que pueden conocer la actual situación jurídica del bien y, de esta forma, evitar salir defraudados<sup>226</sup>. Sin embargo, sin negar que la transmisión posesoria representa una cierta publicidad de hecho que puede resultar útil a los terceros<sup>227</sup>, actualmente su finalidad se encuentra no tanto en este efecto cuanto en el deseo de dotar a la garantía la seguridad que le corresponde y que se asienta en el control efectivo de la cosa por parte del titular del derecho real, lo cual se consigue limitando las posibilidades de actuación del pignorante<sup>228</sup>.

---

<sup>225</sup> Aunque, sin duda, el pignorante se encargará de presionar al deudor para que pague.

<sup>226</sup> Especialmente los terceros acreedores del propietario del bien o los futuros adquirentes.

<sup>227</sup> Aunque no se pueda decir que siempre cumpla esta función o que la cumpla bien, tal y como lo entiende **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 92: “la transmisión de la posesión en la prenda de cosas no es sino una forma muy rudimentaria de publicidad, que muchas veces no permitirá que los terceros tengan conocimiento del gravamen”. En el mismo sentido **PAU PEDRÓN, ANTONIO**: “El nuevo régimen de la publicidad mobiliaria”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, nº 32, Madrid, 2002, pp. 531 a 559, p. 537: “la posesión es apariencia, y detrás de la apariencia puede esconderse cualquier realidad; el Registro no es apariencia, porque no esconde –de ordinario– una realidad distinta de la que manifiestan sus asientos: el título público, la calificación y el tracto lo hacen, si no imposible, muy difícil”.

<sup>228</sup> En este sentido **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 491.

### 2.3.2. La forma de entrega

Según el artículo 12.1, b) LDRG la transmisión posesoria de la cosa puede hacerse por cualquier medio legalmente admitido. Parece, pues, que cualquier forma de entrega prevista y admitida por el ordenamiento jurídico basta para que el derecho real de prenda quede constituido, siempre que, como se ha dicho, suponga la desposesión efectiva del pignorante y la correlativa posesión, también efectiva, del titular de la garantía (cfr. art. 609 CC)<sup>229</sup>.

Tradicionalmente, la regulación de la prenda ha presupuesto la aprehensibilidad del bien mueble susceptible de afectarse por la garantía, siendo la entrega material o real la forma habitual de *traditio* utilizada para su constitución. Sin embargo, la actual importancia práctica de la prenda radica, precisamente, en la importancia que para el tráfico jurídico han adquirido determinados valores inmateriales o incorporeales que, tratados como cosas, pueden ser objeto de garantía. En otras palabras, hoy suele darse en prenda cosas muebles de imposible aprehensión material y, por tanto, de imposible entrega material al acreedor. Concretamente, entrarían en esta categoría los derechos no poseíbles materialmente, específicamente los valores negociables o los valores mobiliarios no documentados (p.e. valores representados mediante anotaciones en cuenta, acciones nominativas cuyos títulos no hayan sido impresos ni entregados) y las participaciones sociales; bienes considerados muebles (cfr. arts. 335 y 336 con relación art. 334 CC) que, por su propia naturaleza, se presentan especialmente aptos para ser objeto de este tipo de garantía, específicamente, cuando la obligación que se asegura

---

<sup>229</sup> Como pone de relieve **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentario...*, p. 490, la entrega de la cosa como elemento esencial constitutivo del derecho real de prenda “no es sino una consecuencia del sistema general sancionado en nuestro Código Civil para la adquisición de los derechos reales mediante el contrato y la tradición”.

consista en una prestación pecuniaria y, concretamente, cuando consista en un préstamo o en un crédito<sup>230</sup>.

La dificultad que la específica naturaleza incorporal de estos bienes puede presentar para la válida constitución de la prenda, en orden a la transmisión posesoria de su objeto, se salva en la LDRG que, como se ha dicho, acepta expresamente que la entrega se realice por cualquiera de las formas en Derecho admitidas. Con ello, la LDRG acoge la ficción legal por la que el desplazamiento posesorio material del objeto de prenda se equipara con aquellas otras formas de transmisión posesoria que provoquen la desposesión efectiva y real del pignorante,<sup>231</sup>.

La forma de cumplir con el requisito de la entrega está necesariamente relacionada con la naturaleza del objeto pignorado. Si se trata de un bien mueble corporal o materialmente poseíble, la forma más sencilla es su entrega material o real. Pero el ordenamiento admite también otras formas de entrega en las que, sin existir una entrega material de la cosa, se producen igualmente los efectos propios de la *traditio*, (cfr. arts.1462 y ss. CC)<sup>232</sup>. Así, basta el simple *acuerdo –brevi manu traditio-* cuando el acreedor o el tercero ya se encuentren en posesión de la cosa al momento de la constitución del derecho (p.e. si la tuvieran en depósito o comodato o en calidad de usufructuario o administrador). En estos casos, el detentador cambia su concepto posesorio, que pasa a ser el de prenda –en concepto de acreedor pignoraticio o en concepto de tercero

---

<sup>230</sup> Véase CAP II, § 1, 2.3.3. y § 3, 8.4 y 8.5.

<sup>231</sup> Pero es una ficción que la LDRG no crea. La LDRG se limita a admitir las diferentes modalidades de traspaso posesorio que acogen el Código Civil y la Compilación de Derecho Civil de Cataluña.

<sup>232</sup> Sobre las diferentes formas de tradición, **GARCÍA CANTERO, GABRIEL**, en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DíEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 911 y ss; **DíEZ-PICAZO, LUIS – GULLÓN, ANTONIO**: *Instituciones de Derecho Civil*, v. II, Tecnos, S.A., Madrid, 1995, p. 61; **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS**, en **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS Y OTROS**: *Elementos de Derecho Civil*, t. III, v. 2º, segunda edición, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1990, pp. 227 y ss; **ALBALADEJO, MANUEL**: *Derecho Civil*, t. III, v. 1º, octava edición, José María Bosch editor, S.A., Barcelona, 1994, pp. 149 y ss.

depositario-. También es posible la entrega sin mover físicamente la cosa, cuando ésta se ponga a disposición del acreedor pignoraticio y se sustraiga a la posesión inmediata al pignorante –tradición simbólica-, por ejemplo mediante la entrega de las llaves del lugar en que se encuentre la cosa mueble objeto de la transmisión; o cuando la pignoración se notifique al poseedor inmediato de la cosa ya existente. Cualquiera de estas formas se consideran supuestos de verdadera entrega, en los que la cosa objeto de la *traditio* queda sometida a la acción exclusiva de la voluntad del *accipiens*, del acreedor pignoraticio en el caso de prenda<sup>233</sup>.

En cambio, no se admite como forma apta para crear la prenda el *constituto posesorio* (cfr. art. 277 CDCC), en cuya virtud el pignorante se convertiría en mediador posesorio del acreedor pignoraticio, que quedaría como poseedor mediato. Aunque éste sea un mecanismo jurídico de establecimiento de la posesión, no se admite a efectos constitutivos de la prenda, porque no existe un desplazamiento efectivo de la posesión, que continua ostentándola de forma inmediata el pignorante<sup>234</sup>. No obstante, según el artículo 12.1 LDRG la transmisión posesoria de la cosa puede efectuarse “por cualquier medio admitido en la Ley”. Atendiendo a ello, podría llegarse a la conclusión de que la LDRG admite cualquier forma de entrega, es decir, que no prohíbe que la prenda se constituya mediante esas dos formas de transmisión de la posesión cuando así lo acuerden las partes. Sin embargo, a pesar de la literalidad del precepto, me adhiero a la postura mayoritaria que niega la posibilidad, teniendo en cuenta la finalidad a la que sirve el traslado posesorio, que no es tanto que el titular de la prenda mantenga la posesión de la cosa empeñada como impedir que el propietario la mantenga.

---

<sup>233</sup> Sobre la cosa dada en prenda siempre existirán, por lo menos, dos posesiones compatibles, la del propietario –mediata- y la del acreedor pignoraticio –inmediata; e, incluso, puede darse una tercera posesión, la del tercero depositario.

<sup>234</sup> **WOLFF**: *Tratado...*, p. 438; **PÉREZ-GONZÁLEZ – ALGUER**: *Tratado...*, p. 443; **PUIG BRUTAU**: *Compendio...*, p. 394; **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 491; **SERRANO ALONSO**: *Comentario...*, p. 1875.



Ni la Ley ni el Código Civil prevén la hipótesis de prenda constituida en situación de coposesión exclusivamente material, ya sea entre el acreedor pignoraticio y el pignorante, o entre éste y el tercero al que se refieren los artículos 12.1, b LDRG y 1863 CC. Coposesión en el sentido exclusivamente material, es decir, por la que el acreedor pignoraticio no tiene el control material exclusivo sobre la cosa, lo que sucedería, por ejemplo, cuando el bien empeñado se encontrara depositado en una caja de seguridad de un banco o en un almacén, donde sólo se pudiera acceder con dos llaves distintas, una en poder del titular de la garantía y otra en poder del propietario de la cosa gravada<sup>235</sup>. En principio, la doctrina no se opone a la posibilidad siempre que se mantenga al pignorante en la indisponibilidad de la cosa y no le sea posible el acceso a la misma de forma independiente<sup>236</sup>. No obstante, también se reconoce que el supuesto de coposesión dificulta la eficacia de la publicidad de hecho que con la entrega se pretende, aunque este inconveniente se salve por el juego del artículo 1865 CC, que establece el requisito de forma necesario para que la garantía pueda oponerse a terceros<sup>237</sup>.

Sin embargo, entiendo que las situaciones de coposesión entre el acreedor pignoraticio o el tercero con el pignorante no sirven a la finalidad que tiene la entrega en la prenda posesoria. Es cierto que al impedir que el pignorante disponga independientemente de la cosa afectada por la garantía se evita el riesgo de que pueda ocultarla o destruirla, o enajenarla como libre de gravamen a terceros de buena fe. Pero no se olvide que mediante esta forma compartida de posesión el titular de la garantía tampoco puede disponer de la prenda sin la colaboración del pignorante. Por tanto, es posible que llegado el

---

<sup>235</sup> Este sería el típico ejemplo, propuesto por **WOLFF**: *Tratado...*, p. 437, recogido más tarde por **ALBALADEJO**: *Derecho*, t. III..., v. 2º, p. 258, cita 18 ter.

<sup>236</sup> **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 496. En parecido sentido, **ALBALADEJO**: *Derecho*, t. III..., v. 2º p. 258, cita 18 ter: “Creo que bastaría esa *coposesión* para perfeccionar el contrato de prenda, pues, por un lado, *hay puesta en posesión* del acreedor (o tercero) y, por otro, la ley no exige la posesión *exclusiva* de éste”.

<sup>237</sup> **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 496: “los fines perseguidos por la entrega de la posesión de la cosa, desde tal perspectiva, se logran con más eficacia, en tanto que la necesidad de consentimiento conjunto para disponer de la cosa en el supuesto de posesión compartida, garantizan suficientemente la fácil realización de la prenda, incumplida la obligación garantizada”.



momento, el pignorante coposeedor se oponga y obstaculice gravemente la enajenación del bien, y que obligue al acreedor a acudir al auxilio judicial para conseguir la realización del valor de la garantía. Por este motivo, porque aunque se provoca la indisponibilidad del pignorante se provoca, a la vez, la del acreedor pignoraticio, desecho la idea de que la prenda se pueda constituir atribuyéndose coposesión entre el acreedor y el pignorante.

### 2.3.3. Derechos no poseíbles<sup>238</sup>

La LDRG admite de forma expresa la posibilidad de constituir una prenda sobre derechos (arts.7.4, 15.3, 16.2, 19.6 y 20 LDRG). En cambio, la prenda de derechos no se encuentra expresamente contemplada en el Código civil, a pesar de lo cual la doctrina, coincidiendo en sus criterios, acoge la posibilidad de pignorar los derechos cuando recaigan sobre cosas muebles poseíbles o tengan esa consideración legal, y sean enajenables. Tradicionalmente, la posibilidad de pignorar derechos se ha fundamentado, básicamente, en el artículo 1864 CC, que al referirse a las cosas muebles incluye entre éstas a ciertos derechos, por el juego de los artículos 335 y 336 CC; en el artículo 1872 CC, que prevé la prenda de valores como una de las manifestaciones de la prenda de derechos; y en el artículo 1868 CC que, al hablar de intereses, sólo a la prenda de créditos puede referirse<sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup> Véase CAP II, § 3, 8.4 y 8.5, y doctrina citada.

<sup>239</sup> **ROSENDE HONRUBIA, MANUEL**: “La prenda de créditos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1927, nº 32, pp. 561 a 578, y nº 33, pp. 643 a 663, p. 644, entiende que “no existe ningún obstáculo insuperable que se oponga a una interpretación extensiva del artículo 336 del Código Civil, toda vez, que del tenor literal del mismo no se deduce que se trate de hacer una enumeración cerrada de los bienes incorporales que reputa como muebles, a manera de la que hace, por ejemplo, el artículo 334 respecto a los inmuebles, puesto que las palabras «tienen también» no veda una interpretación extensiva del artículo, como sucedería si en vez de esas se empleara «son», «sólo», u otra análoga”. Para este mismo autor, obra cit., p. 645, “Confirma la opinión sobre el carácter mobiliario de los créditos, interpretado a *contrario sensu*, el párrafo segundo del artículo 346 del Código Civil, que prescribe, que cuando se use tan sólo la palabra «muebles», no se entenderán comprendidos los «créditos», «salvo en el caso de que del contexto de la ley o de la disposición individual resulte claramente lo contrario», regla que parece explicarse, en lo que atañe a la ley, por la naturaleza especialísima del derecho de crédito, y en lo que se refiere a la voluntad individual por las perturbaciones que podría ocasionar en el orden contractual y sucesorio, el empleo erróneo de la palabra «muebles» que, en su acepción vulgar, parece no comprender a los derechos”.

La válida constitución de la prenda sobre derechos poseíbles requiere una tradición o entrega material apta para poner al acreedor pignoraticio en posesión del derecho. Pero en la constitución de la prenda sobre derechos materialmente no poseíbles, como pueda ser un derecho de crédito no documentado, no es posible la entrega material, porque físicamente no existen<sup>240</sup>.

### 2.3.3.1. Constitución registral de la garantía

Actualmente, el ordenamiento jurídico viene consolidando la tendencia de sustituir el desplazamiento posesorio del bien empeñado por la inscripción del gravamen en un registro, de forma que se provoque la indisponibilidad del pignorante sobre el objeto afectado por la garantía. La constancia del gravamen en el registro es una práctica que ha sido potenciada por la legislación de los últimos tiempos, especialmente, por la LMV y las normas que la desarrollan, y por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma y adaptación a la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea, en materia de sociedades, así como por la LSRL.

---

507: “En primer lugar, los créditos son embargables (art. 1.447 ap. 2 L. Enj. civ.) ¿por qué no habrían de ser pignorables? En el mismo sentido **PANTALEÓN, FERNANDO**: “Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal”, en **AAVV: Garantías reales mobiliarias**, dirigido por **NIETO CAROL, UBALDO**, Estudios de Derecho judicial, 8-1998, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, pp. 175 a 194; **GUILARTE ZAPATERO: Comentarios...**, p. 511; **GIL RODRÍGUEZ**: “La prenda...”, p. 346, quien también considera, no obstante, que “nuestro legislador, lejos de resultar olvidadizo y neutral en el tema que nos ocupa, adoptó una postura beligerante contra la prenda de simples créditos. Diríase que fue *obsesivamente cauto* en la regulación de la prenda para evitar que se constituyera (con eficacia pseudo-real) sobre créditos”.

<sup>240</sup> **MORENO DE LA SANTA GARCÍA: Prenda...**, p. 79, considera que, cuando la prenda recaiga sobre derechos de crédito “se podría establecer la obligación del pignorante de entregar al acreedor los documentos donde conste el crédito, si es que existen, con el fin de colocarle en mejor posición probatoria, tanto frente al constituyente de la prenda, como frente al deudor. No obstante, esta transmisión, que entendemos puede derivarse del art. 1.258 CC, no es en ningún caso requisito constitutivo de la prenda, pues no puede entenderse que con la entrega de estos documentos se transmita la posesión del crédito”.

Así, cuando se trate de valores representados mediante anotaciones en cuenta, las normas reguladoras del mercado de valores disponen que su afección en garantía del cumplimiento de una obligación se constituye mediante la inscripción de la prenda en la cuenta correspondiente al pignorante y a favor del acreedor pignoraticio (arts 10.1º LMV y 13 RD 116/1992). La inscripción de la prenda la practica la entidad encargada del registro cuando quede suficientemente acreditada (arts. 39.1, 50 y 51 RD 116/1992), es decir, cuando se presente documento público o documento expedido por una sociedad o agencia de valores acreditativo de la pignoración (art. 50.2 RD 116/1992), o cuando la entidad tenga constancia del consentimiento del acreedor y del pignorante, excepto que le conste que no existe título verdadero, válido y bastante para inscribir el derecho real, supuesto en el que no se practicará la inscripción (art. 50.2 RD 116/1992). La inscripción de la prenda en el registro contable produce iguales efectos que la tradición de la posesión de la cosa en la prenda ordinaria por imperativo de los artículos 10.1º LMV y 13.1 RD 116/1992, según los cuales “la inscripción de la prenda equivale al desplazamiento posesorio del título”.

En consecuencia, en el caso de valores anotados, la inscripción de la prenda en el registro correspondiente, requisito constitutivo del derecho real, “sustituye”<sup>241</sup> al desplazamiento posesorio requerido por el artículo 12.1, b) LDRG, como condición indispensable para la perfección de los contratos llamados reales *quod constitutionem*<sup>242</sup>. Antes de la inscripción de la prenda, de su anotación en el registro contable, no surge derecho ni afección alguna sobre los valores anotados. Sin embargo, el contrato consensual establecido por las partes en el que una de ellas se obligue a constituir un derecho de prenda sobre valores anotados de su titularidad genera una acción personal a

---

<sup>241</sup> Más que sustituir se trata de una modalidad de desplazamiento posesorio admitida por la LDRG, por la referencia a “cualquier medio admitido por la Ley”.

<sup>242</sup> **DÍAZ MORENO:** “La prenda...”, p. 393. Podría decirse, pues, que los valores anotados en cuenta pueden ser poseídos, no materialmente, sino a través de los correspondientes registros.

favor del acreedor, que obliga a quien se comprometió a constituir la garantía, a inscribirla en el registro correspondiente (cfr. art. 1862 CC)<sup>243</sup>.

### 2.3.3.2. Notificación de la existencia de la garantía

De otra forma, esto es, no existiendo registro donde conste la existencia del gravamen, la prenda de derechos no poseíbles se constituye con el simple consentimiento de las partes, que deberá formalizarse en instrumento público para ser oponible a terceros<sup>244</sup>. En este caso resultan de aplicación, por

---

<sup>243</sup> En este sentido **DÍAZ MORENO**: “La prenda...”, p. 394: “la inscripción sería un acto de ejecución de ese contrato consensual (*datio solvendi causa*)”. Igualmente, **MUÑOZ CERVERA, MIGUEL**: “Prenda sobre valores públicos representados mediante anotaciones en cuenta”, en **AAVV**: *Tratado de garantías de la contratación mercantil*, coordinado por **NIETO CAROL, UBALDO – MUÑOZ CERVERA, MIGUEL**, t. II, *Garantías reales*, v. 1 *Garantías mobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 723 a 797, p. 751; **CORTÉS GARCÍA**: “Derechos..”, p. 168. De opinión contraria **MARTÍ SÁNCHEZ, J. NICOLÁS**: “La representación de valores mediante anotaciones en cuenta en el Derecho español”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, abril-junio 1999, nº 74, pp. 65 a 93, p. 78: “Al disponer el artículo 8 de la LMV y el 11 del R.D. 116/1992, que «los valores representados por medio de anotaciones en cuenta se constituirán como tales en virtud de su inscripción en el correspondiente registro contable», con el pronombre «tales» se está refiriendo a «anotaciones en cuenta», no a «valores», sin que por tanto, y frente una interpretación doctrinal que parece tener cierto predicamento, la inscripción en el registro contable tenga el carácter de «acto constitutivo de los valores anotados», por cuanto, como he indicado, no existe un tipo o clase de «valores» de nuevo cuño, denominado «valores anotados», con una naturaleza o características propias. Sólo la «anotación contable» como forma de «materialización» tiene el carácter de novedad. Al igual que se inscribe en el «registro contable» la «transmisión» de dichos «valores» (artículo 9, párrafo primero, segundo inciso, LMV), o «la constitución de derechos reales limitados u otra clase de gravámenes sobre» tales valores (artículo 10 LMV), sin que dicha constitución, ni el negocio jurídico traslativo, tengan lugar con la inscripción –que consiste en una anotación contable- como tampoco la «inscripción» en la cuenta de la adquisición «originaria» -por suscripción- de los «valores» (artículo 8, párrafo segundo, LMV) tenga el carácter de acto constitutivo de la titularidad de tales «valores» por parte del suscriptor de los mismos”.

<sup>244</sup> **PANTALEÓN**: “Prenda...”, p. 181, mantiene que en la prenda de créditos es un “contrato atípico de cesión limitada (con causa de garantía) del crédito” y que “Desde esta premisa es perfectamente razonable sostener la aplicación a la prenda de créditos del párrafo primero del art. 1526 del Código Civil en lugar del insensatamente riguroso art. 1865 del mismo Código. Es perfectamente razonable, en consecuencia, afirmar la oponibilidad a terceros de una prenda de crédito instrumentada en documento privado desde que su fecha deba tenerse por cierta: conforme a lo dispuesto en el art. 1.227 del Código Civil o, según una reiterada y notoria jurisprudencia, por resultar acreditada por cualquier medio de prueba distinto del documento privado mismo”. Sin embargo, lo cierto es que el artículo 1865 CC, igual que el artículo 12.2 LDRG, específicamente previstos para la prenda en cualquiera de sus casos, excepto que, también específicamente, se disponga lo contrario (cfr. art.18.6 y 8 LDRG), requiere que la garantía conste en instrumento público para que pueda perjudicar a terceros.

analogía, las normas sobre la cesión de créditos, concretamente el artículo 1527 CC, que prevé la notificación de la cesión –o de la constitución de la prenda- al deudor del derecho pignorado<sup>245</sup>. Pero la notificación del gravamen al deudor no es requisito de constitución de la prenda que, como se ha dicho, se constituye por la concurrencia de los consentimientos contractuales del acreedor pignoraticio y el pignorante. La notificación al deudor tiene, en estos casos, una finalidad específica, que no es otra que la de sustituir, no la entrega de la cosa, sino los efectos de la entrega en cuanto a la disponibilidad del pignorante sobre la cosa que empeña<sup>246</sup>. Es decir, dado que el desplazamiento posesorio en la prenda tiene asignado el objetivo de procurar la inmovilización del objeto afectado por la garantía, de tal manera que se produzca un estado de hecho que obstaculice la posibilidad de disposición de la cosa por parte del pignorante, y dado que eso no es posible en la prenda de derechos no

---

<sup>245</sup> **PÉREZ-GONZÁLEZ – ALGUER:** *Tratado...*, p. 507: “si para la prenda se exige la posesión, no es tanto por una razón de orden conceptual o de naturaleza jurídica, como por la consideración más empírica de sustraer la cosa empeñada a la posibilidad de disposición material por parte del pignorante. Y si esto es así, se logra igual finalidad, proyectándose pignorar un crédito, por medio de la notificación del empeño al deudor para que se abstenga de pagar al acreedor del derecho básico”. En el mismo sentido, **CASTÁN TOBEÑAS:** *Derecho...*, p. 483; **PUIG BRUTAU:** *Compendio...*, p. 394; **ALBALADEJO:** *Derecho*, t. III..., v. 2º p. 267; **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 511; **SANCHO REBULLIDA:** *Elementos...*, p. 307; **MEJÍAS GÓMEZ:** “Prenda...”, p. 613; **SÁNCHEZ GONZÁLEZ:** “Derechos...”, p. 856.

<sup>246</sup> No se puede decir que, en la prenda, la notificación sea un mecanismo sustitutivo de la *traditio*, puesto que la transmisión posesoria de la cosa materialmente posible es siempre un requisito imprescindible, mientras que la comunicación al deudor no lo es. **JIMÉNEZ MANCHA. JUAN CARLOS:** “Tres sentencias sobre compensación de créditos: S.T.S. (Sala 4ª) de 14 de diciembre de 1996; S.T.S. (Sala 1ª) de 14 de enero de 1997, y S.T.S. (Sala 1ª) de 19 de abril de 1997”, *Revista de Derecho Privado*, febrero 1999, pp. 138 a 172, p. 168: “en nuestro sistema la notificación al deudor del acto de cesión o constitución de la prenda constituye un elemento recomendable *ad probationem*, pero no un requisito constitutivo para su validez y eficacia”. En contra de esta opinión parece situarse **ROSENDE ONRUBIA:** “La prenda...”, p. 660, quien considera que a la comunicación debe acompañarse un requerimiento al deudor para que, en su momento, entregue el objeto del crédito empeñado al acreedor pignoraticio, y que “Si el deudor del crédito pignorado, *acceptase* dicho requerimiento o guardase *silencio al mismo*, entendemos que quedaría válidamente constituido en contrato de prenda (...) Si el deudor del crédito que se pretendiera pignorar, contestase al requerimiento negando la existencia de la deuda, la prenda no podría constituirse, porque llevaría implícita todas las inseguridades de un litigio”. También en contra se sitúa **MORENO DE LA SANTA GARCÍA:** *Prenda...*, p. 78: “para producir la transmisión del mismo, o mejor, para que ésta sea plenamente eficaz, es necesario que el deudor del crédito cedido tome conocimiento del negocio jurídico celebrado, a través de la correspondiente notificación. Esta notificación, que es requisito constitutivo de esta modalidad de contrato de prenda, (...)”.

poseíbles, se acude a la notificación de la existencia de prenda al deudor del pignorante para que se abstenga de pagar a su acreedor, el pignorante, una vez vencido el crédito<sup>247</sup>.

Y esta es la solución que, por ejemplo, se aplica en la prenda sobre participaciones sociales (art. 26.2 LSRL) –que no pueden representarse por medio de títulos ni de anotaciones contables (art. 5.2 LSRL)- y en la prenda sobre acciones no representadas -todavía no documentadas en títulos ni representadas en anotaciones en cuenta- (arts. 56.1 y 57.1 LSA). En ambos casos, al no existir soporte documental no es posible poner al acreedor pignoraticio en posesión de la prenda. Y en ambos casos la indisponibilidad del partícipe o del accionista pignorante se consigue notificando la constitución de la garantía a la sociedad emisora de las participaciones o de las acciones pignoradas (cfr. art. 64 LSRL). Tratándose de participaciones o de acciones nominativas<sup>248</sup>, la garantía constituida se inscribe necesariamente en el libro-registro de socios o en el libro-registro de acciones nominativas, de acuerdo con las previsiones contenidas en los artículos 27.1 LSRL, y 55, 57.2, 2º y 3º LSA, respectivamente. Pero en ambos casos se inscribe una prenda ya constituida, o, dicho de otra forma, en ninguno de estos casos la inscripción de

---

<sup>247</sup> Por su misma razón de ser, la notificación no será precisa cuando el deudor del crédito empeñado y el acreedor pignoraticio sean una misma persona (p.e. una entidad bancaria). **JIMÉNEZ MANCHA**: “Tres...”, p. 169; **TAPIA HERMIDA, ALBERTO JAVIER**: “La pignoración de saldos de depósitos bancarios” en **AAVV: Garantías reales mobiliarias**, dirigido por **NIETO CAROL, UBALDO**, Estudios de Derecho judicial, 8-1998, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, pp. 245 a 304, 280, y de este mismo autor, con el mismo título, en **AAVV: Tratado de garantías de la contratación mercantil**, coordinado por **NIETO CAROL, UBALDO – MUÑOZ CERVERA, MIGUEL**, t. II, *Garantías reales*, v. 1 *Garantías mobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 851 a 915, p. 887: “El crédito a la restitución del saldo de la libreta de ahorros se pone en posesión del acreedor pignoraticio cuando se sustrae de la facultad de disposición del depositante la suma garantizada, lo que se refleja materialmente en el cajetín que se pone a la libreta, en particular cuando la entidad depositaria es la acreedora pignoraticia”.

<sup>248</sup> Cuando las acciones nominativas no estén todavía impresas o entregadas resulta imposible la constitución de la prenda por medio de endoso (cfr. art. 57.2, 1º LSA).



la prenda en el registro resulta indispensable para la válida constitución de la garantía<sup>249</sup>.

Para la constitución de la prenda de participaciones basta el otorgamiento del oportuno documento público (art. 26 LSRL)<sup>250</sup>. Cuando se trate de acciones nominativas cuyos títulos no hayan sido impresos ni entregados, la constitución de la prenda se hará “de acuerdo con las normas sobre cesión de créditos y demás derechos incorporales” (art. 56.1 LSA). Fuera del supuesto de acciones nominativas, la LSA no se ocupa del sistema de constatación del derecho real, esto es, no dispone la necesidad de consignar en ningún registro especial la garantía que recaiga sobre acciones al portador. No obstante, dado que la transmisión y la pignoración de acciones no tituladas se rige por las normas de la cesión de créditos y demás derechos incorporales (art. 56.1 y 57.1 LSA), será necesaria la llevanza de un registro que permita recoger las notificaciones que a los anteriores efectos se dirijan a la sociedad emisora<sup>251</sup>. Pero ni la notificación de la constitución del gravamen a la sociedad ni su inscripción en el registro de socios o en el registro de acciones nominativas<sup>252</sup> son requisitos de constitución de la garantía. La inscripción de la garantía sólo tienen una eficacia legitimadora en las relaciones del socio con la sociedad, y son un medio para que ésta conozca la existencia de la garantía. En otras palabras, la sociedad conoce por la inscripción el estado de las acciones o de las participaciones, lo que le facilita un buen funcionamiento y su relación con el socio propietario.

---

<sup>249</sup> **MEJÍAS GÓMEZ:** *Prenda...*, p. 177; **PRENDES CARRIL, PEDRO:** *La sociedad de responsabilidad limitada. Compendio de jurisprudencia comentada*, Editorial Aranzadi, S.A., Navarra, 2002, p. 241.

<sup>250</sup> **SÁNCHEZ GONZÁLEZ:** “Derechos...”, p. 858; **MEJÍAS GÓMEZ:** “Prenda...”, p. 629.

<sup>251</sup> **MEJÍAS GÓMEZ:** “Prenda...”, p. 625.

<sup>252</sup> En este registro especial se anota la prenda que recaiga sobre acciones nominativas, con independencia de que sus títulos no hayan sido impresos o entregado todavía, o se encuentren representadas ya sea por notaciones en cuenta o mediante títulos ya impresos y entregados.

### **2.3.4. La publicidad de la garantía a través del registro. Los certificados de legitimación**

A todos los efectos, se presume titular legítimo del derecho real de prenda sobre participaciones sociales, acciones nominativas no representadas o valores negociables representados mediante anotaciones contables, a la persona que aparezca legitimada en los correspondientes asientos registrales, quien, por tanto, tendrá derecho a exigir a la entidad emisora las prestaciones derivadas de su derecho anotado (arts. 26.2 LSRL, 55.2 LSA, 11.1º LMV y 15.1 RD 116/1992)<sup>253</sup>. Específicamente, una vez inscrita la prenda en el registro correspondiente, el acreedor pignoraticio tiene derecho a obtener una certificación del derecho registrado a su nombre (arts. 27.4 LSRL, 57 LSA, 19.1 RD 116/1992).

Estos certificados no son títulos valor. El certificado es un documento cuya función específica es la legitimación para el ejercicio de los derechos inherentes. Es decir, son certificados de legitimación que, como tales, cumplen una mera función instrumental, porque constituyen un medio de prueba privilegiado de los derechos derivados del valor al que se refieren, pero no están destinados a la circulación ni incorporan ningún tipo de derechos. Por tanto, los certificados de legitimación no son negociables (art. 20.1 RD 116/1992), por lo que será nulo cualquier acto de disposición de los mismos (arts. 12 LMV y 10.2 RD 116/1992)<sup>254</sup>.

---

<sup>253</sup> La entidad emisora que, de buena fe y sin culpa grave, realice las prestaciones en favor del legitimado (titular registral aparente) se libera de responsabilidad aunque éste no sea el verdadero titular del derecho inscrito (arts. 11.2º LMV y 15 RD 116/1992).

<sup>254</sup> Artículo 6.6, final del Real Decreto 505/1987, de 3 de abril, de Creación de un sistema de anotaciones en cuenta: "Los resguardos no serán transmisibles ni negociables ni representativos del valor y sólo acreditarán la formalización de la anotación y su identificación". **MANZANARES SECADES, ALBERTO**: "Prenda de dinero y prenda de créditos (comentario a la sentencia de 19 de septiembre de 1987", *Anuario de Derecho Civil*, 1987, pp. 1277 a 1402, p. 1398: "dicho documento es un simple resguardo no negociable emitido por la entidad financiera intermediaria que no tiene nada que ver con el título-valor". **PRÍES PICARDO**: "Prenda...", p. 700: "En caso contrario convertiríamos los certificados de anotaciones en nuevos títulos valores, con lo que habríamos dado la vuelta al sistema y no habríamos conseguido nada, burlando el principio de irreversibilidad". **SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO**: *Instituciones de Derecho Mercantil, v. II, (Títulos y valores, contratos*



Concretamente, la legislación del mercado de valores<sup>255</sup> prevé la expedición de certificados de legitimación para acreditar el estado actual de los valores anotados ( arts. 12 LMV, 18 a 21 RD 116/1992). La expedición de los

---

*mercantiles, Derecho Concursal y Marítimo*), vigésima primera edición, Mc GraW Hill, Madrid, 1998, p. 25: “Hay que destacar muy especialmente el hincapié que hacen tanto la L.M.V. (art. 12) como el R.D. 116/1992 (art. 20.2) sobre la nulidad de los actos de disposición que tengan por objeto los certificados, con el propósito de evitar que se produzca un fenómeno de «regresión» hacia la transmisión mediante documentos (esto es, al régimen de los títulos-valores)”. **ZUNZUNEGUI PASTOR, FERNANDO**: “El valor anotado en cuenta y su régimen jurídico”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, octubre-diciembre 1994, nº 56, pp. 826 a 870, p. 867: “No debe confundirse el certificado de legitimación con la *certificación de inscripción*, que debe expedir la entidad encargada al realizar la inscripción derivada de una transmisión de los valores, o con el *extracto de cuenta* de valores que, en cumplimiento de las obligaciones de información contractuales, expida la entidad encargada”.

<sup>255</sup> La LMV establece, las líneas básicas del régimen jurídico de los certificados de legitimación, desarrolladas en el RD 116/1992 por el que se determinan las clases de certificados, forma de expedición, el alcance y la inmovilización registral de los valores a los que se refieran los certificados expedidos. Ambos textos normativos han sido reformados por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores; y por el Real Decreto 2590/1998, de 7 de diciembre, sobre modificaciones del régimen jurídico de los mercados de valores, respectivamente. No obstante, hay que tener en cuenta que el actual artículo 55.4 LMV establece que “El Mercado de Deuda Pública en Anotaciones se regirá por la presente Ley y por su normativa de desarrollo, así como por un Reglamento cuya aprobación corresponderá al Ministro de Economía y Hacienda a propuesta del Banco de España, previo informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores”. Pero, en tanto no se pruebe ese reglamento, la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 37/1998 establece que “permanecerán vigentes las disposiciones reglamentarias que en la actualidad regulan el citado mercado”. Por otra parte, el artículo 43 RD 116/1992 dispone que lo previsto en su texto “será aplicable con carácter supletorio a la Deuda Pública y demás valores que se negocien en el mercado a que se refiere el Capítulo III del Título IV de la Ley del Mercado de Valores, que se regirán por su normativa específica”, contenida en el RD 505/1987, de 3 de abril, por el que se creó un sistema de anotaciones en cuenta para la Deuda del Estado. Por tanto, existen actualmente ciertas especialidades en el régimen de los derechos reales limitados u otros gravámenes sobre valores de Deuda Pública anotada. Concretamente, como pone de relieve **CORTÉS GARCÍA**: “Derechos...”, p. 195, siguiendo a **MUÑOZ CERVERA**: “Prenda...”, pp. 764 y ss., existen “importantes diferencias entre el certificado de legitimación previsto en la LMV y el del RDAC, y la certificación prevista para el sistema de deuda anotada por el RD 505/1987. Así el certificado de legitimación tiene un contenido más amplio que la certificación de deuda anotada, ya que el primero acredita tanto la titularidad plena como la limitada, la segunda sólo acredita la constitución de la prenda y demás derechos de garantía. La Certificación de deuda anotada la expide la Central de Anotaciones, mientras que el certificado de legitimación lo expide normalmente la entidad encargada del registro contable o la entidad adherida correspondiente. El certificado de legitimación lo recibe el acreedor pignoraticio, mientras que la certificación de deuda anotada la recibe el pignorante titular de los valores. En definitiva todas estas diferencias entre los dos sistemas no parecen tener gran fundamento en la mayor parte de los casos, por lo que se propugna el establecer una armonización entre los dos sistemas vigentes”.

certificados corre a cargo de los intermediarios financieros, esto es, de personas o entidades dedicadas profesionalmente a este tipo de actividad, únicas que tienen acceso al sistema informatizado<sup>256</sup>. Los certificados se expiden a solicitud del titular de los valores o del titular de los derechos que sobre los mismos recaigan (art. 19.1 RD 116/1992)<sup>257</sup>, de conformidad con los asientos del registro contable.

Según el artículo 18.1 RD 116/1992, en los certificados de legitimación ha de constar la identidad del titular de los valores y la del titular de los derechos limitados o gravámenes, los datos de los valores a los que se refieren (identificación del emisor y de la emisión, la clase, el valor nominal y el número, y la referencia de registro o numérica correspondiente), su fecha de expedición, la finalidad para la que han sido expedidos y su plazo de vigencia<sup>258</sup>.

---

<sup>256</sup> Según el artículo 19.1 RD 116/1992 (cfr. art. 7 LMV), el certificado ha de ser expedido “por la Entidad encargada o adherida correspondiente a través de persona con poder bastante al efecto. Si se refieren a valores propiedad de las Entidades adheridas su expedición corresponderá al Servicio de Compensación y Liquidación de Valores”.

<sup>257</sup> No podrá expedirse para los mismos valores y para el ejercicio de los mismos derechos más de un certificado (art. 19.3 RD 116/1996). Por tanto, para unos mismos valores, cabrá expedir diferentes certificados acreditativos de distintos derechos, siempre a instancia de sus respectivos titulares (p. e. para la propiedad plena, para la nuda propiedad, para el usufructo o para la prenda).

<sup>258</sup> Según el artículo 21.5 RD 116/1992, modificado por RD 2590/1998, los certificados caducarán por el transcurso del plazo de vigencia en ellos establecido, que no podrá exceder de seis meses, o en su ausencia, a los tres meses de su expedición, “Salvo los comprendidos en el último párrafo del apartado 1 del artículo 18, cuya vigencia será la de la circunstancia de la que den cuenta”. Por tanto, este precepto establece una excepción para los certificados que, según el artículo 18.1, final, también introducido por RD 2590/1998, son los que “acrediten, bien la existencia de embargos judiciales o administrativos, bien la constitución de prendas o cualquier otro acto o circunstancia que haya tenido acceso al registro”. Como resultado, especialmente de este último párrafo del artículo 18.1, parece que la caducidad del certificado dependerá de que haya habido acuerdo al respecto entre las partes y esta circunstancia haya accedido al registro, con lo que el certificado perderá su vigencia cumplido el plazo que se hubiera fijado, o, dicho de otro modo, mantendrá su vigencia en tanto no se extinga la prenda. Al respecto **MORENO DE LA SANTA GARCÍA: Prenda...**, p. 168: “Extraña expresión (...) en la que, en principio, parece caber todo. Por lo anterior podría pensarse que ningún Certificado tendría una vigencia máxima de seis meses, sino la realmente establecida en el mismo. La redacción del precepto es ambigua e incluso contradictoria. A nuestro juicio, debe realizarse la siguiente interpretación: En caso de que se haya fijado en el Certificado un plazo inferior a seis meses, será éste el que prevalezca; si, por el contrario, no se ha establecido plazo alguno, su vigencia quedará reducida a seis meses desde su fecha de emisión; si se establece un plazo superior a seis meses, deberá prevalecer éste”. Por mi parte, sólo puntualizar que, atendiendo al último párrafo del artículo 21.5 RD 116/1992, cuando en el

Una vez expedido el certificado de titularidad -que puede referirse a todos o parte de los valores integrados en un saldo (art. 18.2 RD 116/1992)- y en tanto no haya sido restituido o caducado (cfr. art. 21.5 RD 116/1992), los valores a los que se refiera se desglosan, en su caso, de la cuenta en la que estén anotados y quedan inmovilizados, de manera que resulta imposible modificar su estado o variar el saldo de la cuenta en la que los mismos se integren (arts 12.4º LMV y 21.1 RD 116/1992)<sup>259</sup>. Por tanto, antes de practicar la correspondiente anotación registral del derecho de prenda, el titular pleno de los valores ha de restituir el certificado expedido, sin perjuicio de que posteriormente solicite y obtenga uno nuevo donde conste el gravamen pignoraticio que los afecte. Igualmente, si la propiedad de los valores anotados se transmite a un tercero, el transmitente que figure como titular de los valores inscritos habrá de retornar el certificado de legitimación expedido a su favor. Constituido el derecho real de prenda sobre el valor representado en cuenta, se procede, a su vez, a la inmovilización de los apartados correspondientes, previo desglose de los mismos en la cuenta del titular-pignorante; situación que

---

certificado no se establezca plazo de vigencia alguno éste caducará “a los tres meses de su expedición”. Respecto del resto de supuestos no comprendidos en el artículo 18.1, último apartado, entiende **PRÍES PICARDO**: “Prenda...”, p. 700, que la razón de la brevedad de los plazos se encuentra en la idea de evitar el establecimiento de complicados mecanismos de anulación de los certificados en el caso de pérdida.

<sup>259</sup> **CORTÉS GARCÍA**: “Derechos...”, p. 177, siguiendo a **DÍAZ MORENO**: “La prenda...”, p. 397, advierte que “la entrega del certificado al acreedor podría parecer que crea efectos similares a la inscripción de la prenda, creando una situación de indisponibilidad (...) Al no poder por tanto el titular de los valores devolver el certificado a la entidad gestora, no podría ordenar la transferencia de los valores. Lo cierto es sin embargo, que el titular que hubiese entregado para la constitución de la prenda el certificado emitido a su favor no quedaría imposibilitado de disponer de sus valores, ya que podría solicitar a la entidad gestora la expedición de otro argumentando su pérdida o sustracción, quedando el primer certificado –en manos del acreedor pignoraticio- privado de valor sin necesidad de seguir ningún procedimiento de amortización”. Por su parte, **DÍAZ MORENO**: “La prenda...”, p. 397, añade que “el titular que haya perdido o al que le hayan sustraído su certificado podrá solicitar la expedición de otro porque, recordemos, la legitimación deriva de los asientos contables (...) no se requiere para ello un procedimiento público que dé opción al tercero poseedor del certificado a oponerse a la emisión de uno nuevo y a la privación de valor del que él posee porque, por imperativo legal, ningún derecho puede esgrimir él con respecto a dicho documento o a los valores que hacen referencia. Dicho en otros términos, serviría de poca garantía para un acreedor que el deudor le entregase un certificado acreditativo de la titularidad de determinados valores, puesto que ello no le privaría de su efectiva disponibilidad”.

se mantiene hasta que el acreedor pignoraticio restituya el certificado que hubiera solicitado o éste caduque (art. 18.2 RD 116/1992), o cuando se acredite el levantamiento del gravamen prendario<sup>260</sup>.

El problema puede surgir cuando el certificado expedido por el intermediario no se corresponda con las anotaciones registrales. En este sistema informatizado no es posible el ejercicio de la acción reivindicatoria (cfr. arts. 9.3º y 11.2º LMV; 12.3, 12.4 y 15.2 RD 116/1992)<sup>261</sup>, porque el valor no existe como cosa material ni se encuentra individualizado en cuanto a su titularidad, debido a su fungibilidad (cfr. arts. 8.3º LMV y 17 RD 116/1992)<sup>262</sup>. Es decir, los certificados de legitimación expedidos, que a todos los efectos justifican la titularidad de los valores, pueden no coincidir con lo consignado en la anotación registral, atribuyendo a un tercero derechos que en realidad no le

---

<sup>260</sup> El desglose permite la individualización y la identificación de los valores que, por tanto, dejan de ser fungibles con los demás de la misma emisión y mismas características (cfr. arts. 17.1 y 3 RD 116/1992).

<sup>261</sup> Como ha quedado dicho, los artículos 9.3º LMV y 12.3 RD 116/1992 protegen a “El tercero que adquiriera a título oneroso valores representados por medio de anotaciones en cuenta de persona que, según los asientos del registro contable, aparezca legitimada para transmitirlos”, considerando su posición irrevindicable a no ser que en el momento de la adquisición haya obrado con mala fe o con culpa grave (cfr. arts. 13.2 RD 116/1992 y art. 34 LH). Por otra parte, los artículos 9.4º LMV y 12.4 RD 116/1992 disponen que “La entidad emisora sólo podrá oponer, frente al adquirente de buena fe de valores representados por medio de anotaciones en cuenta, las excepciones que se desprendan de la inscripción en relación con la escritura prevista en el artículo 6 y las que hubiese podido esgrimir en el caso de que los valores hubiesen estado representados por medio de títulos”. **DÍAZ MORENO**: “La prenda...”, p. 396, aclara que la entidad encargada de la llevanza de los registros contables sólo ha de realizar “comprobaciones estrictamente formales que nada tienen que ver con lo dispuesto en el artículo. 1.857 CC. La entidad encargada de los registros no tiene que investigar si el disponente es el verdadero titular de los valores, o si su derecho es resoluble o anulable (...) Si luego resultase que el constituyente no era el verdadero titular de los valores –por ejemplo, porque el título de adquisición fue nulo, anulable, se resolvió o rescindió- nos encontramos con un problema de terceros que podría dar lugar a una adquisición a non domino –incluso de un derecho limitado- de acuerdo con el artículo 9.3 LMV. Pero la entidad encargada de la contabilidad de los valores no incurrirá en responsabilidad en tales supuestos, siempre que se hubiera conducido del modo descrito”.

<sup>262</sup> Afirmaciones que deben ser matizadas porque, si bien es cierto que la fungibilidad de los valores representados por anotaciones en cuenta deriva de su agrupación en emisiones recogidas en una escritura de constitución y del régimen de la inoponibilidad de las excepciones, también es cierto que el titular de los valores se encuentra perfectamente determinado, lo que permite el ejercicio de una reivindicatoria sobre dicha titularidad, o el ejercicio del derecho de separación en la quiebra. En este mismo sentido **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 136, nota 156.

corresponden, pero que podrá ejercitar<sup>263</sup>. En estos casos, salvo culpa exclusiva del perjudicado, las acciones podrán ser ejercitadas contra los intermediarios como responsables de la falta de adecuación (arts. 7.5 LMV y 27 RD 116/1992), quienes deberán realizar los actos necesarios para poner al titular del derecho en una situación prácticamente igual a la que tendría si los títulos fueran reivindicables<sup>264</sup>.

El certificado no caducado es un documento que tiene aparejada ejecución “siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión cuando tal escritura sea necesaria, conforme a la legislación vigente” (art. 517.7º LEC)<sup>265</sup>. Una vez instada y despachada la ejecución, los certificados no caducarán<sup>266</sup>.

---

<sup>263</sup> En realidad, al igual que sucede en los artículos 34 LH o 85 C de C, se arbitra un sistema que protege la apariencia registral, de manera que se protege la situación que figura en el Registro cualquiera que sea la realidad jurídica, siempre que se cumplan las condiciones de protección legalmente requeridas, es decir, siempre que exista onerosidad y buena fe.

<sup>264</sup> Artículo 27.1 RD 116/1992: “La falta de práctica de las correspondientes inscripciones, las inexactitudes y retrasos en las mismas y, en general, la infracción de las reglas establecidas para la llevanza de los registros darán lugar a la responsabilidad de la Entidad encargada o adherida incumplidora o, en su caso, del Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, frente a quienes resulten perjudicados. Exceptúase el caso de culpa exclusiva de éstos”. Art. 7, 5º, final LMV: “Dicha responsabilidad, en la medida de lo posible, habrá de hacerse efectiva en especie”. Al respecto **BERCOVITZ, ALBERTO**: “El derecho del mercado de capitales”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1988, pp. 67 a 111, p. 89; **MADRID PARRA: AGUSTÍN**: “La circulación de valores al portador y de las anotaciones en cuenta”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1990, nº 37, pp. 22 a 103, pp. 98 y ss. **SÁNCHEZ CALERO**: *Instituciones...*, v. II, p. 25; **ZUNZUNEGUI PASTOR**: “El valor...”, p. 842; **MEJÍAS GÓMEZ, JAVIER**: “Las acciones representadas mediante anotaciones en cuenta. Transmisión y pignoración”, *Actualidad Civil*, 1992-1, pp. 109 a 128, p. 118. Según **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 139, este sistema de responsabilidad, unido a la restricción de las entidades que pueden actuar como gestoras del registro de anotaciones (Sociedades o Agencias de Valores y Entidades de Crédito) proporcionan una seguridad a los inversores que contrarresta la eventual desconfianza que les pudiera generar la menor formación jurídica de los gestores con relación a los Registradores de la propiedad, la flexibilidad de los procedimientos operativos y el menor rigor de los controles del sistema de anotaciones contables.

<sup>265</sup> La inclusión de este título ejecutivo extrajudicial en el artículo 1429 de la anterior LEC se hizo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma procesal. **SENES MONTILLA, CARMEN**: “Notas sobre el tratamiento procesal-ejecutivo de los valores representados mediante anotaciones en cuenta”, *Revista General de Derecho*, abril 1994, nº 595, pp. 3561 a 3571, p. 3564: “El nuevo título ejecutivo del número 7 del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es un título materialmente plural y de formación sucesiva, fruto de la yuxtaposición de los siguientes actos jurídicos: a) el otorgamiento de la escritura pública de representación de los valores con el contenido explicitado con carácter

Como consecuencia de todo ello es posible afirmar que la dinámica general del registro provoca la efectiva imposibilidad de que el pignorante oculte, destruya o enajene como libre de gravamen los derechos no poseíbles empeñados. En concreto, el certificado de legitimación permite conocer el estado actual de las participaciones, de las acciones no representadas y de los valores anotados en cuenta a los que se refiera. Especialmente, el certificado de legitimación expedido para acreditar la situación de los derechos representados por anotaciones contables constituye un medio de publicidad a través del cual los eventuales adquirentes o titulares pignoraticios o de otros gravámenes pueden constatar la viabilidad de la transmisión de los valores en los que están interesados o de la constitución de un derecho sobre los mismos<sup>267</sup>.

### 2.3.5. La transmisión posesoria en favor de un tercero

#### 2.3.5.1. Designación del tercero

---

preceptivo por la L.M.V. y el Real Decreto 116/1992; b) la inscripción de los valores en los registros contables autorizados al efecto; y c) la expedición por la entidad encargada del registro contable de la certificación acreditativa del contenido y titularidad de los valores anotados”.

<sup>266</sup> **SENES MONTILLA**: “Notas...”, p. 3569: “la caducidad del certificado de legitimación supone la pérdida de su eficacia jurídica tanto a nivel sustantivo como procesal; de ahí que su concurrencia implique la falta de fuerza ejecutiva del título, y consiguientemente, la denegación por el Juez executor, *ex officio*, del despacho de la ejecución”.

<sup>267</sup> Según **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 141, aunque en la anotación contable el principio de publicidad se encuentra atenuado, porque no todo el mundo puede consultarla, el certificado de legitimación unido al contenido de la escritura de emisión de los valores que cualquier interesado puede consultar (arts. 92 LMV y 8 RD 116/1992) crean una “*apariencia suficiente* para poder ligar los efectos jurídicos que se dan al registro de anotaciones, aunque, en el caso del contenido de la anotación, sea una *apariencia imperfecta* (...) que se completaría con la confianza en la «*diligencia*» del gestor del registro de anotaciones. Diligencia que no se basaría en la especial calificación profesional y responsabilidad de los encargados concretos de su llevanza, sino en las normas de estabilidad, solvencia y de conducta; y en la responsabilidad quasi-objetiva de las «entidades» que pueden llevar registros de anotaciones en cuenta”. **SÁNCHEZ CALERO**: *Instituciones...*, v.II, p. 25: “Las exigencias –contenidas en el último párrafo del artículo 12 de la L.M.V.- de devolución de los certificados emitidos como requisito previo para dar curso a transmisiones y gravámenes de los valores anotados ha transformado estos certificados en auténticos títulos de legitimación, que tienen, sin embargo, una vigencia reducida”.



La LDRG admite la constitución de la prenda mediante la entrega de la cosa en favor de un tercero previamente acordado por las partes (art. 12.1, b), siempre que se provoque la desposesión efectiva del pignorante y, como resultado de ello, su indisponibilidad. En consecuencia, para la válida constitución de la prenda no resulta indispensable la entrega de la posesión inmediata del bien gravado al acreedor pignoraticio.

El tercero al que la LDRG se refiere se determina con relación al negocio real de garantía que por la prenda se establece. El tercero no puede ser, pues, ni el acreedor pignoraticio ni el pignorante. Jurídicamente nada parece impedir que el deudor no pignorante sea el tercero depositario, aunque la hipótesis pueda contradecir el principio de seguridad que con la prenda se persigue. Por tanto, tercero puede ser cualquier persona ajena a la relación real de garantía, excepto cuando el pignorante no sea el propietario del bien que se grava, supuesto en el cual, a pesar de no ser éste el constituyente de la garantía, no puede tener la posesión del objeto de su propiedad gravado en prenda, porque con ello quedaría desvirtuada la finalidad del traslado posesorio, con el consiguiente riesgo para la efectividad de la prenda (cfr. art. 18.3 LDRG).

El tercero ha de ser designado por acuerdo entre acreedor y pignorante. Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 12.1, b) LDRG, la puesta en posesión del tercero es una modalidad de uno de los requisitos de constitución de la garantía: la desposesión del pignorante. En este caso, la declaración de voluntad que a estos efectos emitan las partes ha de ser necesariamente previa o simultánea a la constitución de la prenda. Ahora bien, una vez constituida la garantía, nada impide que acreedor y pignorante acuerden la transmisión de la posesión de la cosa gravada a un tercero. Para alcanzar este acuerdo no es preciso que las partes emitan expresamente su consentimiento, que pueden otorgar tácitamente (p.e. pagando los gastos de conservación, de administración o gestión; mediante una provisión de fondos).

La transmisión posesoria en favor del tercero puede hacerse a través de cualquiera de los mecanismos legalmente admitidos (art. 12.1, b) LDRG). El tercero ha de recibir y consentir su posesión en el concepto que se le transmite, esto es, ha de manifestar que acepta recibir la cosa para poseerla en concepto de tercero depositario a los efectos del artículo 12.1, b) LDRG. Si por cualquier circunstancia el tercero se encontrara en posesión de la cosa previamente a la constitución de la garantía, las partes han de notificarle la pignoración, para que cambie su concepto posesorio de acuerdo con la nueva situación jurídica.

El tercero ha de tener capacidad general para obligarse. De lo contrario, el contrato de depósito es ineficaz y el incapaz no se encuentra sujeto a las obligaciones propias del mismo (art. 1765 y 1304 CC)<sup>268</sup>. En concreto, el incapaz puede oponerse al cumplimiento de las obligaciones de custodia y de conservación, así como la de restitución de la cosa pignorada (cfr. arts. 18.1 y 2 LDRG). Aun así, el pignorante podrá reivindicar la cosa depositada, siempre que todavía se encuentre en poder del depositario incapaz, como acción derivada, no del contrato de depósito, sino de su derecho de propiedad<sup>269</sup>. Igualmente, el acreedor pignoraticio podrá reivindicar del tercero incapaz la entrega de la cosa gravada, en este caso como acción derivada de la titularidad de su derecho de prenda que, justificó el traslado posesorio en favor del tercero (cfr. art. 1869.2º CC)<sup>270</sup>. En su caso, independientemente de la posibilidad de convalidación o confirmación del depósito (cfr. arts. 1301 y 1310 y ss. CC), la ineficacia de éste negocio –por la causa anterior o cualquiera de las contenidas en artículo 1301 CC- no apareja la ineficacia del negocio de prenda. Es decir, respetando el requisito según el cual la prenda no queda perfeccionada en tanto no se ponga al tercero designado en posesión del objeto, la idea del

---

<sup>268</sup> **BADOSA COLL, FERRAN**, en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - Díez-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 1651 y ss.

<sup>269</sup> **BADOSA COLL: Comentario...**, pp. 1651 y ss.

<sup>270</sup> Porque, además, en el artículo 1756 CC el término “reivindicar” no se utiliza en sentido estricto, pues en ningún precepto de la regulación del depósito se exige que el depositante sea propietario de la cosa, lo que, por otra parte, también prueba la existencia del artículo 1863 CC.



mantenimiento de la relación pignoratícia puede defenderse por aplicación del principio de conservación del negocio cuando, al momento de su constitución, la cosa hubiera salido del poder del pignorante. En esos casos el depósito constituido puede ser ineficaz, pero la transmisión posesoria requerida para la constitución de la prenda puede entenderse efectuada en favor del acreedor pignoraticio, quien, en todo caso, por la garantía adquiere la posesión mediata del objeto, con independencia de que, finalmente, adquiera también la inmediata (p.e. como resultado del ejercicio de la acción reivindicatoria) o se acuerde su transmisión en manos de otro tercero.

Si la prenda se constituye mediante la transmisión posesoria de la cosa en favor del acreedor pignoraticio, éste no podrá posteriormente, por su sola voluntad, ponerla en posesión de un tercero. Si lo hace y el pignorante muestra su disconformidad, su oposición, el acreedor deberá recuperar la cosa y responder por los daños y perjuicios que su conducta indebida hubiera podido ocasionar, tanto frente al tercero (quizá porque al exigir el reintegro incumpla con las obligaciones asumidas con éste) como frente al propietario. Es posible, no obstante, que medie justa causa para mantener al tercero en la posesión, que puede concernir tanto al objeto como al propio acreedor. A pesar de ello, el acreedor pignoraticio habrá de intentar llegar a un acuerdo con el pignorante sobre la persona del tercero o, si ello no fuera posible, obtener del Juez autorización o la consignación de la cosa (cfr. art. 1776 CC)<sup>271</sup>.

### **2.3.5.2. Contenido de la posición jurídica del tercero**

La doctrina considera tercero poseedor en la prenda a la persona en quien se confía la cosa dada en garantía que, “no debiendo estar en poder del pignorante, no quiere éste tampoco que esté en poder del acreedor”. En este sentido el tercero poseedor de la prenda se encuentra en una situación

---

<sup>271</sup> Puede pensarse, por ejemplo, en supuestos en que el acreedor pignoraticio se encuentre en situación de dificultad o de imposibilidad de mantener la posesión del objeto (fragilidad, falta de la seguridad adecuada, necesidad de mantenimiento especializado, enfermedad, etc.).

parecida al del secuestratario, esto es, un depositario instituido por dos personas, cuyos intereses armoniza, “que hará la entrega en su caso a la que corresponda” (art. 1763 CC)<sup>272</sup>. Atendiendo a ello, el deber del tercero es poseer y conservar el objeto gravado con la prenda por otros constituida, en interés de estos, y reintegrarlo al pignorante cumplida y satisfecha la obligación garantizada o, en caso contrario, entregarlo a quien corresponda para proceder a la realización de valor o, en último lugar, a la persona que en el curso de este procedimiento resulte adjudicataria.

El tercero ha de continuar poseyendo la cosa gravada en el mismo concepto, hasta que llegue el momento de devolverla o entregarla a quien corresponda. Si pendiente el depósito invierte su concepto posesorio o transmite el objeto a otro sujeto, el acreedor pignoraticio así como el pignorante podrán reivindicarla (art. 464.1º CC), siempre que no hubiera sido usucapida (cfr. art. 342 CDCC).

Si perviviendo la prenda y la relación de depósito el tercero aduce justos motivos para no continuar poseyendo la cosa debe ponerlo en conocimiento de las partes en la garantía para que, de común acuerdo, determinen la persona en favor de la cual deba aquél transmitir la posesión. En este caso, la necesidad de acuerdo entre acreedor pignoraticio y pignorante dificulta la aplicación del artículo 1776 CC, según el cual el depositario cumple restituyendo la cosa a aquél que efectuó el depósito. Por tanto, a falta de acuerdo entre el acreedor y el pignorante, el tercero puede requerir la

---

<sup>272</sup> **PÉREZ-GONZÁLEZ – ALGUER:** *Tratado...*, p. 443, quien distingue el papel del tercero con el del mediador posesorio “contra la cual el poseedor superior tiene una pretensión de entrega, o sea que el acreedor pignoraticio puede exigirle la entrega de la cosa”. **SCAEVOLA:** *Código...*, p. 344, considera que el tercero que acepta la entrega, aunque no haya sido parte en el contrato de prenda, “no cabe duda que por la interferencia de ambas relaciones contractuales está obligado no en beneficio del acreedor o del deudor, sino en beneficio de la prenda (...) Para él el contrato de prenda no le es extraño en absoluto y, por tanto, su posición es parecida al del depositario cuando dos litigan sobre la propiedad de una cosa, en que su obligación de entrega se cristaliza en la de poner la cosa en las manos de quien demuestre ser su propietario. Y el poseedor de la prenda, que posee por prenda y no por depósito, es un poseedor *ad cautelam*”. En parecido sentido **PEDREGAL Y CAÑEDO:** *Texto...*, p. 812; **PUIG BRUTAU:** *Compendio...*, p. 396; **SERRANO ALONSO:** *Comentario...*, p. 1876; **CARRASCO PERERA:** *Tratado...*, p. 837.

intervención judicial y la consignación. No obstante, también entiendo que en caso de urgente necesidad el tercero puede transmitir la posesión de la cosa empeñada al acreedor pignoraticio, notificando de inmediato esta circunstancia y su causa al pignorante, porque es al acreedor a quien en última instancia corresponde la conservación diligente de la cosa retenida (art. 18.1 LDRG). Igualmente, el tercero que ante la urgencia devuelva la cosa al pignorante debe ponerlo inmediatamente en conocimiento del acreedor, a los efectos de que destruya la presunción establecida en el artículo 18.3 LDRG).

El tercero asume, también, los deberes de custodia y conservación del objeto pignorado, mientras mantenga la posesión del mismo, en beneficio tanto del acreedor pignoraticio como del pignorante<sup>273</sup>. En consecuencia, en defecto de pacto en otro sentido, el tercero se encuentra obligado a realizar los gastos necesarios que por esos conceptos se generen; gastos que habrán de serle reembolsados posteriormente y que, si no le son satisfechos en su momento, le atribuyen la posibilidad de constituir un derecho real de retención que podrá ejercitar tanto frente al acreedor pignoraticio como frente al pignorante (art. 5, a) LDRG)<sup>274</sup>. Igualmente, el tercero puede constituir derecho real de retención por los daños o perjuicios originados por causa de la conservación diligente de la cosa empeñada cuando no le sean abonados (art. 5, b) LDRG). Como contrapartida, el tercero responde personalmente frente al pignorante por la pérdida o deterioro de la cosa resultado de su negligente actuación<sup>275</sup>, y frente al acreedor pignoraticio por los daños y perjuicios que ese resultado le pueda ocasionar.

---

<sup>273</sup> **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 497.

<sup>274</sup> En el ámbito del Código Civil resultaría aplicable el artículo 453 CC. Así, **SERRANO ALONSO**: *Comentario...*, p. 1876, reconoce un derecho de retención de naturaleza personal a favor del tercero y frente al deudor, al acreedor pignoraticio o frente al pignorante, para el reintegro de los gastos necesarios de conservación realizados en la cosa.

<sup>275</sup> El resultado de esa reclamación, si se obtiene, constituirá el objeto de la prenda que se transforma en pecuniaria.

La transmisión posesoria de la cosa empeñada en favor de un tercero no implica la cesión de las facultades de gestión o administración de la misma, más allá de lo que sea necesario para la adecuada conservación del objeto<sup>276</sup>. La gestión corresponde a su propietario, al pignorante, que es quien tiene el poder de disposición, a no ser que la atribuya a otra persona. Por tanto, excepto pacto en otro sentido, el pignorante conserva la facultad de trasladar las instrucciones que considere oportunas al gestor, quien, no siendo parte en el contrato de prenda, ha de informar el acreedor para que, en su caso, reaccione de la forma que crea conveniente ante lo que considere una actuación perjudicial para su derecho<sup>277</sup>. En cualquier caso, quien mantenga la posesión del objeto pignorado ha de actuar teniendo en cuenta los derechos que correspondan al acreedor pignoraticio, titular de la garantía que justifica su posesión, especialmente por lo que se refiere a la imputación de los frutos que deriven de la cosa, en cumplimiento del artículo 2.1, b) LDRG.

El tercero se encuentra también obligado a restituir la cosa gravada. El papel de tercero finaliza cuando por cualquier causa se extinga la obligación garantizada, la prenda o la relación jurídica que le une con las partes de la relación pignoratícia. Llegado el momento el tercero –o sus herederos- debe transmitir la posesión del objeto a quien corresponda (1763, final CC), al pignorante o al adjudicatario, excepto que le ampare una acción real de retención en garantía del cumplimiento de las obligaciones relacionadas en el artículo 5 LDRG.

### **2.3.5.3. Utilidad de la figura**

---

<sup>276</sup> La actuación del poseedor ha de limitarse a aquellas actuaciones que garanticen la conservación del valor económico de la cosa.

<sup>277</sup> **SALINAS ADELANTADO:** *El régimen...*, p. 246, entiende, con relación a la gestión de una cartera de valores, que es “preferible establecer un ejercicio conjunto de este derecho por el constituyente y el acreedor pignoraticio, con un derecho de veto para cada uno”. Pero esta solución, que siempre es posible por consenso de las partes, comportaría sin él una innecesaria dificultad de actuación, por la necesidad de continuos acuerdos, y supondría un límite injustificado al poder de disposición del pignorante (cfr. art. 1869 CC).

La intervención de un tercero en la prenda diversifica un grado más la situación posesoria. Independientemente de la naturaleza corporal o incorporeal del objeto gravado en prenda –lo que permite o no su posesión material- el tercero posee inmediatamente en concepto de depositario, mientras el acreedor pignoraticio lo hace mediatamente por su concepto correspondiente, y el pignorante, en la misma manera, por su concepto de propietario.

Atendiendo a ello, la posibilidad de constituir prenda mediante la entrega a un tercero ha sido doctrinalmente considerada de interés (cfr. art. 1863 CC). Especialmente, la transmisión posesoria en favor de un tercero ha supuesto un medio particularmente idóneo para constituir varias prendas sobre un mismo objeto, con independencia de que la titularidad de los créditos asegurados recaiga en una misma persona o en sujetos diferentes<sup>278</sup>.

Ocurre, no obstante, que en el marco de la LDRG esta última idea no encaja. Por una parte, el artículo 14.1 LDRG establece expresamente la prohibición general de empeñar una cosa ya empeñada. Por otra, el artículo 13.3 LDRG, que admite la posibilidad especial de que la prenda se constituya en garantía de varias obligaciones, requiere que todas ellas hayan sido contraídas entre el mismo deudor y el mismo acreedor, esto es, entre los mismos sujetos que, además, han de ocupar la misma situación jurídica en cada una de las relaciones aseguradas. Por tanto, al margen de los efectos generales antes expuestos, la posibilidad de constituir la prenda mediante su entrega al tercero se limita en la LDRG a desinteresar al acreedor pignoraticio de la custodia de la cosa, que, en primera instancia, corresponde al tercero designado<sup>279</sup>. El pignorante no puede volver a empeñar la cosa pignorada, porque el artículo 14.1 LDRG supone un límite concreto que impide el ejercicio de esa especial facultad dispositiva. Lo único que la intervención del tercero puede reportar al pignorante es, pues, una mayor confianza de la que tendría si

---

<sup>278</sup> **SERRANO ALONSO:** *Comentario...*, p. 1876; **SANCHO REBULLIDA:** *Elementos...*, p. 301; **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, pp. 495 y 500.

<sup>279</sup> **SANCHO REBULLIDA:** *Elementos...*, p. 301.

la cosa quedara en posesión del acreedor<sup>280</sup>, por ejemplo, cuando se trate de un profesional específicamente dedicado a la custodia o conservación –gestión y administración- del concreto objeto de prenda<sup>281</sup>.

Igualmente, cuando el gravamen pignoraticio recaiga sobre bienes incorporeales, como pueda ser un crédito, un valor no documentado o una participación social, la alternativa que ofrece el artículo 12.1, b) LDRG deviene prácticamente inaplicable, no representa ventaja alguna. En estos supuestos la garantía se comunica al deudor o a la sociedad emisora para que la inscriba donde corresponda, o se constituye mediante la correspondiente inscripción registral, provocando así la publicidad del gravamen y la inmovilización de su objeto. Asegurado el conocimiento y la indisponibilidad por estos mecanismos, entiendo que resulta innecesario dotar a la prenda de la garantía adicional que en la prenda sobre bienes corporales representa la puesta en posesión de la cosa en poder de un tercero.

### **3. LA FORMA DEL NEGOCIO DE PRENDA**

#### **3.1. Requisitos de oponibilidad de la prenda**

A tenor del artículo 12.1 LDRG la válida constitución de la prenda requiere la transmisión de la posesión de la cosa al acreedor o a un tercero, de acuerdo con el pignorante con libre poder de disposición sobre la misma. Estos son los requisitos que impone la LDRG para el nacimiento de la garantía. En consecuencia, la constitución de la prenda posesoria es libre en cuanto a la forma, esto es, no requiere forma específica, por lo que puede llevarse a cabo verbalmente o por documento privado, siempre que exista voluntad por las partes de contraer, con la entrega de la cosa (cfr. arts. 1278 y 1280 CC)<sup>282</sup>.

---

<sup>280</sup> **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 495.

<sup>281</sup> En general, al margen de casos puntuales como el aludido, no encuentro razón suficiente para que un tercero merezca mayor confianza que el propio acreedor.

<sup>282</sup> **SCAEVOLA:** *Código...*, p. 354. **ESCRICHE:** Voz «PRENDA»..., p. 635. Que el

No obstante, el mismo artículo 12 LDRG, en su número 2, dispone que “La prenda no tiene efectos contra terceras personas, sino desde que consta en instrumento público” (cfr. art. 1865 CC). En consecuencia, para que la prenda despliegue todos sus efectos, no sólo entre las partes constituyentes, sino también frente a cualquiera, la LDRG requiere que se haga constar en instrumento público (cfr. arts. 1216 y ss. CC y 317 y ss. LEC)<sup>283</sup>. La constancia de la prenda en instrumento público es, por tanto, un requisito de eficacia, de oponibilidad a terceros, y no de constitución de la garantía. La constancia de la prenda en instrumento público es un requisito esencial para que el derecho real, que puede haber sido ya constituido por la concurrencia de los requisitos legalmente demandados, surta plenos efectos, para que tenga una eficacia *erga omnes*, dado el carácter vinculante de los documentos públicos en cuanto a la fecha del otorgamiento negocial y su hecho causal (cfr. 1218 CC).

El emplazamiento sistemático en la LDRG del requisito de oponibilidad de la prenda, en el mismo artículo que enuncia los requisitos necesarios de constitución de la garantía, colabora a disipar una de las dudas suscitadas en el ámbito del Código Civil. En el Código Civil, los requisitos constitutivos del derecho real de prenda con desplazamiento posesorio se encuentran repartidos entre los artículos 1865 y 1857, mientras que el artículo 1865 se

---

derecho real de prenda nace como garantía real sin necesidad de que conste en instrumento público queda de manifiesto, según **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 515, no sólo por “la relación de inmediatividad que se instaura entre el acreedor y la cosa, en virtud de la transmisión posesoria operada, de la que indudablemente deriva una seguridad cierta para aquél, sino, además, porque, incumplida la obligación garantizada, el acreedor está legitimado para instar la realización de valor de la cosa gravada por el procedimiento específico y propio que la ley establece para las garantías reales, facultades que no corresponden al simple acreedor no asistido de una garantía de la expresada naturaleza”.

<sup>283</sup> Para **CARRASCO PERERA**: *Tratado...*, p. 811, no basta que la prenda conste en instrumento público para que tenga efectos plenos. Para este autor, el contrato de prenda requiere para su perfección el consentimiento de los contratantes, la causa del contrato y el objeto cierto, y “cumplidos estos requisitos el contrato de prenda es válido y, como tal, eficaz entre los contratantes. Ahora bien, para que el contrato de prenda dé lugar al nacimiento de un derecho (de prenda) eficaz «erga omnes» se requiere que el pignorante tenga el dominio y la libre disposición de la cosa gravada (art. 1857.2º y 3º CC) y, además, que haya habido desplazamiento posesorio (art. 1863 CC) y que exista certeza documental sobre la fecha en que se constituyó la prenda (art. 1865 CC)”.

ocupa, además, de la forma en que se ha de documentar el negocio para su completa oponibilidad. Esta dispersión sistemática ha suscitado la duda de si el nacimiento de la garantía se encuentra supeditado al otorgamiento del instrumento público, de modo que en tanto no se cumpla tal requisito no existe verdadero derecho real, sino tan solo un contrato de prenda entre las partes<sup>284</sup>. Entiendo que la cuestión no parece trasladable al ámbito de la LDRG, donde, como se ha dicho, la constancia de la prenda en instrumento público se configura claramente como requisito esencial sólo para la plena oponibilidad del derecho. Sin embargo, a pesar de ello, también entiendo que la operatividad esencial de los derechos reales de garantía depende, precisamente, de su completa oponibilidad, es decir, de la posibilidad de que su titular pueda ejercitarlo frente a cualquiera con derecho posterior, lo que sólo ha de ser posible si a la garantía y sus circunstancias se les dota de suficiente y fehaciente publicidad.

Como la propia norma determina, los efectos de este requisito de forma *ad solemnitatem* persiguen la protección de los terceros, en quienes se proyectan exclusivamente. Por terceros se entiende todos los que no han intervenido en el negocio de prenda, incluso el mismo deudor cuando otra persona haya sido la que entregue el bien en garantía<sup>285</sup>, específicamente, los otros acreedores del pignorante distintos del acreedor pignoraticio (p.e. otros contratantes, sociedad emisora de los valores, de las participaciones), que por la existencia de la prenda pueden ver frustradas sus expectativas de satisfacción con cargo a la cosa anteriormente gravada, que queda sustraída del patrimonio de su deudor a los efectos de la responsabilidad general<sup>286</sup>. Se

---

<sup>284</sup> Para **PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS**: *Derechos...*, p. 59, el derecho real de prenda ha de constar necesariamente en instrumento público: "Si no, habrá contrato real y relaciones de obligación, pero faltarán las facultades de derecho *absoluto* (derecho inmediato sobre la cosa con eficacia *erga omnes*) más típicas del derecho real de prenda: derechos de preferencia, de abstención, de ejecución separada en caso de concurso o quiebra, etc.". Al respecto, **PUIG BRUTAU**: *Compendio...*, p. 394; **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 514; **SERRANO ALONSO**: *Comentario...*, pp. 1879 y ss; **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 160.

<sup>285</sup> **SCAEVOLA**: *Código...*, p. 355.

<sup>286</sup> **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 518.



entiende que la transmisión posesoria de la cosa al acreedor pignoraticio o a un tercero, como procedimiento de control patrimonial y de publicidad de hecho cuya finalidad estriba en que los terceros conozcan la afección de la que la prenda responde, no es suficiente para que el derecho real constituido genere efectos oponibles *erga omnes*. Dicho de otra forma, se entiende que la transmisión posesoria en la prenda resulta insuficiente para dar a conocer a los terceros la existencia y circunstancias de la garantía, la afección concreta de la que responde el bien afectado, y que resulta preciso arbitrar otro mecanismo que impida eventuales perjuicios injustos derivados de la simulación de garantías pignoraticias inexistentes<sup>287</sup>. En consecuencia, la oponibilidad de la prenda a terceros requiere su constancia de manera indubitada, de forma que cualquiera pueda conocer la situación jurídica del bien y actuar en consecuencia defendiendo sus intereses. Para cumplir con esta finalidad, el instrumento público deber contener las precisiones relativas a las circunstancias que en cada caso configuren la garantía, especialmente, las referidas al objeto gravado que permitan su identificación y las que determinen el crédito garantizado (cuantía, plazo, tipo, intereses, etc.).

En consecuencia, sólo si la prenda consta en instrumento público, y desde que conste, el acreedor pignoraticio puede oponer su derecho frente a cualquiera y excluir el bien afectado por la garantía de la acción que cualquier otro acreedor ejercite para la satisfacción de su crédito contra el patrimonio del pignorante. Al contrario, si la existencia de la prenda no se hace constar en instrumento público, ni al momento de su constitución ni posteriormente, la garantía no vincula más que a las partes –acreedor pignoraticio y constituyente-, sin que su titular disponga de la facultad de excluir el bien afectado de la acción de cualquier otro acreedor del pignorante, excepto que pueda probar por otros medios que el tercero conocía efectivamente la existencia de la prenda y sus circunstancias. En definitiva, si las partes no actúan conforme a la exigencia establecida en el artículo 12.2 LDRG el derecho

---

<sup>287</sup> SCAEVOLA: *Código...*, p. 356; SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios...*, t. IV, p. 987; MANRESA NAVARRO: *Comentarios...*, p. 564; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho...*, p. 476; GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios...*, p. 513; SERRANO ALONSO: *Comentario...*, p. 1880.

real de prenda constituido limita su efectividad frente a terceros, a quienes no se podrá oponer la preferencia y prelación que legalmente corresponde al crédito pignoraticio solemnemente formalizado (cfr. art. 2 LDRG, con relación arts. 1922 y 1926 CC)<sup>288</sup>.

Es posible, pues, la válida constitución de la prenda en forma privada, siempre y cuando se observen los requisitos demandados por el artículo 12.1 LDRG, y que, posteriormente, las partes otorguen instrumento público en donde hagan constar las circunstancias del derecho real ya constituido. Pero, como ha quedado dicho, en tanto la garantía no conste en instrumento público o se pueda probar el conocimiento de la existencia de la prenda y sus circunstancias no podrá oponerse frente a los terceros que hubieran adquirido algún derecho sobre la cosa. El problema puede, entonces, plantearse cuando sobre una cosa privadamente empeñada se constituya otra prenda formalizada en instrumento público<sup>289</sup>. Entiendo que en este supuesto prevalece la primera

---

<sup>288</sup> **SERRANO ALONSO**: *Comentario...*, p. 1880, entiende que este requisito formal resulta innecesario para que la prenda tenga efectos *erga omnes*, ya que no es más que una reiteración de los efectos generalmente atribuidos a los documentos públicos por el artículo 1218 CC. En cambio, para **CARRASCO PERERA**: *Tratado...*, p. 817, “dado que, como dice el art. 1865 CC, la eficacia del derecho de prenda frente a terceros está condicionada a su constancia documental, no hay más remedio que admitir que el derecho de prenda es de constitución formal (...) El hecho de que el art. 1865 CC condicione la oponibilidad a la constancia de la fecha en instrumento público excluye la eficacia frente a terceros que el art. 1227 CC, en los casos que señala, confiere a la fecha de un documento privado”. De la misma opinión, respecto a este último extremo **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 520. Igualmente **ALBALADEJO**: *Derecho...*, t. III, v. 2º, p. 253, quien, no obstante, considera que “habida cuenta de lo excepcional del art. 1.865, hay que reducir su aplicación al supuesto que contempla. Realmente, aunque en él no se habla expresamente de que se refiere solamente a la constitución contractual, hay que pensar que como el Código sólo se ocupa de la constitución de la prenda por contrato, tal artículo se refiere exclusivamente a ésta. En los demás casos, se aplicarán las reglas generales y, en concreto, el artículo 1.277”. Esta parece ser la solución acogida por el legislador respecto a la preferencia de la prenda de créditos en un procedimiento concursal, ya que el artículo 90.1, 6º LC, después de calificar como créditos con privilegio especial “los garantizados con prenda constituida en documento público”, dispone que “Si se tratare de prenda de créditos bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados”. Sobre este último aspecto, véase CAP III, § 6, 23.3.

<sup>289</sup> Piénsese, por ejemplo, en el caso en que tanto representante como representado empeñen un mismo objeto en garantía de obligaciones distintas, pero que sólo uno de ellos haga constar la prenda en instrumento público; o en el caso de que el propietario y el legitimado por éste para empeñar hagan lo mismo. Téngase en cuenta, además, que el objeto de prenda puede encontrarse en posesión del pignorante (art. 18.3 LDRG).

garantía constituida, aunque no se hubiera formalizado en instrumento público o, mejor, aunque el negocio posterior se hubiera formalizado en instrumento público, con independencia de las responsabilidades a que ello diera lugar. Esta es la solución que me parece adecuada teniendo en cuenta que el centro de gravedad de la constitución de la prenda se encuentra en el traspaso de la posesión y, principalmente, que el artículo 14.1 LDRG establece de forma clara la prohibición de empeñar una cosa pignorada, con lo que la segunda garantía no sería válida puesto que la cosa ya empeñada se encontraría afectada por una prohibición que limita en ese sentido el poder de disposición del pignorante<sup>290</sup>. Por otra parte, la aplicación analógica del artículo 1473.1º CC, permite también entender que el derecho corresponde a “la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe”.

No obstante el principio general de libertad de forma en la creación de la prenda, existe algún supuesto en que la constancia de la garantía en instrumento público resulta ineludible a efectos de su válida constitución. Así sucede, por ejemplo, cuando la prenda recae sobre participaciones sociales, ya que el artículo 26.1 LSRL requiere que conste en documento público, que se inscribirá en el libro registro de socios (art. 27.1 LSRL)<sup>291</sup>. En este supuesto la diferencia entre efectos entre las partes y efectos *erga omnes* se diluye, ya que la prenda es plenamente oponible desde su nacimiento.

En otros casos, ni la válida constitución de la garantía real ni su completa oponibilidad demandan la constancia de la prenda en documento público. Así sucede, por ejemplo, cuando la prenda recae sobre valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta. Según la legislación del mercado de valores, la entidad encargada ha de practicar la inscripción de la prenda cuando se le presente un documento público, pero

---

<sup>290</sup> **CAMPO VILLEGAS:** “En torno...”, p. 131, se inclina por una nulidad relativa al admitir la sanación del vicio como efecto de la declaración de nulidad o de la extinción de la primera prenda.

<sup>291</sup> La inscripción de la prenda en el libro registro de socios, aun siendo un trámite necesario, no es un requisito indispensable para la válida constitución del derecho real.

también cuando se le presente documento expedido por una sociedad o agencia de valores acreditativo del acto traslativo (art. 50.1 RD 116/1992), o cuando “tenga constancia de que el titular inscrito y la persona a cuyo favor hayan de inscribirse los valores consienten la inscripción” (art. 50.2 RD 116/1992), constancia que puede obtener a través de documento privado<sup>292</sup>. En esta línea, la LRLMV ha sentado un sistema que, aunque especial para ciertos supuestos, admite, sin ningún género de dudas, la constitución de la prenda al margen del instrumento público. En efecto, la Disposición Adicional Sexta LRLMV<sup>293</sup> permite que los valores representados por anotaciones en cuenta admitidos a negociación en un mercado secundario puedan ser pignorados, además de mediante póliza intervenida por corredor de comercio colegiado o escritura pública, mediante documento privado (DA Sexta, 2. a)<sup>294</sup> o mediante

---

<sup>292</sup> Según el mismo artículo 50 RD 116/1992, en su número 4, la entidad encargada debe procurarse siempre la debida acreditación documental de la concurrencia de consentimientos y conservar una copia de los mismos. Sin embargo, la cuestión que en este punto se plantea es si la entidad debe limitarse a cerciorarse de la existencia de los consentimientos o debe, también, analizar la licitud y validez del negocio jurídico realizado. Parece que la “constancia” que se exige de la entidad es algo más que tener conocimiento, y que, por tanto, la entidad encargada no sólo debe conocer la voluntad de las partes sino, también, cerciorarse de ella, porque se encuentra obligada a abstenerse de practicar la inscripción cuando “le conste que no existe título verdadero, válido y bastante para producir la transmisión” (art. 50.2, final RD 116/1992), lo que sólo se consigue mediante el análisis de la documentación aportada. **MORENO DE LA SANTA GARCÍA: Prenda...**, p. 179: “La única matización que se podría realizar es que, en virtud de la manera en que se encuentra redactado este artículo, no se trata de una obligación calificadora de la entidad, sino una mera función de revisión que deberá detener todos aquellos títulos que sean manifiestamente ilícitos o incorrectos”.

<sup>293</sup> Sin embargo, el ámbito de aplicación de esta norma es limitado. Por una parte, la prenda ha de recaer sobre valores representados en cuenta admitidos a negociación en un mercado secundario, y, por otra, el derecho ha de constituirse “en garantía de las obligaciones generales contraídas frente a algún mercado secundario o frente a sus sistemas de compensación y liquidación, o en garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas por operaciones efectuadas en uno de esos mercados” (DA Sexta, 1. LRLMV). **MORENO DE LA SANTA GARCÍA: Prenda...**, p. 184: “Se establecen, por tanto, limitaciones con relación al objeto de la prenda, a una de las partes intervinientes y a las obligaciones principales que se garanticen. No parece que sea suficiente con que concurra una cualquiera de esas circunstancias para que pueda entenderse aplicable este sistema, sino que es necesario el concurso de todas ellas”. No obstante, como pone de relieve este autor, obra y p. cit., el ámbito de aplicación de este artículo es una cuestión controvertida, atendiendo a la aplicación extensiva que permite el artículo 36.7, g) LMV, en favor de las prendas en garantía de préstamos de valores.

<sup>294</sup> Los valores podrán empeñarse mediante documento privado cuando la entidad encargada “tenga constancia del consentimiento del que aparezca como titular en el citado registro y de la entidad a cuyo favor se constituya la prenda” (DA Sexta, 2.a) LRLMV)

manifestación unilateral de quien aparezca como titular en el registro contable, incluso realizada por medios telemáticos (DA Sexta 2. b)<sup>295</sup>.

En cualquiera de estos casos, la inscripción de la prenda en la cuenta correspondiente del soporte informatizado, además de ser requisito constitutivo del derecho real, en sustitución del traslado posesorio, determina su oponibilidad *erga omnes*. Es decir, dado que en la prenda de valores representados mediante anotaciones en cuenta la constitución del gravamen real no es válida hasta que se inscribe en el registro contable correspondiente (arts. 10.1º LMV y 13 RD 116/1992), y dado que hasta ese momento no es oponible a terceros (arts. 10.2º LMV, 13.2 RD 116/1992 y DA Sexta, 2,b) 3º LRLMV<sup>296</sup>), resulta que la inscripción de la prenda es, a la vez, presupuesto de la existencia del derecho real y de la perfecta oponibilidad del mismo, diluyéndose, por tanto, aquí también, la diferencia entre efectos *inter partes* y efectos *erga omnes*. En consecuencia e insistiendo en ello, en estos casos no resulta necesaria la formalización de la prenda en instrumento público, aunque también pueda hacerse (art. 39.1 con relación art. 50.1 RD 116/1992)<sup>297</sup>.

En definitiva, el artículo 12.2 LDRG contiene una norma de protección de terceros, que determina la eficacia de la prenda formalmente constituida frente

---

<sup>295</sup> Según este mismo precepto “se entenderá producida la aceptación de la entidad a cuyo favor se constituya desde que se comunique dicha manifestación unilateral a la entidad encargada de la llevanza del registro contable de los valores, siempre que así esté previsto en la reglamentación del mercado o sistema de compensación y liquidación de que se trate, o se haya pactado expresa y previamente esta forma de aceptación entre las partes interesadas”.

<sup>296</sup> No obstante, la misma Disposición Adicional Sexta, 2 LRLMV advierte que las prendas constituidas por medios distintos a los instrumentos públicos no gozarán de los efectos que a estos corresponde, a excepción de los efectos frente a terceros que establece el artículo 10 LMV.

<sup>297</sup> Según **DÍAZ MORENO**: “La prenda...”, p. 394, “la inscripción sería un acto de ejecución de ese contrato consensual (*datio solvendi causa*), antes de lo cual no surgiría derecho o afección alguna sobre los valores; el único efecto del contrato consensual consistiría –como es regla general en nuestro Derecho, donde los contratos producen efectos obligacionales y no tiene, por sí mismo, eficacia real- el nacimiento de la obligación para quien prometió constituir la prenda, de hacer inscribir la garantía sobre los valores cuya afección se hubiera pactado”. En parecido sentido **MORENO DE LA SANTA GARCÍA**: *Prenda...*, p. 193.

a cualquiera, pero que decae frente a otras normas que, persiguiendo la misma finalidad, resultan más específicas por razón del objeto sobre el que recae la prenda (cfr. arts. 19.6 y 20 LDRG).

### **3.2. Eficacia probatoria del instrumento público**

Según el artículo 12.2 LDRG la prenda es plenamente oponible a terceros desde que consta en instrumento público. Los instrumentos públicos son “Los documentos en que intervenga Notario público” (arts. 1216 y 1217 CC, cfr. art. 144 RN)<sup>298</sup>. Su eficacia sustantiva o procesal es la que le otorgan los artículos 317 y ss. LEC, mientras que sus requisitos o solemnidades se rigen por la legislación notarial (Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, y el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944).

La eficacia que legalmente se atribuye al instrumento público se proyecta en el derecho real de prenda en dos aspectos fundamentales. Por una parte, el instrumento público tiene un efecto probatorio de la existencia del derecho real de prenda, así como de sus circunstancias, tanto respecto de los otorgantes como respecto a terceros; y, por otra, tiene un efecto prelativo, derivado de la preferencia que a los créditos garantizados con prenda le otorgan los artículos 1922.2º y 1926.1ª CC y 918 C de C<sup>299</sup>.

---

<sup>298</sup> En el artículo 317 LEC se mantienen innecesariamente separados los números 2º, que recoge los documentos notariales, y 3º, que recoge los intervenidos por Corredor de Comercio Colegiado, pese a que a la entrada en vigor de la ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado, de 29 de diciembre de 1999, estos últimos desaparecieron con carácter autónomo. Esta Ley, entre otras consecuencias, supuso que Notarios y Corredores de Comercio Colegiados se refundieran en un sólo cuerpo, el de Notarios, dependientes del Ministerio de Justicia y con equiparación de funciones.

<sup>299</sup> **PAU PEDRÓN, ANTONIO:** “Legislación Notarial, Función Notarial, Instrumento Público”, Prólogo a la *Legislación Notarial*, segunda edición, ed. Tecnos, Madrid, 1995, pp. 13 a 23, p. 20, en su párrafo III, 2º, señala que “La eficacia del instrumento público tiene, en una parte, alcance general y, en otra, un alcance parcial y específico: se produce sólo respecto de determinados instrumentos, determinados negocios o determinados aspectos negociales. Dentro de los efectos generales hay que situar el autenticador y el probatorio. Dentro de los efectos específicos deben incluirse el constitutivo, el traditorio, el ejecutivo, el de inscribibilidad, el prelativo y el perentorio”.

En su efecto probatorio, el instrumento público “hará prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que en su caso intervengan en ella” (art. 319 LEC, cfr. art. 1218 CC). Pero ello no significa que el documento público en general y el instrumento público en particular sean medios absolutos de prueba; carácter negativo que ha sido puesto de relieve tanto por la legislación notarial como por la doctrina científica y por la jurisprudencial. El instrumento público no ampara “la veracidad intrínseca de las declaraciones de voluntad y de las declaraciones sobre hechos o circunstancias conexos con el negocio. La fe notarial ampara sólo la realidad de que tales declaraciones han sido hechas, y no puede imponer por tanto, frente a tercero, una eficacia mayor”<sup>300</sup>. En la misma línea se ha expresado reiteradamente la jurisprudencia, al entender que “el valor o eficacia del documento público no se extiende a su contenido o a las declaraciones que en ellos hagan los otorgantes, pues, aunque en principio hacen prueba contra éstos y sus causahabientes, la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario, sin que tal medio probatorio tenga prevalencia sobre los demás, vinculando al Juez sólo respecto de su otorgamiento y de su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas”<sup>301</sup>.

Así pues, la constancia de la prenda en instrumento público supone dotar al derecho real de la fehacencia que a esta forma corresponde en cuanto a la fecha y al hecho que motivó su otorgamiento (art. 1218.1º CC), esto es, en cuanto “a todo lo que abarca la unidad de acto desde la comparecencia hasta la lectura y suscripción del documento, incluido el que las manifestaciones de

---

<sup>300</sup> PAU PEDRÓN: “Legislación...”, p. 20.

<sup>301</sup> STS de 30 de setiembre de 1995, FD Segundo; y, en el mismo sentido, SSTS de 24 de febrero y 13 de diciembre del 2000, FD Segundo y FD Tercero, respectivamente; 20 de diciembre de 1999, FD Quinto; 18 y 19 de junio de 1992, FD Tercero y FD Segundo, respectivamente; 2 de abril de 1990, FD Quinto; 30 de octubre de 1998, FD Segundo; 4 de febrero de 1986, FD Séptimo; 12 de julio de 1984, FD Segundo; 31 de mayo de 1984, FD Segundo, entre otras muchas.



los otorgantes fueron emitidas tal y como el documento refleja<sup>302</sup>. Pero este efecto no impide que, respecto del resto del contenido del instrumento público y a través de otros elementos probatorios, pueda acreditarse una realidad intrínseca diferente a la formalmente expresada, es decir, no impide que pueda acreditarse la existencia de unos hechos o pactos diferentes, que prevalecen sobre los documentados y no pueden oponerse a terceros<sup>303</sup>.

---

<sup>302</sup> STS de 31 de mayo de 1984, FD Segundo.

<sup>303</sup> El mismo criterio es mantenido por la doctrina de los autores. Así, **SCAEVOLA: Código...**, p. 355, **SACRISTÁ REPRESA, GUILLERMO**, en **AAVV: Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**, coordinado por **FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, MIGUEL ANGEL - RIFÁ SOLER, JOSÉ M<sup>a</sup> - VALLS GOMBAU, JOSÉ FRANCISCO**, t. II: artículo 281 al 555, Iurgium editores, Barcelona, diciembre 2000, p. 1253; **GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, FERNANDO: Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000) (BOE 8-1-2000. Corrección de errores BOE 14-4-2000). Anotaciones, concordancias, apéndice legislativo y bibliografía**, Editorial Forum, S.A., Oviedo, 2000, p. 376.



## § 2 CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE RETENCIÓN

### 4. PRESUPUESTOS DE CONSTITUCIÓN

El artículo 3 LDRG permite constituir derecho real de retención siempre que concurren los presupuestos que en el mismo precepto se establecen, esto es, siempre que se constituya por quien poseyendo de buena fe una cosa mueble ajena haya de entregarla a otra persona, en garantía de las obligaciones relacionadas en el artículo 5 de la propia Ley.

#### 4.1. La posesión previa a la retención

La posesión, como poder efectivo que se ejerce sobre una cosa, es un requisito indispensable para la existencia del derecho real de retención. Cuando no existe posesión no se puede retener (arts. 3; 6.1 y 3 LDRG).

El constituyente del derecho de retención puede haber adquirido previamente la posesión de la cosa mueble por cualquiera de los medios legalmente admitidos. No es imprescindible que quien decida retener tenga la posesión corporal ni la inmediata del bien (cfr. art. 431 CC). Lo imprescindible es que la cosa sea poseíble y que el acreedor tenga la posesión del objeto que pretende retener, por el concepto que le fue atribuido por el justo título de su posesión, que genera su derecho a poseer correspondiente. Pero no es imprescindible que ese *ius possessionis* se ejercite de forma inmediata ni sobre cosa corporal. Lo que importa, como se ha dicho, es que la posesión del acreedor le permita crear una situación de sujeción o control sobre el objeto que decide retener (cfr. art. 438 CC), de forma que le permita incumplir legítimamente su obligación de restituir<sup>304</sup>. No obstante, los efectos típicos del derecho de retención

---

<sup>304</sup> En contra **BELTRÁN DE HEREDIA DE ONIS**: *El derecho...*, p. 71: "Se ha discutido si sobre cosas incorporales puede ejercitarse la retención. Desde el momento en que se admite la propiedad sobre cosas incorporales, es indudable la posesión sobre las mismas.

sobre bienes muebles corporales pueden verse condicionados a que, en el momento de la constitución del derecho, el retenedor consiga la tenencia material inmediata del objeto sobre el que se ejerce la garantía.

#### 4.1.1. La buena fe posesoria

La LDRG requiere que el poseedor que haya de constituir derecho de retención ostente de buena fe la posesión de la cosa (art.3). Esta actitud subjetiva en el poseedor que la LDRG requiere puede ser entendida en su sentido concreto o específico, buena fe referida a la posesión, o en su sentido amplio o genérico, como principio general del Derecho. La buena fe referida a la posesión en general tiene como función primera atribuir a ésta el carácter de debida y, como consecuencia, reconocer en beneficio del poseedor la existencia de un *ius possidendi* que se corresponda al concepto posesorio en el que se posee (arts. 448 y 464 CC)<sup>305</sup>. Como principio general de derecho (art.

---

Nuestro Código Civil habla además de la posesión de derecho (art. 430), que son cosas incorporeales. Siendo la posesión de la cosa retenida un requisito de la posesión, parece a primera vista posible la retención de cosas incorporeales. Pero, con todo, la posesión sobre cosas incorporeales es una posesión impropia que se compagina mal con la detentación o relación material de hecho exigida por la retención. Esta recae solamente sobre cosas que son susceptibles de una posesión material"; **CANO MARTÍNEZ DE VELASCO**: *La retención...*, p. 31: "La cosa lo es tal en sentido estricto, pues es imposible, impracticable, inimaginable, y absurda la retención de bienes inmateriales, por hacer ilusoria e ineficaz la pretendida función de garantía. En este punto, nadie ha osado iniciar un debate"; **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS**: *Instituciones...*, v. I, p. 386: "En el context de l'article 3 l'expressió cosa equival a cosa material o corporal, perquè el precepte fa referència al deure inicial que afecta al retenidor de lliurar la cosa a una altra persona, i aquest lliurament comporta una transferència material de la possessió, que sols és possible quan es tracta de coses corporals". En el mismo sentido **LÓPEZ LÓPEZ, ÁNGEL M.**: *Retención y mandato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976, p. 38; **ABRIL CAMPOY**: "El derecho...", p. 1908; **CATALA FRANJOU**: "De la nature...", p. 35.

<sup>305</sup> **BADOSA COLL**: "Justo...", p. 676: "La noción de posesión contraria a Derecho se puede y debe referir no sólo a la carencia en el poseedor del derecho a poseer, sino que, aun existiendo éste, la posesión será "indebida" cuando tenga caracteres de los que carece el "ius possidendi" en el que se apoya". **ABRIL CAMPOY**: "El derecho...", p. 1908, entiende que el requisito general de la buena fe al que alude el artículo 3 LDRG establece una diferencia entre el derecho de retención del Código Civil, donde "la buena fe en la posesión tan solo forma parte del supuesto de hecho de la norma en la hipótesis del artículo 453, no en los artículos 1.600, 1.730 o 1780 en los que la buena fe se introduce por vía art. 1.258". Sin embargo, mientras que el artículo 453 CC contempla y atiende a una posible liquidación de un estado posesorio, por los gastos eventualmente generados, el artículo 1258 CC se refiere a la buena fe como criterio aplicable al desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, de manera que éste se produzca, tal y como indica **DÍEZ-PICAZO**: *Comentario...*, p. 437, "conforme a una serie de principios que la conciencia social

7.1 CC) la buena fe representa, en su sentido negativo, un límite generalmente admitido al ejercicio de los derechos subjetivos y los deberes jurídicos<sup>306</sup>.

#### 4.1.1.1. La buena fe vinculada a la posesión

El Código Civil contempla y atiende a la posesión en abstracto, como hecho, con independencia de la existencia del *ius possidendi* que la misma pueda engendrar, aunque en íntima relación con el mismo (cfr. arts. 433 y 448 CC)<sup>307</sup>. La posesión que como hecho se califique jurídicamente como debida se corresponderá con un derecho a poseer que la justifique, mientras que la que no resulte así calificada existirá, pero con independencia de su correspondiente derecho a poseer y, por tanto, falta de justificación.

---

considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o por el contrato”. Es decir, mientras que el artículo 453 CC acoge el concepto jurídico formal de la buena fe, el artículo 1258 acoge su concepto ético-social.

<sup>306</sup> Como aclara **GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN**, en **AAVV: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales**, dirigidos por **ALBALADEJO, MANUEL**, t. I, segunda edición, Edersa, Madrid, 1992, pp. 870 y ss., el concepto de buena fe puede ser contemplado en dos planos o niveles distintos, el “concreto o específico” y el “genérico o amplio”. En el plano concreto, la buena fe “es contemplada como uno de los elementos que integra el supuesto de hecho de la norma jurídica” (cfr. arts. 53, 78, 79, 451, 464, 1705.2º, 1940 CC), que viene a determinar “una regla que comporta una especial protección jurídica que se mueve entre el mantenimiento de la eficacia del acto llevado a cabo y como legitimador de su propia validez hasta la previsión de una eficacia específica que sólo se predica con relación a los supuestos en que se produce la concurrencia de la buena fe”. Además, dentro de este nivel, en ocasiones la buena fe no se encuentra definida ni descrita por la norma (cfr. arts. 78, 79, 1705.2º CC), con lo que “se hace preciso llevar a cabo una labor de determinación y concreción que puede comportar una valoración subjetiva de la conducta realizada”; mientras que en otros supuestos la propia norma fija el concepto de buena fe (cfr. arts. 433 y 1950 CC), de manera que “la labor del Juez se limita a la comprobación de la existencia de la correspondencia entre lo previsto en la norma y la conducta alegada y a la aplicación de la consecuencia que corresponda”. En el plano genérico, la buena fe aparece recogida como principio general del ordenamiento jurídico (arts. 7.1º y 1258 CC), como norma jurídica de carácter general que debe presidir cualquier actuación y cuya consecuencia jurídica es la inadmisibilidad de la conducta contraria a la buena fe. Las mismas ideas en **MIQUEL GONZÁLEZ: Comentario...**, p. 41.

<sup>307</sup> **BADOSA COLL**: “Justo...”, p. 686: “la posesión no prejuzga la existencia de un derecho a poseer. Es decir, que el *ius possessionis* es independiente de que el poseedor sea o no, a la vez, titular de un derecho entre cuyas facultades se halle la de poseer. En otras palabras, la posesión puede existir lo mismo como facultad inherente a un derecho más amplio (*ius possidendi*) que como un derecho independiente y autónomo”.

En principio, dado que la existencia del *ius possidendi* correspondiente al concepto posesorio en el que se posee se presume siempre (art. 448 CC), podría pensarse que igualmente se presume siempre la existencia de la buena fe posesoria del poseedor<sup>308</sup>. La presunción es *iuris tantum*, lo que significa que no prejuzga la verdadera existencia de tal derecho de poder demostrar lo indebido de la posesión.

Sin embargo, el Código Civil sólo tiene en cuenta el concepto de buena fe posesoria en aquellos supuestos posesorios en los que el título que los origina no resulta idóneo para producir el derecho a poseer que justificaría la posesión de la que se está gozando, es decir, la buena fe sólo se tiene en cuenta cuando existe un título adquisitivo de la posesión pero éste resulta ineficaz (cfr. arts. 433 y 435 CC)<sup>309</sup>. En estos casos, la buena fe que se presume, que significa la ignorancia de la causa de ineficacia del título (art. 435 CC)<sup>310</sup>, es presupuesto de aplicación del título por equivalencia (art. 646.1º CC) y, por tanto, es presupuesto de la posesión debida y de la existencia del *ius possidendi* correspondiente. En el resto de supuestos, cuando el título material es válido y eficaz no cabe hablar de buena o mala fe. La existencia de título

---

<sup>308</sup> **BADOSA COLL:** “Justo...”, p. 686: “Este artículo establece una presunción más amplia que la que aparentemente formula. A primera vista presume solamente la existencia de justo título. *En realidad, lo que establece es una presunción de existencia del derecho a poseer correspondiente al concepto posesorio en que se posee*”.

<sup>309</sup> Cuando el Código Civil se refiere a la posesión de buena o mala fe siempre se trata de una posesión “indebida”, es decir, sin *ius possidendi* (cfr. art. 435). Buena fe en la posesión es lo mismo que el desconocimiento de su carácter indebido, y mala fe supone el conocimiento de esa circunstancia. Por tanto, cuando existe un derecho que justifique la posesión no se atiende a los conceptos de buena o mala fe, aunque se demuestre su existencia *a posteriori*, aspecto en el que se abundará más adelante.

<sup>310</sup> Por tanto, el concepto de buena fe que el Código Civil acoge en materia de posesión no es un concepto ético-social, que implicaría la convicción de no lesionar ningún derecho ajeno, sino que se trata de un concepto jurídico-formal consistente en la ignorancia de que la posesión que se ostenta no se justifica por el derecho a poseer correspondiente. Así, **BADOSA COLL:** “Justo...”, p. 703: “El artículo 433 se refiere no a un comportamiento consciente (mala fe) o inconsciente (buena fe) lesivo, es decir, reñido con las reglas de la convivencia social, sino a un comportamiento (posesión) cualificado por una circunstancia puramente psicológica, referida no a cuestiones de relaciones intersubjetivas, sino a una cuestión estrictamente jurídicoformal: la carencia de la titularidad de un *ius possidendi*, que justifique tal comportamiento (posesión indebida)”.

eficaz hace siempre debida la posesión porque su efecto es la existencia del *ius possidendi* correspondiente que la justifica.

El título adquisitivo de la posesión resulta eficaz y conlleva la existencia del derecho a poseer correspondiente en los casos de adquisición derivativa, cuando la misma se debe a un acto transmisivo del anterior titular del *ius possidendi*<sup>311</sup>, o como consecuencia de un acto unilateral de ocupación fundado en un acto de abandono del titular del *ius possidendi*<sup>312</sup> (cfr. art. 460 CC); supuestos en los cuales queda excluida la idea fundamental de lesión posesoria<sup>313</sup>. En cualquier otro supuesto, la adquisición titulada de la posesión, por sí misma, no supone necesariamente la adquisición del derecho a poseer correspondiente. Es decir, la existencia de un título material no supone necesariamente la existencia de un título eficaz.

Fuera de los casos de existencia de un título material válido y eficaz, el Código Civil atiende al concepto de buena fe para, en virtud del título por equivalencia, recalificar una posesión inicialmente indebida como debida<sup>314</sup> y, por tanto, para considerarla justificada por la existencia del derecho a poseer

---

<sup>311</sup> **BADOSA COLL**: “Justo...”, p. 670: “Podría ser, sin embargo, que el tercero hasta aquel momento hubiera poseído en un concepto inferior al que transmite. Aun así, transmite el mismo *ius possessionis* que posee en aquel momento, ya que el hecho de transmitir un *ius possessionis* que hasta entonces no detentaba significa que simultáneamente lo ha adquirido por oposición al verdadero poseedor. De modo que el acto transmisivo es a la vez adquisitivo para él y transmisivo para el nuevo poseedor. De cualquier manera vemos, pues, que el acto adquisitivo del nuevo poseedor no es lesivo para el anterior”. No sería una posesión viciosa pero tampoco lo sería debida, porque la posesión ostentada no se correspondería con el derecho a poseer (cfr. arts. 433 y 435 CC).

<sup>312</sup> Como resalta **BADOSA COLL**: “Justo...”, p. 670, “En el caso de que la posesión material del abandonista coexistiera con la incorporal del titular del *ius possidendi*, no existe título porque no existe ocupación..., en el sentido de título jurídico, porque ésta consiste en la adquisición de un derecho vacante, y en el caso contemplado el derecho que se pretende adquirir ya tiene titular”.

<sup>313</sup> La buena fe se adjetiva de acuerdo con la conducta adquisitiva de la posesión, califica la conducta posesoria del acreedor previa a la retención exigiendo que ésta respete el principio fundamental de toda adquisición: que no implique lesión o perjuicio a otro porque suponga la previa extinción de una posesión anterior contradictoria.

<sup>314</sup> Como se ha dicho, es a partir del carácter indebido de la posesión cuando el Código Civil se plantea si ésta es de buena o mala fe.

correspondiente, cuyos efectos se reconocen. De manera que existiendo título material ineficaz –que genera una posesión indebida- sólo se califica como debida aquella posesión adquirida y mantenida de buena fe (cfr. art. 435 CC), que recayendo sobre bienes muebles equivale a título (art. 464 CC). Consecuencia de lo dicho es que “el ámbito de la posesión de buena fe coincide con el del título por equivalencia”<sup>315</sup>.

Partiendo de este concepto de buena fe vinculado a la posesión podría deducirse, erróneamente a mi juicio, que el art. 3 LDRG presupone sólo la existencia de un título material ineficaz validado por la buena fe del poseedor, cuyo efecto específico en su ámbito es la posibilidad de constituir derecho de retención.

Sin embargo, ocurre que presumiéndose la buena fe del poseedor de la sola existencia de título ineficaz (art. 433 CC)<sup>316</sup>, tenemos que existiendo título existe el derecho a poseer correspondiente (art. 464 CC). Es decir, en último lugar, el art. 3 LDRG estaría requiriendo una posesión debida. Y tan debida es la posesión adquirida por la existencia de un título material eficaz, donde no se valora la buena o la mala fe en ningún momento, como aquélla para la que, partiendo de la existencia de un título ineficaz y del desconocimiento de esta circunstancia por el poseedor adquirente, la ley crea un título por equivalencia apto para engendrar el *ius possidendi* correspondiente (art. 464.1º CC)<sup>317</sup>, donde, como se ha dicho, la buena fe se presume<sup>318</sup>. Considero, por tanto,

---

<sup>315</sup> **BADOSA COLL**: “Justo...”, p. 694.

<sup>316</sup> **BADOSA COLL**: “Justo...”, p. 687: “no es que de la presunta existencia de buena fe se pueda presumir la existencia de título, sino viceversa, (...) ya que el artículo 434 únicamente significa que se presumirá la ignorancia de la ineficacia del título pero siempre que tal título exista”.

<sup>317</sup> Que será el *ius possidendi* que hubiera engendrado el título material de ser eficaz. Como resalta **BADOSA COLL**: “Justo...”, p. 690, la necesaria existencia de un título material “no se desprende del propio artículo 464 (que sólo exige una posesión de buena fe), sino que la existencia efectiva del título quien la requiere es el artículo 433.1, como presupuesto de la buena fe”. Por tanto, se observa, como en **BADOSA COLL**: obra cit., p. 692, que en estos casos existe una duplicidad de títulos: el título material ineficaz y el título por equivalencia que suple y remedia la ineficacia del título material al que se remite.

<sup>318</sup> No obstante, cuando la existencia de una posesión de buena fe deba su origen

atendiendo al concepto de buena fe que aquí se analiza, que quizá sería técnicamente más correcto exigir la posesión debida como presupuesto de constitución del derecho de retención.

Por otra parte, el incumplimiento de la obligación de pago originada por la relación básica o causal, del que puede surgir derecho de retención, faculta al acreedor que decida constituir la garantía para modificar el concepto de la posesión que ejerce sobre la cosa, y eludir legítimamente su obligación de entrega. A partir de ese momento el acreedor que lo decida se convierte en retenedor y modifica el contenido de su *ius possessionis* en correspondencia al *ius possidendi* que pretende ejercitar. Pues bien, tampoco en este caso parecería técnicamente adecuado referirse a la buena fe. Evidentemente, la posición de retenedor supone una lesión para el derecho del deudor –y para el propietario de la cosa si fuera persona distinta (cfr. arts. 4.1, 6 y 7 LDRG)- que el acreedor no ignora y que él mismo provoca. El acreedor conoce su obligación de entregar la cosa a otra persona (art. 3 LDRG), conoce que ya no tiene título para continuar poseyendo en el mismo concepto; con lo cual, en ese momento, no se le podría atribuir la cualidad de poseedor de buena fe. Ocurre, no obstante, que éste es un supuesto de interversión del concepto posesorio amparado por la LDRG. La LDRG representa para el retenedor un justo título legal de la posesión que en ese concepto ostenta, que, en consecuencia, resulta debida, y respecto de la que no se valora –tampoco en ese momento- la buena o mala fe del poseedor.

Como consecuencia, la buena o mala fe del poseedor son conceptos cuya valoración no se requeriría a los efectos de hacer jurídicamente posible o imposible la constitución del derecho de retención. La buena fe del poseedor se requeriría en un momento previo, el del nacimiento de la obligación cuyo incumplimiento faculta al acreedor a constituir la garantía, para calificar una posesión titulada con la finalidad de atribuirle o no su carácter de debida y

---

a un acto de pérdida o de usurpación de la cosa a su titular, el título por equivalencia, aun existiendo, es considerado como ineficaz por la propia ley que lo crea (art. 464. 1º CC).

hacerla merecedora de los efectos que para la misma la ley prevé en abstracto, incluida la retención. En este sentido, la buena fe posesoria, como desconocimiento de la existencia de vicios en el título de adquisición que lo hacen ineficaz, es sólo presupuesto del justo título por equivalencia. Y el justo título, material o por equivalencia, sería presupuesto del derecho de retención. En otras palabras, dado que el acreedor puede constituir y ejercitar derecho de retención en virtud de un justo título posesorio anterior, que lo mismo puede ser material, para el que –se insiste– la buena fe no importa, como por equivalencia, donde la buena fe se presume de la existencia del título ineficaz, considero que, de haber atendido a este concepto de buena fe vinculado a la posesión, hubiera resultado técnicamente más correcto establecer como presupuesto del derecho de retención la necesidad de que el poseedor lo fuera con justo título o, lo que es lo mismo, que ostentara una posesión debida. Existiendo justo título de la posesión no cabe entrar a valorar la buena o mala fe del poseedor.

En definitiva, la existencia de un justo título, material o por equivalencia, es presupuesto del *ius possidendi* del sujeto activo de la relación obligatoria que, en su caso, originará derecho de retención; pero, a la vez, es también presupuesto del justo título que la LDRG configura para la posesión del retenedor, y que justifica su derecho a poseer como tal mientras dura la retención en las circunstancias que el mismo texto explicita.

#### **4.1.1.2. La buena fe como principio general del Derecho**

También es posible entender que la LDRG utiliza el concepto de buena fe en otro sentido, en uno más general no necesariamente vinculado a la posesión. Me refiero al concepto de buena fe como principio general del derecho, positivizado en el artículo 7.1 CC (cfr. art. 1258 CC, art. 57 C de C; art. 10.1, c) LGCU; arts. 5, a); 20.2, d), y 89 ET; art. 11.1 LOPJ), que reside en el valor que la comunidad atribuye a una cierta conducta, y al que se suele atender de una forma subsidiaria y con alcance diverso cuando para la



situación concreta no exista una previsión legal que disponga expresamente una regulación específica de la buena fe.

En este sentido, el artículo 3 LDRG, que aunque recoge la buena fe como un elemento más del supuesto de hecho no define lo que debe entenderse por tal, vendría referido al poseedor de cosa ajena cuya conducta se ajuste de una forma general a lo socialmente esperado, atendiendo a las circunstancias jurídicas, económicas, y culturales del momento<sup>319</sup>. La protección jurídica que ampara a la buena fe se traduce, pues, en la LDRG en la previsión de una eficacia específica que sólo ha de predicarse con relación a los supuestos en los que concurra la buena fe o, lo que es lo mismo, se traduce en la imposibilidad de constituir derecho real de retención cuando la conducta del poseedor haya sido contraria a la buena fe. En consecuencia, la LDRG sólo permite retener al poseedor que mantuviera un comportamiento socialmente considerado correcto, tanto por lo que se refiere a la fase de constitución de cualquiera de las relaciones obligatorias descritas en el artículo 5 LDRG como en la fase de desenvolvimiento de las mismas. Desde este punto de vista, que considero el más acertado, la ausencia de buena fe en el poseedor actúa como límite a su posibilidad de actuación, impidiéndole constituir derecho real de retención.

---

<sup>319</sup> Para **DÍEZ-PICAZO, LUIS – GULLÓN, ANTONIO**: *Sistema de Derecho Civil*, v. I, novena edición, revisada y puesta al día, Tecnos, S.A., Madrid, 1997, p. 432, “La buena fe es lo que se ha llamado un *estándar jurídico*, es decir, un modelo de conducta socialmente considerada como arquetipo, o también una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado. El ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico”. En este sentido, **RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO**, en **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, Y OTROS**: *Elementos de Derecho Civil*, t. I, v. 3º, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1990, p. 115. **GETE-ALONSO Y CALERA**: *Comentarios...*, p. 876: “Sin ánimo de ofrecer un concepto generalizado de buena fe, se puede decir que éste es un modelo de conducta que supone un comportamiento leal que se delimita conforme a las circunstancias de una sociedad concreta, en un momento histórico determinado, tomando en consideración todos los factores sociales, culturales, económicos y jurídicos de la misma”. **MIQUEL GONZÁLEZ**: *Comentario...*, p. 46: “De modo aproximado podemos decir que el ejercicio del derecho contra la buena fe ataca la confianza suscitada en la otra parte, o bien una regla de coherencia de la propia conducta por imperativos éticos; la buena fe también condena el ejercicio de un derecho obtenido de forma desleal. Se desenvuelve en el marco de una relación especial entre las partes, en la que impone un deber de mutua consideración o lealtad recíproca”.

#### 4.1.2. La posesión de cosa ajena

Para constituir derecho real de retención sobre una cosa determinada su poseedor puede serlo en cualquier concepto excepto en el de propietario. La LDRG dice claramente que la posesión debe recaer sobre “cosa ajena” (art. 3)<sup>320</sup>. Sin embargo, esta expresión no ha de significar que la tenencia o posesión exigida haya de ejercerse sobre un bien propiedad de persona distinta al retenedor, o, lo que sería lo mismo, que el propietario de la cosa haya de verse excluido de la garantía en cualquier circunstancia. El artículo 3 LDRG ha de ser interpretado en clave posesoria, partiendo de la distinción que formula el artículo 432 CC entre posesión en concepto de propietario y posesión en concepto distinto del de propiedad. En este sentido, el acreedor, aun siendo propietario de la cosa, puede poseerla en concepto distinto del de propiedad (p.e. como depositario, para su reparación); y será por la relación generada como tal con el deudor, y no como propietario del bien, por lo que ostente la posesión del objeto y, en su caso, constituya derecho de retención sobre el mismo<sup>321</sup>.

Es cierto que quien creyéndose propietario de un bien sin serlo y poseyéndolo en ese concepto puede resultar vencido en su estado posesorio y, como consecuencia, encontrarse obligado a entregarlo al vencedor. En este caso, cuando quien se cree propietario y posee por este concepto se niega a entregar la cosa no está ejercitando un derecho de retención, sino una de las

---

<sup>320</sup> Porque, como resalta **ABRIL CAMPOY**: “El derecho...”, p. 1910: “la garantía real tan solo desempeña su función cuando a la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911) se une la sujeción directa e inmediata de un bien ajeno al acreedor que va a responder de las obligaciones del deudor”.

<sup>321</sup> **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS**: *Institucions...*, v. I, p. 386, cuando afirman que “La possessió de que parla l’article 3 no és una possessió en concepte de propietari, ja que el precepte parla de cosa “aliena”, i això vol dir que ens trobem aquí davant d’una possessió en concepte distint al de propietari, que es pot fonamentar en un dret real o en un dret de crèdit”. **VIÑAS MEY**: “El derecho...”, p. 111: “aunque el caso normal es el ser ajeno al objeto retenido, consistiendo el *ius retentionis* en una derogación modal de la obligación de dar, nada obsta conceptualmente la pertenencia de la cosa al titular del mismo”.

facultades integradas en el derecho de propiedad que defiende (cfr. arts. 453 y 464.2º CC). Vencido en su posesión, el poseedor, ahora por otro concepto distinto del de propiedad, podrá ejercer derecho de retención contra el verdadero propietario, siempre que concurren los presupuestos requeridos por la LGP<sup>322</sup>.

La expresión “cosa ajena” que la LDRG emplea en su artículo 3 no ha de interpretarse en su sentido literal, como cosa propiedad de persona distinta al retenedor. La retención, como derecho de garantía, debe estar al alcance de todo aquél que, concurriendo las demás circunstancias legalmente exigidas, se encuentre obligado a entregar la posesión del bien a otra persona. Concurriendo sobre el objeto propiedad del acreedor un derecho entre cuyas facultades se encuentre la de poseerlo, el propietario-acreedor que eventualmente lo posea en concepto distinto del de propiedad podrá retenerlo en función de garantía, ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones en seguridad de las cuales la LDRG prevé esta posibilidad. En definitiva, lo que importa es que el acreedor se encuentre obligado a entregar la posesión de la cosa a otra persona. Por la misma razón quien pretenda ser propietario y esté poseyendo en este concepto no puede constituir derecho de retención que le permita negarse a entregar la cosa reivindicada, porque la negativa a la entrega es una de las facultades integradas en el derecho de propiedad que está defendiendo

Es indiferente que la cosa o las cosas retenidas pertenezcan a un sólo propietario, a propietarios distintos -varias cosas de distintos propietarios cada una-, o que se encuentren sometidas al régimen de comunidad. El derecho real de retención, por su naturaleza, se proyecta sobre el objeto afectado con independencia del patrimonio o patrimonios en los que se integre.

---

<sup>322</sup> **ABRIL CAMPOY:** “El derecho...”, p. 1909, cita (57): “es posible que el poseedor de buena fe posea en concepto de propietario y, a nuestro entender, aún así, los créditos por los gastos necesarios de conservación y gestión efectuados en la cosa, o bien los daños y perjuicios sufridos con motivo de la cosa (art. 4.1. a) y b) justifican la constitución del derecho de retención”.

## 4.2. Existencia de una obligación incumplida

### 4.2.1. El carácter accesorio del derecho real de retención. Su función de garantía

El derecho de retención, como derecho real de garantía, es siempre accesorio de una obligación. Esta garantía parece estar principalmente pensada para asegurar el cumplimiento de obligaciones dinerarias (cfr. art. 5 a), b), c) y, d) LDRG), pero no tiene por qué ser así porque ni la retribución de la actividad realizada a la que se refiere el apartado c) del artículo 5 LDRG tiene que haber sido pactada en dinero, ni el apartado e) del mismo artículo prejuzga la naturaleza de esa “otra deuda a la que la ley otorgue expresamente esta garantía”. Por consiguiente, igual que en la prenda, el derecho real de retención puede constituirse en seguridad de todo tipo de obligaciones, ya supongan una prestación de dar, de hacer o de no hacer, aunque lo que en definitiva asegura la garantía es el pago de una cantidad de dinero, la que se obtenga como resultado del ejercicio de la facultad de realización del valor (art. 7 LDRG)<sup>323</sup>.

El poseedor de cosa mueble que decida ejercitar derecho de retención sobre la misma ha de ser titular de un derecho de crédito, vencido y exigible, a cuya insatisfacción la propia Ley vincula la eventual constitución de la garantía (art. 3 con relación art. 5 LDRG)<sup>324</sup>.

---

<sup>323</sup> Véase CAP II, § 1, 1.1

<sup>324</sup> El acreedor constituye derecho de retención para oponerse a la devolución de la cosa que, en otras circunstancias, se vería obligado a devolver al deudor o a entregarla a quien con mejor derecho la solicite (art. 3 LDRG). Proclamado por la LDRG el carácter accesorio del derecho de retención, pueden predicarse del mismo las notas que, aunque en razón de la prenda, resalta **GUILARTE ZAPATERO: Comentarios...**, p. 444: “1º que no puede nacer sin un crédito, cuya extinción por cualquier causa provoca asimismo la de la garantía. 2º Que ésta, como derecho real, sólo corresponde al titular del crédito personal. 3º Que la transmisión de éste es presupuesto necesario y suficiente para la transmisión de la garantía. Y, 4º Que el titular pasivo de la garantía, en el supuesto de no serlo el propio deudor personal, puede oponer al acreedor las mismas excepciones que aquél”. Véase CAP II, § 1, 1.2.

Sin embargo, para constituir derecho de retención la LDRG no exige que el acreedor demuestre la existencia del crédito que pretende asegurar. Como se verá más adelante, para constituir la garantía el acreedor tiene la obligación de comunicar notarialmente al deudor y al propietario si fuera persona distinta su decisión de retener, la liquidación unilateralmente practicada y el importe total de su crédito. Con el cumplimiento de estos requisitos el derecho de retención queda formalmente constituido, sin necesidad de que el acreedor demuestre la existencia del crédito que se asegura. Ni la LDRG establece ningún requisito en este último sentido ni el notario que elabore la comunicación tiene la obligación de indagar sobre la existencia del crédito que se alega. Seguramente el notario demandará la acreditación que considere necesaria, un principio de prueba de que el crédito existe, como mínimo, para practicar la liquidación y la determinación a que el artículo 4.1 LDRG se refiere. Pero no es responsabilidad del notario si quien pretende retener actúa con la creencia errónea de que el crédito existe o, conociendo su inexistencia, actúa dolosamente. El deudor o el propietario del bien que consideren la inexistencia del crédito por el que frente a ellos se retiene o la inexactitud del contenido de la comunicación disponen de un mes para oponerse judicialmente (art. 4.1 y 7.1 LDRG). Pero, para entonces, el derecho de retención ya constituido habrá comenzado a desplegar su eficacia. El acreedor puede proceder, incluso, a la realización de la garantía cuando la oposición judicial al contenido de la comunicación no se formule en el plazo establecido (art. 7.1 LDRG) o, formulada ésta, no se consigne o afianze el importe de la deuda más un veinte por ciento en concepto de gastos de procedimiento (art. 4.1 LDRG). De todo ello resulta que si bien el derecho de retención es siempre accesorio del crédito al que garantiza, no es imposible que esta garantía se constituya y su ejercicio se lleve hasta sus últimas consecuencias en seguridad de un crédito inexistente<sup>325</sup>.

---

<sup>325</sup> En contra **ALMAGRO NOSETE**: "Significación...", p. 117: "El derecho de retención es como tal garantía, accesorio de una obligación preexistente; y siendo así, no se puede pretender ejercitarlo por un crédito cuya existencia no esté probada (...) El derecho de retención en garantía de un crédito inexistente supondría un acto arbitrario".

Es indiferente que la relación obligacional causa de la retención sea o no de tipo contractual, o sea de naturaleza recíproca o unilateral. El derecho de retención puede constituirse siempre que concurren las circunstancias previstas por la LDRG (arts. 3 y 5). Tampoco importa que el ordenamiento jurídico prevea cualquier otro tipo de mecanismo de defensa del crédito al que el acreedor pueda recurrir. Es decir, resulta indiferente que el acreedor disponga también, por ejemplo, de una excepción de incumplimiento de contrato, dirigida a evitar que el acreedor recíproco le exija su propio cumplimiento, pero que le autorice indirectamente para mantenerse en la posesión<sup>326</sup>. El acreedor que lo prefiera puede optar por constituir derecho de retención, cuyo ámbito efectivo excede de la simple facultad de mantener en la posesión del bien, de la mera compulsión al pago a través de la resistencia. El derecho de retención que la LDRG configura es un derecho real que permite a su titular realizar el valor de la cosa retenida para cobrar su crédito, como efecto más significativo. Por tanto, el acreedor al que se refiere la LDRG dispone de la posibilidad de constituir la garantía, prescindir de la misma, o de utilizar cualquier otro mecanismo jurídico a su alcance para la satisfacción de su interés<sup>327</sup>.

No obstante, aunque la LDRG no lo prohíba expresamente, entiendo que no habría de ser posible constituir derecho de retención –que tampoco resultaría útil- cuando el crédito se encontrara suficientemente garantizado por otro derecho real de realización de valor o por una fianza solidaria de entidad de crédito. En

---

<sup>326</sup> El retenedor no se niega a cumplir con su obligación de entrega, que cumplirá en cuanto su interés se vea satisfecho; lo que el retenedor pretende es evitar el perjuicio económico que el incumplimiento por parte del deudor le supone.

<sup>327</sup> Opinión que no comparte **CANO MARTÍNEZ DE VELASCO**: *La retención...*, pp. 67 y ss. "No son, sin embargo, elementos de la retención cualesquiera otros créditos del poseedor de una cosa ( p. ej., depositario, arrendatario) que, derivándose de necesidades del contrato, tales como gastos de gestión, indemnización por daños sufridos en su ejecución, y otros semejantes, le autoricen a mantenerse en la posesión. Ello porque, en estos supuestos, no se ejercita por aquél la retención, sino la excepción de incumplimiento de contrato". Por su parte, **CATALA-FRANJOU**: "De la nature", pp. 22 y ss., entiende que cuando la prestación principal del contrato sea una prestación de hacer -de la que la entrega resulta accesoria, sin interdependencia causal- normalmente resultará imposible oponer la excepción de incumplimiento de contrato, porque la actividad ya se habrá realizado; de lo cual resulta que, siendo tan irreversible la deuda como la obligación que la hizo nacer, sólo cabe en estos supuestos el derecho de retención, como recurso para obtener la contrapartida de la remuneración de su actividad.

principio nada parece oponerse a lo contrario –a que, además, se pueda constituir derecho de retención. Sin embargo, dado que la LDRG permite “imponer” al retenedor la “sustitución de la cosa retenida” por una garantía real o por la concreta garantía personal, siempre que resulte suficiente en los términos legales (cfr. art. 11 LDRG), y que en caso de sustitución -a la que el acreedor no puede negarse ni oponerse- el derecho de retención se extingue, considero que, de existir previamente esa garantía de pago no habría de poder constituirse derecho de retención en seguridad del mismo crédito, suficientemente garantizado<sup>328</sup>. En cambio, podrá constituirse derecho de retención en garantía de un crédito insatisfecho con independencia de la existencia de cualquier garantía que asegure su pago, incluso cuando ésta se trate de una fianza solidaria de entidad de crédito, si no fuera suficiente para cubrir el importe total del crédito<sup>329</sup>.

En concreto, no será posible constituir derecho de retención sobre un bien determinado cuando el cumplimiento de la obligación ya estuviera suficientemente garantizado por una prenda con desplazamiento de la posesión. La posibilidad de que el acreedor pignoraticio retenga la posesión de la cosa empeñada hasta el cumplimiento total de la obligación asegurada es uno de los efectos propios del derecho real de prenda (art. 18.1 LDRG)<sup>330</sup>. En este caso la retención no actúa independientemente, sino como contenido del derecho real de prenda cuya función específica consiste, también, en asegurar el cumplimiento de la obligación de la que es accesorio. Pero la función y el contenido de ambas retenciones es

---

<sup>328</sup> Para evitar la retención y conseguir que el retenedor devolviera la cosa retenida el deudor o el propietario sólo tendrían que constituir otra garantía real o un nuevo afianzamiento solidario de entidad de crédito que fueran suficientes y exigir la sustitución de la garantía (cfr. art. 11 LDRG).

<sup>329</sup> En este caso, una vez incumplido el crédito garantizado, el valor de la garantía constituida no resulta suficiente para cubrir el montante final del crédito (p.e. por gastos de conservación -art. 18.2 LDRG), con lo que el acreedor puede constituir derecho de retención, dado que esta garantía no es un mecanismo subsidiario de efectividad del crédito (cfr. art. 1111 y 1294 CC).

<sup>330</sup> La prenda no sólo garantiza el pago de la obligación (cfr. arts. 2.1, a) y 13 con art. 5 LDRG) y de sus intereses (cfr. art. 2.1, b) con 5, d) LDRG), sino que se extiende, también, a los gastos necesarios de conservación (cfr. arts. 18.2 con 6.2 y 5, a) y b) LDRG). Es decir, el derecho de retención no supone para el acreedor pignoraticio mayor garantía que la que le reporta la prenda constituida.



idéntico, lo que impide –o, cuanto menos, hace totalmente innecesario- constituir, además, un derecho de retención<sup>331</sup>.

Por otra parte, no todo crédito existente, vencido y exigible puede asegurarse con derecho real de retención. La LDRG no permite la retención de cualquier bien mueble del deudor en garantía de cualquier crédito del acreedor. La LDRG sólo permite constituir derecho de retención en seguridad de ciertos créditos, aquellos a los que la ley atribuya este efecto de forma expresa (cfr. art. 5, e) LDRG). De una forma general, la propia LDRG ofrece una relación abierta de los créditos que pueden generar derecho de retención. El denominador común de todos ellos se encuentra en la especial vinculación que ha de existir entre el incumplimiento de la obligación que se garantiza y la cosa poseída sobre la que se ejercerá la garantía<sup>332</sup>. Esta vinculación objetiva, a la que responde cualquiera de los supuestos contenidos en el artículo 5 LDRG, refleja la idea primaria según la cual el fundamento y el límite del derecho de retención se encuentra en la relación directa que ha de existir entre el crédito y la cosa, de manera que el primero ha de haber sido generado por razón de la segunda o encontrarse inmediatamente relacionado con la situación de la misma<sup>333</sup>. No obstante ese

---

<sup>331</sup> El supuesto de hecho es muy improbable, pues la prenda exige la existencia de una obligación.

<sup>332</sup> **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS:** *Institucions...*, v. I, p. 389: "Aquestes anomenades «obligacions» que originen dret de retenció són, més que obligacions en sentit estricte, unes situacions derivades de la relació jurídica inicial, que havia convertit el retenidor en posseïdor de la cosa, i que poden provocar un possible empobriment del retenidor, que el legislador considera injustificat".

<sup>333</sup> **BELTRÁN DE HEREDIA DE ONIS:** *El derecho...*, p. 78, considera que puede "hablarse de dos clases de conexión que dan lugar a dos clases de retención: una conexión objetiva y otra jurídica. La primera, que se da entre el crédito y la cosa, da lugar a la retención propia, extracontractual. Entre el propietario y el retentor no existe ningún negocio jurídico precedente; la única relación existente se da entre el crédito y la cosa, pues aquél surgió por los gastos realizados sobre ésta. Es el caso del artículo 453. De la conexión jurídica surge la retención impropia como aplicación de la «exceptio nin adimpletus contractus». Cualquiera que sea la forma que pueda asumir, es seguro la existencia y necesidad del requisito de la conexión en materia de retención". **ABRIL CAMPOY:** "El derecho"..., p. 1910: "La vinculación existente entre el crédito y la cosa puede ser de dos tipos: material o jurídica. La primera alude a aquellos créditos derivados de los gastos efectuados en la cosa o de los daños y perjuicios irrogados por la posesión de ésta (debitum cum re junctum), mientras que la segunda conecta ciertos créditos que se originan con motivo de una relación jurídica, en virtud de la cual el titular de dichos créditos es además poseedor del bien".



punto de partida, por el juego del apartado e) del artículo 5 LDRG es posible que en el futuro se incluyan supuestos de derecho de retención en los que esa conexión directa no exista, supuestos en los que para nada intervenga la cosa retenida o en los que la relación con la misma sea algo más mediata (cfr. art. 1866.2º CC).

#### **4.2.2. El artículo 5 LDRG**

El artículo 5 LDRG relaciona de forma general las obligaciones que originan derecho real de retención. Esta generalidad en el planteamiento cuestiona el ámbito objetivo de la LDRG, de manera que se hace necesario analizar, en relación con la regulación contenida en el Código Civil, cuáles son los supuestos, las figuras jurídicas que a juicio de la Ley merecen este *plus* de protección y, por tanto, quedan efectivamente incluidas en su ámbito, y cuales resultan excluidas.

##### **4.2.2.1. “El resarcimiento de los gastos necesarios para la conservación y la gestión de la cosa y el de los gastos útiles” (art. 5, a) LDRG)**

A tenor de lo dispuesto en el primer inciso del apartado a) del artículo 5 LDRG, origina derecho de retención “El resarcimiento de los gastos necesarios para la conservación y la gestión de la cosa”. Este apartado se refiere a los gastos que el acreedor hubiera realizado para evitar el deterioro de la cosa, que la hiciera desmerecer en su utilidad o en su función económica, o para evitar su pérdida o destrucción. Su fundamento se encuentra en el principio general según el cual los gastos de conservación que genere la cosa han de ser asumidos por quien obtenga su beneficio (arts. 356, 395 y 422 CC)<sup>334</sup>. En este caso, el propietario de la cosa es quien hubiera tenido que hacer los

---

<sup>334</sup> **POZO CARRASCOSA:** *El derecho...*, pp. 59 y ss., pone de manifiesto que cuando el Código Civil distingue entre gastos ordinarios y extraordinarios, por un lado, y, entre gastos necesarios, útiles y de puro lujo o mero recreo, por otro, se basa en el concepto del beneficio de quien realiza un gasto, considerando no reembolsables aquellos que se entienden como contrapartida del uso de la cosa, en el primer caso, o aquellos de los que se obtiene un aprovechamiento o ventaja, en el segundo.

desembolsos legalmente resarcibles, para seguir dedicándola al uso que le es propio o para continuar obteniendo un aprovechamiento normal de la misma, de no haberse dado la situación posesoria que origina derecho de retención<sup>335</sup>.

La consideración de un gasto como necesario depende de la cosa que lo requiera así como de las circunstancias de cada caso en concreto. De una forma general, el concepto de conservación<sup>336</sup> incluye los gastos necesarios para el mero mantenimiento de la cosa que cualquier poseedor mínimamente diligente efectuaría, los gastos de reparación por averías, desperfectos o daños que eventualmente puedan ocasionarse, en proporción a los mismos y siempre que no se encuentren incluidos en el presupuesto aceptado al que se refiere el apartado c) del mismo artículo 5 LDRG; así como los gastos de previsión necesarios tendentes a evitar la amenaza de daño o desperfectos en la cosa retenida que, de ocasionarse posteriormente, obligaran a realizar mayores desembolsos para repararla<sup>337</sup>.

No obstante, no todo gasto necesario realizado por el poseedor le faculta para convertirse en retenedor. Para constituir derecho de retención resulta imprescindible que, a causa de la realización de esos gastos, se origine un crédito en favor del poseedor que le faculte para pedir su reembolso. Es decir, el acreedor podrá retener, no por el hecho de haber realizado determinados gastos necesarios para la gestión o la conservación de la cosa, sino cuando tenga derecho a reclamarlos y el deudor no cumpla con su obligación de reembolso<sup>338</sup>. Por tanto, no serán gastos necesarios en el sentido del artículo 5

---

<sup>335</sup> **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS:** *Institucions...*, v. I, p. 389. Aunque referido al depósito cfr. art. 1779 CC.

<sup>336</sup> Siguiendo a **POZO CARRASCOSA:** *El derecho...*, pp. 64 y ss., quien distingue entre gastos de conservación en sentido estricto, gastos de reparación, gastos de previsión y custodia y gastos de administración, incluyéndolos todos en el concepto de gastos necesarios o de conservación.

<sup>337</sup> **POZO CARRASCOSA:** *El derecho...*, p. 70, considera que la inclusión de los gastos de previsión en el concepto de gastos de conservación requiere la concurrencia de los requisitos de idoneidad o adecuación exacta a una hipotética pero previsible necesidad futura, proporcionalidad respecto del valor de la cosa y oportunidad en su realización.

<sup>338</sup> **ABRIL CAMPOY:** "El derecho...", p. 1912, atendiendo a la clasificación dual que diferencia entre gastos necesarios, útiles y de puro lujo, y entre gastos ordinarios y

a) LDRG aquellos que, aun siendo imprescindibles para mantener el estado y la utilidad de la cosa, deban ser soportados por el poseedor de acuerdo con la relación obligatoria que a los mismos le obliga (cfr. arts. 1094, 487, 500, 1573, 1743 CC).

Así, por ejemplo, el usufructuario no podrá constituir derecho de retención por los gastos de las reparaciones ordinarias que precisen las cosas dadas en usufructo (art. 500 CC), ni el arrendatario por los gastos que se deriven de la utilización diligente de la cosa arrendada y resulten necesarios para devolverla tal y como la recibió al concluir el arriendo (cfr. arts. 1573 y 1555.2º, 1561 y 1564 con relación al art. 1554.2º CC). Los gastos por estos conceptos realizados no originan un crédito en favor de quien los realiza, y no existiendo crédito tampoco es posible su garantía.

En el comodato corren a cargo del comodatario los gastos ordinarios que resulten necesarios para el uso y la conservación de la cosa prestada (art. 1743 CC) -como contrapartida natural a su derecho de uso esencialmente gratuito- y los gastos extraordinarios de conservación realizados sin poner en conocimiento del comodante su eventual producción,<sup>339</sup> excepto que deban ser realizados de inmediato, sin esperar al resultado de la decisión del comodante, para evitar que la cosa perezca o sufra daño (art. 1751). Por tanto, el comodatario que realice gastos extraordinarios de conservación con licencia del comodante u obligado por la urgencia tiene derecho al reembolso de los mismos. No obstante, el artículo 1747 CC excluye en favor del comodatario

---

extraordinarios se pregunta, respecto de esta última "si el ordenamiento jurídico catalán acoge o no esta distinción". Pero no es que la LDRG acoja o no la distinción entre gastos ordinarios y gastos extraordinarios. La LDRG sólo atribuye la facultad de constituir derecho de retención a quien, como resultado de la aplicación de las normas generales, resulte acreedor en concepto de los gastos de conservación realizados y por aquello que según las mismas normas le corresponda atendiendo a la concreta relación jurídica de la que se derivan. Es, pues, en un momento anterior a la eventual aplicación de la LDRG cuando debe dilucidarse si existe un crédito al reembolso de los gastos de conservación, de todos o sólo de los extraordinarios. En este sentido, la LDRG acoge la distinción.

<sup>339</sup> A fin de que el comodante decida si quiere o no realizarlos porque va a ser él quien deba soportarlos (art. 1751 CC).

todo derecho de retención, "aunque sea por razón de las expensas"<sup>340</sup>, y no le permite omitir en ningún caso la devolución de la cosa prestada al comodante - obligación fundamental del comodatario-. Esto significa que, en el ámbito del Código Civil, el derecho del comodatario al reembolso por gastos extraordinarios realizados en las circunstancias descritas ha de ejercitarse por la vía ordinaria de ejecución<sup>341</sup>.

De otra forma atiende la LDRG a las facultades del comodatario con derecho al reembolso por los gastos extraordinarios de conservación realizados. Los artículos 3 y 5 LDRG exigen, como presupuesto del nacimiento del derecho real de retención, la existencia de un crédito vencido y exigible por los conceptos que en el texto se detallan. De existir un crédito por esos conceptos, lo cual debe dilucidarse al amparo de los correspondientes preceptos de la legislación general, y en el caso del comodatario a la luz de los preceptos del Código Civil, la LDRG concede al acreedor la posibilidad de retener la cosa vinculada a la relación obligatoria hasta el completo pago, sin ninguna excepción. Por tanto, en el ámbito de la LDRG, el comodatario titular de un derecho de reembolso nacido al amparo del artículo 1751 CC podrá

---

<sup>340</sup> La cuestión se centra entonces en la determinación del significado que el término "expensas" tiene en este artículo. De una interpretación literal parece que incluya todo tipo de gastos realizados por el comodatario. En este sentido se expresa **ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO DE**, en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - Díez-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 1613: "El precepto declara taxativamente que éste (el comodatario) no puede retener la cosa prestada (en suma, retrasar o posponer su devolución) por ningún concepto ni siquiera como medio de constreñimiento para obtener el reembolso de los gastos extraordinarios que son de cuenta del comodante". Pero de una interpretación sistemática, atendiendo al contexto en el que el precepto se emplaza, se deduce que las "expensas" se refieren, por una parte, a los gastos realizados por el comodatario a cuenta del comodante y, por otra, a la indemnización por los daños ocasionados en las circunstancias del artículo 1752 CC; supuestos que determinan el nacimiento de los correspondientes derechos de crédito en favor del comodatario. Así, el mismo **ÁNGEL YAGÜEZ**: obra cit., p. 1614, concluye su comentario al artículo 1747 CC entendiendo que "Esto significa que los derechos de reembolso e indemnización del comodatario (por gastos extraordinarios y daños, respectivamente) han de ejercitarse por las vías ordinarias de ejecución del derecho de crédito".

<sup>341</sup> Según **ÁNGEL YAGÜEZ: Comentario...**, p. 1614: "La explicación puede residir en la circunstancia de que el comodato es *siempre* en exclusivo provecho del comodatario con su esencial gratuidad".

retener la cosa prestada y, en su caso, realizar el valor de la misma, en garantía y pago de los gastos extraordinarios satisfechos.

Los gastos necesarios de conservación y gestión no son sólo los realizados antes de la constitución del derecho de retención, sino también los que se realicen una vez constituida la garantía y mientras ésta se mantenga (cfr. art. 6.2 LDRG)<sup>342</sup>. Una vez constituido derecho de retención, la prohibición general de uso que pesa sobre el poseedor, que ha cambiado su concepto posesorio previo por el de retenedor, determina la extensión de la garantía al reembolso de cualquier gasto que requiera la conservación de la cosa retenida. Es cierto que la LDRG permite un eventual uso conservativo de la cosa retenida con la exclusiva finalidad de evitar su deterioro o menoscabo. Pero en estos casos el uso no es un derecho que la LDRG concede al retenedor, sino una obligación que le impone. En consecuencia, resulta imposible que existan gastos ordinarios no reembolsables como contrapartida a un derecho de uso, porque este derecho no existe. Otra cosa será que el retenedor esté autorizado por el propietario para usar la cosa en aquello que exceda de su necesidad conservativa.

Uno de los supuestos tradicionalmente asegurados con derecho de retención en el Código Civil, pero que no encontraba cabida en las hipótesis del artículo 4.1 LGP es el previsto en el artículo 453.2 CC, que atribuye al poseedor de buena fe derecho de retención por los gastos útiles efectuados por razón de la cosa. La opción del legislador catalán expresada en la LGP fue proteger únicamente los gastos realizados que resulten indispensables para la conservación de la cosa (cfr. art. 455 CC), es decir, aquellos imprescindibles para evitar que la cosa perezca o sufra un deterioro; gastos que, como se ha dicho, igualmente debiera haber realizado su propietario y que redundan en su beneficio. En cambio, el acreedor no podía constituir derecho real de retención por los gastos útiles realizados, quizás por entender que, al no suponer

---

<sup>342</sup> PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS: *Institucions...*, v. I, p. 389.

siempre un beneficio para el propietario -no resultan necesarios para mantener la cosa en su estado-, no se le podían imponer.

Actualmente, la LDRG considera el crédito por los gastos útiles realizados como presupuesto del derecho real de retención, y lo integra en el artículo 5, a), junto a la obligación de pago de los gastos necesarios para la conservación y gestión de la cosa. El cambio de criterio del legislador catalán posiblemente se deba a que los gastos útiles, aunque no significan necesariamente un beneficio para su propietario, suponen siempre un aumento en la productividad o rendimiento de la cosa y, por tanto, son gastos que siempre reportan una ventaja patrimonial<sup>343</sup>. Por otra parte, la inclusión de este supuesto en el artículo 5 LDRG evita posibles litigios sobre la calificación de un concreto gasto realizado, para determinar si es necesario o si es útil, a los efectos de la aplicación de la LDRG, a la vez que elimina la aplicación supletoria del artículo 453 CC en Cataluña<sup>344</sup>.

Los gastos útiles a los que se refiere el artículo 5 LDRG son los realizados por el poseedor antes de adoptar su “decisión de retener”, pero no los que realice una vez constituido el derecho real. El artículo 6.2 LDRG, que extiende el derecho de retención a los gastos necesarios resultantes de la conservación de la cosa retenida, no incluye a estos efectos los gastos útiles realizados. El artículo 6.2 LDRG se refiere sólo a los gastos necesarios porque son los que el retenedor está obligado a realizar para cumplir con su deber de conservación diligente. En cambio, la realización los gastos útiles por parte del retenedor no se corresponde con ninguno de sus deberes. En consecuencia, para evitar posibles abusos por parte del retenedor, los gastos útiles realizados por éste en la cosa retenida no quedan cubiertos por la garantía.

---

<sup>343</sup> **MIQUEL GONZÁLEZ:** *Comentario...*, p. 1220: “Deben caracterizarse por aumentar la rentabilidad o productividad de la cosa, y por ello aumentan su valor desde el punto de vista de la función económica a la que está destinada. También son los que aumentan su valor en venta si la cosa estaba destinada a ser vendida, aunque no aumenten su productividad”.

<sup>344</sup> En este sentido **POZO CARRASCOSA, PEDRO DEL:** “Els drets reals de garantia”, *Boletín Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, nº 105, mayo y junio 2003, t. I, pp. 221 a 231, p. 226.

Aunque la LDRG no lo mencione debería ser posible que el deudor o el propietario pudieran optar entre abonar el importe de los gastos útiles realizados<sup>345</sup> o abonar el aumento de valor que por ello haya adquirido la cosa (cfr. Art. 453.2º CC)<sup>346</sup>. Esta opción representaría una protección para los perjudicados por la garantía, que en ningún caso estarían obligados a satisfacer por gastos útiles un importe superior al aumento de valor que haya tenido la cosa.

#### **4.2.2.2. “El resarcimiento de los daños producidos en razón de la cosa a la persona obligada a la entrega” (art. 5, b) LDRG)**

El apartado b) del artículo 5 LDRG establece como presupuesto de constitución del derecho real de retención el resarcimiento de los daños efectivamente ocasionados al poseedor, siempre y cuando exista una relación de causa-efecto entre la situación por la que se posee la cosa y el daño producido (cfr. art. 1779 CC). Aunque la LDRG se refiere exclusivamente a los daños, ha de entenderse que la garantía se extiende también al pago de los perjuicios que el retenedor pueda sufrir por la misma causa, como disminución patrimonial que debe ser reparada<sup>347</sup>.

Los daños y perjuicios resarcibles son los efectivamente producidos antes de la constitución del derecho de retención. La garantía no se extiende a los daños y perjuicios ocasionados por la cosa con posterioridad a la

---

<sup>345</sup> **DÍEZ-PICAZO – GULLÓN:** *Sistema...*, v. III, p. 141: “Si el poseedor victorioso opta por satisfacer el importe de los gastos, la suma de dinero a que alcancen debe ser objeto de la correspondiente revalorización, porque es una deuda indemnizatoria a la que es aplicable ese principio, y porque si las normas han de ser aplicadas según la realidad social imperante (art. 3.º 1 C.c.), el ajuste monetario se impone en época de inflación” En el mismo sentido **MIQUEL GONZÁLEZ:** *Comentario...*, p. 1221

<sup>346</sup> **DÍEZ-PICAZO – GULLÓN:** *Sistema...*, v. III, p. 141: “¿Cómo se determinará tal aumento? Parece justo que sea mediante la diferencia entre el valor que tendría la cosa sin la mejora (gastos útiles) y el que tiene por la misma, apreciados ambos en el momento de la restitución”. En el mismo sentido **MIQUEL GONZÁLEZ:** *Comentario...*, p. 1221.

<sup>347</sup> De la misma opinión **POZO CARRASCOSA:** *El derecho...*, pp. 77 y ss.; **ABRIL CAMPOY:** “El derecho...”, p. 1912, cita (61). En ocasiones la ley se refiere de manera indistinta a los daños o a los perjuicios (cfr. arts. 1101, 1106, 1107, 1108 CC).



constitución del derecho real. Esta interpretación restrictiva puede parecer no demasiado lógica o acertada si se atiende a lo que ocurre en materia de gastos (art. 5, a) LDRG). Haciendo un paralelismo con el artículo 6.2. LDRG, que extiende la garantía a los gastos de conservación realizados durante la retención, podría sustentarse la idea de que igualmente habrían de quedar asegurados por la misma garantía los daños que por razón de la cosa se ocasionaran durante la retención, siempre y cuando el retenedor cumpliera diligentemente con su deber de guarda y no infringiera la prohibición de uso, en su justa medida. Con este criterio, sólo quedaría excluidos, por no resarcibles, los daños producidos por causa de la inadecuada conservación de la cosa, entre los que se incluyen los derivados del uso o abuso de la misma (cfr. art. 6.2 LGP y 1729 CC)<sup>348</sup>. Sin embargo, de forma contraria a lo que ocurre en materia de gastos (art. 6.2 LDRG), no existe en la LDRG un artículo específico que permita extender la garantía a los daños producidos con posterioridad a la constitución del derecho real, igual que ocurre con los gastos útiles realizados en la cosa. Por ello entiendo que el acreedor que lo estime conveniente habrá de constituir un nuevo derecho real de retención sobre la misma cosa, en los términos señalados por el artículo 4.1 LDRG, que garantice su derecho a ser resarcido por los daños y perjuicios que por causa de la cosa retenida haya podido sufrir no obstante su diligencia. De esta forma quedan mejor protegidos los intereses del deudor, quien podrá oponerse judicialmente a la nueva pretensión del retenedor, en el plazo de un mes a contar desde la fecha de la notificación (cfr. art. 4.1 y 7.1 LDRG). No obstante, no parece haber inconveniente en que, llegado el momento, el acreedor unifique la realización de las respectivas garantías.

Según la LDRG el daño producido por razón de la cosa debe haber perjudicado a la persona obligada a su entrega, es decir, al constituyente del

---

<sup>348</sup> De la misma opinión **POZO CARRASCOSA**: *El derecho...* p. 83; **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS**: *Institucions...*, v. I, p. 389; **ABRIL CAMPOY**: "El derecho...", p. 1912, quien entiende que los menoscabos patrimoniales que el deudor pueda sufrir por causa de la infracción del deber de guarda o de la facultad de uso por parte del retenedor no justifican el nacimiento de un derecho de retención en favor del primero, aunque, en todo caso, pueden servirle como fundamento para la reclamación por los daños y perjuicios sufridos.



derecho de retención. Sin embargo, el daño o el perjuicio puede haberlo sufrido también una tercera persona a la que el acreedor deba indemnizar como responsable directo del resultado causado. En estos casos, aunque el acreedor se haga cargo de reparar los daños al tercero, podrá repercutirlos al deudor, como daño patrimonial efectivamente sufrido, y constituir derecho de retención sobre la cosa -si todavía la posee- en garantía de ese crédito.

En el caso concreto del comodato, el artículo 1752 CC responsabiliza al comodante de los daños sufridos por el comodatario a causa de los vicios de la cosa si, conociéndolos el primero, no hubieran sido puestos en conocimiento de este último<sup>349</sup>. A la misma consecuencia se podría llegar cuando advertidos los vicios por el comodatario y notificada su existencia al comodante -que hasta ese momento no los conociera-, para que realice los gastos extraordinarios necesarios para subsanarlos, se derive un daño en la persona o bienes del comodatario (arg. art. 1752 en relación 1751 CC)<sup>350</sup>. Así pues, el CC prevé la eventual existencia de un crédito por daños en favor del comodatario, aunque, como ha quedado dicho, no le faculte para retener por ningún concepto (art. 1747 CC). Al contrario, el artículo 5 b) LDRG faculta al poseedor para ejercer derecho de retención en garantía de los daños producidos por causa de la cosa. Por tanto, en el ámbito de la LDRG el comodatario que tenga derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios sufridos por los vicios de la cosa prestada conocidos por el comodante podrá constituir derecho real de retención en garantía del pago de ese crédito.

---

<sup>349</sup> Los vicios han de causar un daño en la persona o bienes de quien la recibe en préstamo. Por tanto, no se toman en consideración los vicios de la cosa prestada cuando sólo signifiquen una pérdida en la utilidad de la misma. En cualquier caso, parece que el comodante no será responsable cuando medie negligencia del comodatario, esto es, si los vicios eran manifiestos o el comodatario podía haberlos conocido por razón de su oficio o profesión (cfr. art. 1484 CC). De esta opinión **ÁNGEL YAGÜEZ: Comentario...**, pp. 1621 y 1622.

<sup>350</sup> En este caso sería necesario que el comodatario no apreciara la urgencia de la subsanación, es decir, que creyera que los daños no se iban a producir de forma tan inmediata.

**4.2.2.3. “La retribución de la actividad realizada para la confección o reparación de la cosa, siempre que previamente haya habido un presupuesto escrito y aceptado y que la actividad realizada se adecue al mismo” (art. 5, c) LDRG)**

El precepto contenido en el artículo 5, c) LDRG permite constituir derecho de retención al ejecutante de una obra en cosa mueble en garantía del pago de su actividad. Este precepto modifica y restringe el ámbito de aplicación del anterior artículo 4.1 c) LGP, según el cual era presupuesto del derecho real de retención “La retribución de la actividad realizada por razón de la cosa, por encargo del poseedor legítimo, siempre que haya habido un presupuesto aceptado y que la actividad realizada se adecue al mismo”. Como se observa, el precepto contenido en el artículo 4.1, c) LGP se expresaba en forma más amplia que el actual 5, c) LDRG, puesto que mientras que aquél se refería a “la actividad realizada por razón de la cosa”, a cualquier actividad, éste se refiere a “la actividad realizada para la confección o reparación de la cosa”. La amplitud en la formulación de este punto por la LGP contrastaba, de entrada, con lo dispuesto por el artículo 1600 CC, que sólo permite retener al ejecutante de obra en cosa mueble. En cambio, la protección que la LGP dispensaba en este punto alcanzaba a cualquier crédito originado por causa de una actividad realizada en cumplimiento de las obligaciones asumidas por la relación jurídica en la que se conecta el crédito con la cosa, independientemente de cuál fuera su finalidad, con los límites que la ley establece (cfr. art. 1255 CC). Actualmente, el artículo 5, c) LDRG prevé un supuesto paralelo al del artículo 1600 CC, pero excluye otros casos de retención que anteriormente se encontraban amparados por la LGP. Concretamente, en el precepto previsto por la LGP podían incluirse, además de ciertos supuestos de arrendamiento de obra y de servicios, la retribución debida al mandatario y al depositario, créditos estos que en el Código Civil se encuentran desprovistos de la garantía que representa el derecho de retención<sup>351</sup>.

---

<sup>351</sup> No obstante, como pone de relieve **POZO CARRASCOSA: *El derecho...***, pp. 92 y ss., existe un caso en que el crédito por la retribución podría quedar asegurado por el derecho de retención del artículo 1780: cuando la retribución se ha pactado anticipada y expresamente

En cambio, según la LGP, la actividad retribuida del acreedor tenía que haber sido realizada “por encargo del poseedor legítimo” (art. 4.1, c) LGP), mientras que en el actual texto de la LDRG este requisito se suprime. Por poseedor legítimo se entiende el que ostenta debidamente la posesión de la cosa o quien, detentándola indebidamente, origina en el acreedor un error excusable, basado en la ignorancia de la inexistencia, invalidez o falta de efectividad del título en que debería fundamentarse el derecho a poseer del que encarga la actividad a realizar. Atendiendo a ello, parece que la supresión de este requisito en la LDRG significa que el acreedor podrá constituir derecho de retención aunque conociera sobradamente la falta de legitimidad, validez o efectividad de la posesión detentada por quien le encarga la actividad a realizar.

La actividad realizada por el acreedor debe ajustarse a un presupuesto aceptado por quien la encargó. El presupuesto tiene que ser por escrito, formalidad que introduce la LDRG como requisito. En consecuencia, no resulta suficiente con que el acreedor consiga demostrar la existencia de acuerdo oral previo en las condiciones pactadas respecto de la actividad a realizar, ni la aceptación tácita de éstas por parte de quien la encarga. En todo caso se requiere que el presupuesto y su aceptación consten por escrito. La existencia de un presupuesto por escrito se configura, por tanto, como una carga del acreedor que pretenda garantizar su crédito con derecho de retención.

En el presupuesto, como cálculo anticipado del coste de una actividad, deberá especificarse la actividad a realizar, el material necesario para llevarla a cabo cuando deba aportarlo quien la realiza (cfr. arts. 1588, 1589 y 1590 CC) y su valoración económica. La cuestión que en este punto se suscita estriba en

---

para cubrir los gastos de conservación previsibles. Sería un resarcimiento anticipado de los gastos de conservación que quedarían incluidos en el artículo 1779 CC. Por otra parte, entiende este mismo autor, obra y pp. cit., que, tratándose de depósito remunerado, las similitudes estructurales que el supuesto presenta respecto del arrendamiento de obra, permiten aplicar de forma analógica el artículo 1600 CC al depositario, permitiéndole retener la cosa depositada hasta el pago de dicha retribución.

determinar el carácter de la condición que este precepto impone, es decir, si el presupuesto aceptado es un requisito que actúa como condición incidental o esencial del derecho real de retención. Quienes opinan que se trata de una condición incidental sostienen, por ello, que el acreedor puede igualmente constituir derecho de retención cuando quien encargue la actividad a realizar renuncie a la presentación del presupuesto, porque sólo a éste beneficia. Consideran que "la renuncia a la confección del presupuesto no impide la aplicación de la norma, ya que en caso contrario se harían depender las consecuencias de la misma a un acto meramente potestativo"<sup>352</sup>. Desde el otro punto de vista el carácter esencial de la condición puede defenderse, no sólo por las palabras de la LDRG, que así lo exige expresamente, sino por la propia idea del interés o beneficio. En principio no habría de haber inconveniente en que el acreedor constituyera derecho de retención en caso de renuncia expresa del deudor, con constancia documental, a la aceptación del presupuesto. Pero la LDRG exige taxativamente que exista "siempre" un presupuesto aceptado, seguramente para fortalecer la seguridad jurídica que justifica la constitución unilateral de un derecho real de realización de valor. Por otra parte la existencia de un presupuesto aceptado no sólo beneficia al deudor aceptante, que de esta manera no se expone a desagradables sorpresas, sino que también beneficia al acreedor, quien acredita y justifica sin lugar a dudas el crédito generado del que derivan sus facultades<sup>353</sup>. Desde esta perspectiva es posible defender la

---

<sup>352</sup> **MIRALLES GONZÁLEZ**: "Ley catalana...", p. 714, cita (8) y, siguiéndola **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS**: *Institucions...*, v. I, p. 390. Igualmente **ABRIL CAMPOY**, "El derecho...", p. 1914, aunque refiriéndose al acreedor como autor de la renuncia.

<sup>353</sup> La existencia de un presupuesto aceptado favorece la seguridad jurídica y es un elemento de protección de los intereses de ambas partes, ya que les permite acreditar las circunstancias del crédito, cuyo impago faculta al acreedor a constituir unilateralmente una garantía de naturaleza real. Se aduce, sin embargo, que la legislación actual prevé la eventual renuncia a la confección del presupuesto, particularmente, en la legislación autonómica catalana los artículos 5.1 y 10.1 del Decreto 213/2001, de 24 de julio, de protección de los derechos del consumidor y usuario en la prestación de servicios sobre los bienes de naturaleza duradera, el artículo 14.5 del Decreto 298/1993, de 8 de octubre, sobre actividad industrial y prestación de servicios en talleres de reparación de vehículos y de sus equipos y componentes; y en la legislación estatal el artículo 14 del Decreto 147/87, de 31 de marzo, de reparación de automóviles, y el artículo 4 del Decreto 166/90, de 20 de junio, sobre transporte de vehículos averiados. No obstante, para que un crédito merezca una protección adicional, como pueda ser la que supone el derecho *real* de retención con todos los efectos que le son propios, es lógico y de justicia que también sean adicionales sus presupuestos y requisitos.

idea según la cual la LDRG configura el requisito del presupuesto aceptado como una condición jurídica indispensable para que el acreedor pueda beneficiarse de esta garantía real, accesoria y excepcional. De entenderse en este último sentido, que es el que aquí se defiende, el acreedor no podrá constituir derecho de retención por la vía de este precepto si no existe un presupuesto aceptado por quien encargó la actividad realizada.

La LDRG requiere que la actuación del acreedor se ajuste a lo presupuestariamente acordado, lo cual significa que únicamente podrá retener respecto de la actividad realizada que figure como partida presupuestaria. Es decir, en un sentido negativo, la garantía no cubre el precio de la parte de actividad que pueda exceder de la prevista en el presupuesto por ambas partes aceptado. No obstante, entiendo que, igualmente, el acreedor podrá retener aun cuando la actividad realizada no se ajuste por defecto a la presupuestada (cfr. art. 1715 CC), es decir, cuando el resultado perseguido con la actividad se hubiera conseguido de una forma económicamente más ventajosa para el deudor (p.e. por abaratamiento del material necesario). En este caso, a pesar de que la actividad del poseedor no se ajusta o “adecua” a lo inicialmente convenido, no surge su responsabilidad, precisamente, porque tal resultado se debe a su exceso de diligencia que, en definitiva, reporta mayor ventaja patrimonial para quien le encargó la actividad a realizar<sup>354</sup>.

#### **4.2.2.4. “Los intereses de las obligaciones establecidas por el presente artículo, desde que sea notificado el derecho de retención en la forma determinada por el presente artículo” (art. 5, d) LDRG).**

El artículo 5, d) LDRG establece la posibilidad de extender el derecho de retención y, por tanto, asegurar con la misma garantía el pago de los intereses que se fueran devengando a partir de la constitución formal del derecho real.

---

<sup>354</sup> En este sentido, comentando el artículo 1715 CC, referido al mandato, **LEÓN ALONSO, JOSÉ RICARDO**, en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 1583.

Desde un punto de vista sistemático quizá hubiera sido más correcto no emplazar esta previsión en el artículo 5 LDRG, en tanto que integra una situación que mira al futuro, que se produce una vez constituido el derecho de retención, de forma contraria a lo previsto en las normas contenidas en las letras anteriores del mismo artículo, que actúan como presupuesto de la constitución de la garantía. Atendiendo a ello, quizá, como se ha dicho, hubiera sido más correcto incluir la extensión de la garantía al pago de los intereses en el artículo 6 LDRG, que también se ocupa de los gastos de conservación producidos con posterioridad a la constitución del derecho real.

La LDRG contempla a los intereses como parte integrante del crédito, como obligación accesoria de la obligación de capital (cfr. art. 2.1, b) LDRG), incluida en la garantía. Pero la LDRG sólo extiende el derecho de retención a los intereses que se generen a partir de la constitución de la garantía, a partir del momento en que el acreedor comunique su "decisión de retener" a las personas que directamente van a resultar afectadas por ella (cfr. art. 4.1 LDRG). Se entiende que a partir de ese momento el deudor entra en *mora solvendi*, excepto que se pueda demostrar que ya se encontraba en esta situación (cfr. art. 1100 CC), desplegándose entonces los efectos legales específicamente previstos para la misma (cfr. arts. 1096.2º, 1101, 1108 y 1182 CC)<sup>355</sup>. Concretamente, la LDRG establece que, realizada la notificación en la forma legalmente prevista y a partir de ese momento, los intereses que se fueren devengando del importe de los créditos que la garantía asegura quedan igualmente asegurados por la misma, de manera que aunque se llegue a pagar la cantidad correspondiente al capital, el retenedor mantiene su garantía hasta que reciba el precio de los intereses.

---

<sup>355</sup> Además, en las obligaciones recíprocas es necesario que el reclamante haya cumplido lo que le incumbe o se allane a cumplirlo debidamente (art. 1100.3º). En nuestro caso, la obligación principal del acreedor es la conservación o la gestión de la cosa, o la realización de la actividad encargada. La obligación de entrega es accesoria respecto de las anteriores y como tal debe ser atendida al momento de valorar el cumplimiento del reclamante.

Sin embargo, lo normal será que el deudor entre en mora en un momento anterior a la constitución del derecho de retención, cuando al vencimiento de la obligación ésta no se satisfaga<sup>356</sup>. Según el artículo 1100.1 CC el obligado al pago incurre en mora desde el momento en que el acreedor le interpela judicial o extrajudicialmente al cumplimiento, sin forma concreta exigida<sup>357</sup>. Además, la interpelación no resulta necesaria cuando las partes hubieran acordado la constitución automática de la mora por el sólo incumplimiento o cuando la ley así lo hubiera establecido (art. 1100.2º, 1º CC, cfr. art. 63.1 C de C). En cualquiera de estos casos la mora despliega todos sus efectos generales, pero los intereses que se vayan generando no podrán asegurarse con derecho de retención. La LDRG dispone que los intereses no quedan cubiertos hasta que la garantía se constituya formalmente, para lo cual se requiere la comunicación al deudor y al propietario, en su caso, en la forma expresamente prevista por el artículo 4.1 LDRG. Constituido el derecho real, éste no se extiende a los intereses con efecto retroactivo, sino que sólo asegura los que a partir de ese momento se devenguen. En cualquier caso, el acreedor siempre podrá ejercitar acción personal y dirigirse contra el deudor por el pago de los intereses devengados con anterioridad a la notificación.

No obstante, como se acaba de apuntar, la mora despliega todos sus efectos generales desde que se constituye. Entre estos efectos generales se encuentra la obligación del deudor moroso de indemnizar por los daños y perjuicios causados (art. 1101 CC). Cuando la obligación incumplida consista en el pago de una cantidad de dinero, la indemnización consistirá, a su vez en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el pago del interés legal, en defecto de pacto en contra, (art. 1108 CC). Así pues, por el juego del artículo 5, b) LDRG, que permite al acreedor constituir la garantía en pago de los daños y perjuicios causados por razón de la cosa retenida, podría interpretarse que, existiendo mora del deudor previa a la constitución del

---

<sup>356</sup> Mora y derecho de retención sólo coincidirán cuando no haya habido una reclamación previa de pago.

<sup>357</sup> Otra cosa será la dificultad que luego pueda tener el acreedor para probar que realizó una interpelación de la que no quede constancia.

derecho de retención, la garantía cubrirá los intereses por esta causa generados, que, en este caso, se incluyen en concepto de daños y perjuicios que han de ser reparados, al margen del apartado d) del artículo 5 LDRG.

Si el acreedor no interpela previamente, el deudor incurre en mora a partir de la comunicación notarial, quedando entonces asegurados por la misma garantía los intereses, convenidos o legales, que desde ese momento se devenguen (art. 45.1,d) en relación 6.1 LDRG).

Los intereses a los que el artículo 5, d) LDRG se refiere son los devengados a partir de la comunicación notarial. La comunicación notarial es el mecanismo formal de constitución de la garantía en la que el acreedor, de forma unilateral, practica la liquidación y determina el importe de las obligaciones cuyo cumplimiento asegura la garantía (art. 4.1 LDRG). Si el deudor o el propietario comunicado no se opone judicialmente a los anteriores extremos u, oponiéndose, la decisión judicial estima procedente el contenido de la comunicación en orden a la constitución de la garantía, los intereses que a partir de la comunicación se devenguen tendrán como base la cantidad unilateralmente fijada por el acreedor.

En estos casos, el derecho de retención garantiza un crédito todavía indeterminado en su cuantía, porque se desconoce la cantidad total resultante en concepto de intereses. Sólo al final, cuando se haya de precisar el crédito garantizado, en orden a su completa satisfacción y a la extinción de la garantía, podrá determinarse la cantidad total adeudada, que incluirá la periódicamente generada en concepto de intereses (cfr. art. 6.1 LDRG).

#### **4.2.2.5. Cualquier otra deuda a la que la ley otorgue expresamente esta garantía (art. 5, e) LDRG)**

El artículo 5 LDRG no contiene una lista cerrada de supuestos que originan derecho real de retención. Según el apartado e) de este artículo 5



LDRG, el régimen jurídico establecido para el derecho de retención resulta igualmente aplicable a cualquier otro supuesto que, por disposición legal, tenga expresamente atribuida esta garantía<sup>358</sup>.

La remisión de este precepto se refiere a normas dictadas por el legislador catalán en el ejercicio de su potestad legislativa, siempre que el derecho de retención nacido al amparo de las mismas se hubiera constituido con posterioridad a la entrada en vigor de la LGP (Disposición Transitoria LGP, cfr. Disposición Transitoria LDRG), aunque el supuesto de hecho se hubiera producido con anterioridad. Con ello se pretende homogeneizar el contenido de la garantía en cualquiera de los supuestos que la normativa catalana contemple. Quedan, por tanto, fuera del ámbito de la LDRG aquellas disposiciones, aun con rango de ley, que procedan de cualquier otro foro con competencia para dictarlas.

En este orden de cosas, los artículos 237.2 y 238 CS establecen un derecho de retención en favor del fiduciario o de sus herederos, sobre los bienes de la herencia o del legado fideicomitado, por los créditos detallados en el artículo 240 del mismo texto que ostenten frente al fideicomisario. Por tanto, actualmente el fiduciario puede constituir derecho de retención sobre todos los bienes, muebles o inmuebles, de la herencia o del legado fideicomitado<sup>359</sup>. No obstante, el fiduciario que lo prefiera puede también constituir derecho de retención sólo sobre los bienes muebles integrados en la herencia o el legado. Esta posibilidad no contradice al artículo 237 CS, que se refiere a la posesión

---

<sup>358</sup> La garantía sólo puede constituirse en los supuestos que el legislador valore de forma especial y en los que, por ello, permita prescindir, aunque sea inicialmente, de la voluntad del deudor a cuyos intereses grava. En este sentido **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS: Institucions...**, v. I, p. 391.

<sup>359</sup> Antes de la aprobación de la LDRG, dado que la LGP redujo su ámbito de aplicación a los bienes muebles, sólo era posible constituir derecho real de retención sobre bienes de esa naturaleza. Los bienes inmuebles integrados en la herencia u objeto del legado fideicomitado quedaban excluidos de la regulación de la LGP, pero podían ser retenidos conforme a las normas especiales que a tal efecto prevé el ordenamiento catalán (cfr. arts. 16 y 17 LAO). Actualmente, la LDRG somete igualmente a su ámbito el derecho real de retención sobre bienes inmuebles.

de la herencia o del legado fideicomitido en su conjunto<sup>360</sup>. Eso significa que el heredero fiduciario recibe y mantiene la herencia como universalidad. Pero esa universalidad, como tal, no es la que responde finalizado el fideicomiso de los créditos que hubieran contra el fideicomisario. De los créditos responde la herencia con los bienes concretos que la componen, que tratándose de muebles podrán ser también objeto de derecho de retención según el régimen establecido por la LDRG. Es decir, el heredero fiduciario recibe la herencia como universalidad y como tal la posee mientras dure el fideicomiso. Pero en el momento en que se cumple la condición o el término establecido y el fiduciario deba cumplir con su obligación de entrega, puede retener todos o algunos de los bienes que integran la herencia hasta que la cantidad total fijada no haya sido consignada, afianzada o satisfecha (cfr. art. 238 CS). Deferido el fideicomiso, el título que justifica el derecho a poseer del acreedor cambia: hasta entonces poseía los bienes en concepto de heredero fiduciario; a partir del momento en que el fideicomiso finaliza, el acreedor que no entregue la posesión de la herencia o el legado fideicomitido en el plazo de treinta días a contar desde que reciba el requerimiento notarial o judicial correspondiente, sólo puede seguir poseyendo como "mero detentador" (art. 237.1º CS) o como titular de un derecho de retención si lo constituye en la forma prevista por la LDRG (art. 237.2º y 238 CS). Constituido el derecho real de retención y mientras éste subsista, porque el pago de los créditos que lo originan no hayan sido satisfechos totalmente o la garantía no se extinga por sustitución en los términos contemplados por el artículo 238 CS, el acreedor puede seguir reteniendo la totalidad de los bienes -porque todos, en su individualidad, responden de los créditos-, entregar parte de ellos o entregarlos todos; porque la retención es una facultad que se le atribuye en defensa de sus intereses y que, como tal, puede o no ejercitar.

---

<sup>360</sup> De opinión contraria, **ABRIL CAMPOY**: "El derecho", p. 1915, quien considera que la limitación expresa que la LGP hacía a los bienes muebles resultaba un problema cuando "el objeto de la herencia como del legado fideicomitido esté integrado total o parcialmente por bienes inmuebles", dado que el artículo 237 CS señala con claridad que *poden retenir la dita possessió*, referida ésta a *lliurar la possessió de l'herència o el llegat difeïcomesos*.

Igualmente, los artículos 16 y 17 LAO, que sustituyen al derogado artículo 278 CDCC (Disposición Final Primera LAO), prevén un derecho de retención en favor de quien de buena fe hubiera plantado, sembrado o construido en suelo ajeno que le permite mantener en su posesión la plantación, el cultivo o lo construido en tanto los gastos por su razón generados no le hayan sido devueltos o indemnizados (art. 16 LAO). Esta garantía se considera extinguida cuando la persona propietaria de la finca reintegre, afianze o consigne judicialmente el importe de la indemnización o resarcimiento (art. 17 LAO). En este caso también, el acreedor puede convertirse en titular de un derecho real de retención si lo constituye de acuerdo con los requisitos que determina la LDRG beneficiarse de los efectos que en este mismo texto se prevén (art. 2LDRG).

#### **4.2.3. El derecho de retención en garantía de otras obligaciones. Régimen aplicable**

Con una sistemática que difiere de la seguida por el Código Civil en materia de retención -donde la garantía se prevé de forma casuística para determinados supuestos-, la LDRG establece su ámbito objetivo de aplicación mediante el establecimiento de hipótesis de carácter general, susceptibles de acoger la mayor parte de los créditos que se generen por razón de la cosa cuya posesión el acreedor se encuentre obligado a devolver (arts. 3 y 5)<sup>361</sup>.

Pero, por otra parte, esa falta de concreción en el planteamiento hace que surjan dudas respecto de la posibilidad de aplicar la normativa catalana en seguridad de determinados créditos, tradicionalmente amparados con derecho de retención en el Código Civil, pero no incluidos claramente en el ámbito de la LDRG.

---

<sup>361</sup> Lo que, según **CAMPO VILLEGAS**: "En torno...", p. 102, "favorecerá en el futuro la aplicación analógica tan discutida en el derecho común, en el que, mientras se admite para el reservista, se niega al arrendatario y al precarista".

Respecto de estos supuestos de inclusión dudosa, la cuestión que en primer lugar se plantea es si realmente quedan integrados en el ámbito de la LDRG, lo que sólo es posible averiguar analizando cada uno por separado. En cualquier caso, la integración es posible siempre y cuando su resultado no contradiga a los principios que informan el ordenamiento jurídico catalán, concretamente, a los principios inspiradores y fundamentadores de la LDRG (arts. 111-2 y 111-5 CCC). De admitirse la integración de alguno de los casos en el ámbito de la LDRG, el derecho de retención concretamente generado quedaría igualmente sometido al régimen que en la misma se establece<sup>362</sup>.

En segundo lugar, si se concluye que cualquiera de las hipótesis dudosas no puede integrarse en la LDRG y, por tanto, queda excluida de su ámbito de aplicación, ha de resolverse si ello se debe a la voluntad deliberada del legislador catalán, o si, por el contrario, no existiendo esa voluntad, se trata de una laguna que habrá de llenar acudiendo supletoriamente a las normas estatales. En definitiva, se trata de averiguar si en Cataluña se mantiene o no la retención de naturaleza no real prevista para estas situaciones por el Código Civil, cuyo régimen es el que resulta entonces aplicable. De acoger la solución positiva tendríamos como resultado la existencia en Cataluña de más de un derecho de retención, con distinta consideración y alcance: el derecho real de retención que la LDRG prevé para los supuestos que se integran en su artículo 5, y la retención de carácter no real prevista en el Código civil para el resto de supuestos<sup>363</sup>.

---

<sup>362</sup> De esta opinión **CAMPO VILLEGAS**: "En torno...", pp. 105 y ss. En contra **FUENTES MARTÍNEZ**: "el derecho...", p. 246: "Esta postura tiene, a mi juicio, el defecto de aplicar una especie de analogía «in malam partem», ya que si el derecho de retención conlleva para el propietario de la cosa (que puede ser incluso alguien distinto el deudor) la privación de determinadas facultades –incluso del dominio en último término–, una medida que puede ser esgrimida por el acreedor, como el derecho de retención, debe de contar con un claro, y expreso, apoyo legal".

<sup>363</sup> **ABRIL CAMPOY**: "El derecho...", p. 1916, parece entender que en cualquier caso de retención siempre procederá la aplicación de la LDRG; así lo afirmó, aunque con referencia al texto sustituido de la LGP, en "un supuesto en que no cabe la retención conforme a la legislación autonómica y sí de acuerdo con el Código Civil. Se trata del derecho de retención que el artículo 464.2 y 3 del Código acoge y que no encuentra cabida en ninguna de las hipótesis del artículo 4 (...) En este caso, admitido el supuesto de hecho como generador de la retención, el contenido de ésta será el disciplinado por la Ley 22/1991

Independientemente de las conclusiones que se alcancen respecto de la integración o no de determinados supuestos, ya se puede adelantar un criterio personal respecto de la posibilidad o imposibilidad de mantener en Cataluña un régimen jurídico del derecho de retención que no sea el establecido por la LDRG. Podría decirse que los supuestos de derecho de retención que prevé el Código Civil, así como sus consecuencias, no son incompatibles –a nivel de principios- con la LDRG. El ordenamiento estatal dispensa al derecho de retención un contenido mínimo, la mera negativa a la devolución, que también se contempla en la regulación de la LDRG como uno de sus efectos esenciales, y que, por tanto, desde este punto de vista, no la contradice.

Sin embargo, también entiendo que la posición anterior propicia un situación legal que, precisamente, la LGP pretendía evitar: la dispersión normativa, la ausencia de criterios únicos y generales, la disparidad de trato según los supuestos,..., en definitiva, la inseguridad jurídica que la coexistencia de regímenes jurídicos diferentes provoca (cfr. Preámbulo LGP). Uno de los propósitos de la LGP fue superar esos inconvenientes, tradicionalmente detectados en torno al derecho de retención, dotando a la institución de un único régimen jurídico, aplicable a cualquiera de los supuestos que origine la garantía, del que se pudieran extraer una serie de principios generales y elaborar una serie de criterios, a partir de los cuales fuera posible construir una teoría general de la institución. Entiendo que la intención del legislador catalán pudo ser no mantener esa dualidad de derechos de retención. Desde este punto de vista, podría entenderse que en Cataluña, donde existe una ley especial reguladora de la retención que configura a esta garantía como un derecho de

---

para todo derecho de retención sobre bien mueble constituido eficazmente". Esta opinión es criticada por **CAMPO VILLEGAS**: "En torno...", p. 104: "esta construcción resulta paradójica por cuanto hace que la misma norma jurídica que crea la laguna legal luego se aplique para llenar ésta". Para este autor, obra cit., p. 113, "a partir de la Ley 22/1991 en Cataluña existen como dos derechos de retención: el admitido hasta el presente en nuestro Derecho común tal cual fue elaborado y dibujado por la doctrina y jurisprudencia, y al que para facilitar la exposición denominaremos derecho de retención simple o tradicional, y la garantía real configurada en la Ley 22/1991 que en modo alguno puede admitirse que haya derogado a aquél ni le haya sustituido".

naturaleza real, no es posible, ni por vía subsidiaria, la aplicación de las normas del Código Civil en ninguno de los casos, estén o no previstos por la LDRG. Es decir, podría entenderse que sólo es posible constituir derecho de retención en aquellos casos que la LDRG considera, y siempre con la eficacia que la misma atribuye. Según esta interpretación no podría existir en Cataluña ningún derecho de retención de naturaleza no real, aunque su objeto fuera asegurar el cumplimiento de obligaciones no previstas por la LDRG y, por tanto, no susceptibles de asegurarse con garantía real. El único derecho de retención posible sería el legalmente configurado, con la eficacia que le corresponde, en garantía de las obligaciones legalmente previstas. Esta opción excluyente podría fundamentarse en la pretensión de completud que la LDRG alberga y en la imposibilidad de proceder a la integración mediante la aplicación de normas cuyos principios se opongan a los que informan el ordenamiento jurídico catalán, concretamente, que se opongan a los establecidos por la LDRG (cfr. arts. 111-2 y 111-5 CCC).

No obstante, también es cierto que, de acuerdo con el sistema de fuentes legalmente establecido (art. 111-5 CCC), el derecho del Estado es siempre supletorio del autonómico<sup>364</sup>. Por tanto, no es posible negar el paso a las normas civiles supletorias, en el caso de la LDRG al Código Civil, cuando exista una laguna que no pueda llenarse por la vía de la interpretación o de la autointegración.

Por otra parte, la aplicación subsidiaria del Código Civil en las circunstancias que se contemplan no atenta contra ninguno de los principios inspiradores del ordenamiento jurídico catalán en general, ni representa intromisión alguna en la disciplina de la LDRG en particular. En concreto, el

---

<sup>364</sup> Aunque la Exposición de Motivos CS, III diga lo contrario al excluir de su ámbito la aplicación directa o supletoria del Código Civil, por entender que en el texto se regulan sistemática y ordenadamente todas las instituciones sucesorias vigentes en Cataluña. Exposición de Motivos, III CS: “Aquesta llei conté una normativa autònoma, completa i global del dret successori català. S’hi regulen, de manera sistemàtica i ordenada, totes les institucions successòries vigents a Catalunya, per la qual cosa, per aplicació de l’article primer de la Compilació, s’exclou l’aplicació directe o supletòria del Codi civil a Catalunya”.

objetivo de la LDRG es establecer el régimen jurídico del derecho real de retención, por lo que la pretensión de completud de la LDRG así como los principios que en la misma se establecen se mantienen y respetan aunque se acepte la posibilidad de constituir, por vía supletoria, un derecho no real de retención en garantía de obligaciones distintas a las relacionadas en ese texto. Por tanto, cuando el supuesto se encuentre contemplado por la LDRG la consecuencia será la prevista por esta norma, independientemente de que en el ámbito del Código Civil sea posible constituir otro tipo de retención con distintos efectos. El resto de supuestos, no incluidos en el ámbito objetivo de la LDRG, pueden asegurarse con derecho de retención de naturaleza no real, si así lo prevé la legislación subsidiariamente aplicable, también en Cataluña<sup>365</sup>.

Entenderlo de otra manera supondría la eliminación total en Cataluña de ese tipo de garantía, y la absoluta e injustificada desprotección de ciertos intereses que, no pudiendo garantizarse con una retención real, podrían quedar amparados por una retención personal. Es decir, negar para el ámbito catalán la eficacia de una retención de naturaleza personal, para los supuestos previstos en el Código Civil pero de imposible integración en la LDRG, supondría negar al acreedor que se encontrara en esas circunstancias todo tipo de garantía retenedora: la que no le corresponde según la LDRG y la que le corresponde según el Código Civil; lo que puede resultar injusto y poco prudente<sup>366</sup>. Además, como se ha dicho, uno de los motivos principales que impulsó al legislador catalán en la regulación del derecho de retención fue configurar “una garantía ágil y suficientemente *flexible* para poder dar respuesta a múltiples situaciones sobrevenidas que, en caso contrario, *podrían quedar sin ningún tipo de protección*” (preámbulo II, 1º LGP). Podría decirse, pues, que el

---

<sup>365</sup> En otras palabras, parece correcto que la LDRG excluya la aplicación de cualquier otra regulación en todo lo específicamente acogido en su texto, pero no en aquello no previsto. Así, cuando las circunstancias previstas por la LDRG permitan constituir derecho de retención, éste sólo existirá con la naturaleza y los efectos que la Ley le otorga; en otro caso la retención nacerá y se desarrollará en la forma prevista por el ordenamiento estatal, y, de esta manera, se integrará en el ordenamiento civil catalán por la vía supletoria. De esta opinión **CAMPO VILLEGAS**: “En torno...”, p. 105.

<sup>366</sup> **CAMPO VILLEGAS**: “En torno...” , p. 114; **GIMÉNEZ DUART**: “Consideraciones...” , p. 407; **FUENTES MARTÍNEZ**: “El derecho...” , p. 245.

legislador catalán ha elaborado una disciplina del derecho de retención con la pretensión de asegurar de forma más estricta la satisfacción de determinados créditos, en atención a sus particulares circunstancias, para agilizar el tráfico jurídico adaptándose a las necesidades que actualmente presenta. Pero ello no ha de significar ni necesariamente conlleva que el resto de situaciones actualmente amparadas con derecho de retención estrictamente posesorio hayan de verse perjudicadas, lo que, sin duda, ocurriría de quedar sustraída la facultad de mantener la posesión hasta el pago de la deuda del derecho del acreedor. En otras palabras, la LDRG articula una regulación destinada a proporcionar la máxima seguridad en la solución de ciertas situaciones jurídicas a las que considera merecedoras de una mayor protección. Sin embargo, existen supuestos o créditos, como pueda ser el derecho a la retribución de la actividad realizada para la confección o reparación de la cosa, cuando no haya habido un presupuesto escrito aceptado (cfr. art. 5, c) LDRG y art. 1600 CC), o la posibilidad prevista en el artículo 1866.2º CC, que, a juicio del legislador catalán, no demandan una garantía tan contundente, que no justifican ciertas facultades, como la posibilidad de realizar el valor del bien afectado, pero que han de ser también jurídicamente atendidas en su justa medida.

Por todo ello, seguramente resulte más ecuánime y respetuoso tratar de coexistir ambas situaciones y optar por la coexistencia en Cataluña de dos derechos de retención: el de naturaleza real, en garantía de las obligaciones que la LDRG relaciona en su artículo 5, y el de naturaleza personal, para el resto de los supuestos específicamente previstos por el ordenamiento estatal que no queden integrados en el régimen de la LDRG, pero sí en el ordenamiento civil catalán por vía supletoria. Esta solución dual, ciertamente, no facilita el análisis global del derecho de retención, porque los problemas que envuelven a la garantía de naturaleza personal persisten, pero tampoco impide que, a partir de la normativa contenida en la LDRG, puedan extraerse criterios y principios generales que permitan elaborar un teoría general del derecho de retención de naturaleza real, lo que siempre ha de suponer un avance.



#### 4.2.4. Supuestos de inclusión dudosa en el artículo 5 LDRG

Como ha quedado dicho, queda excluido del régimen de la LDRG el crédito a la retribución de la actividad realizada por razón de la cosa cuando *no exista* presupuesto escrito previamente aceptado por quien la encargó (cfr. art. 1600 CC). En este caso, la existencia de presupuesto escrito y aceptado es un elemento que configura uno de los supuestos de hecho que originan derecho de retención (art. 5, c), y que necesariamente ha de concurrir para que la norma despliegue su eficacia.

Otro supuesto no incluido en el ámbito de la LDRG sería el del párrafo 2º del artículo 464 CC, que atribuye un derecho al reembolso del precio a quien de buena fe adquiera en venta pública un bien mueble perdido o sustraído, para el caso de que fuera reivindicado por su propietario (cfr. art. 85 C de C). Sin embargo, en este caso, no es que el supuesto no se integre en la LDRG, sino que no le corresponde. Se trata de un poseedor en concepto de propietario, cuyo derecho a defender su *ius possidendi* y su posesión correspondiente le viene atribuido, no por su estado posesorio, sino por su título de propiedad. Al poseedor adquirente se le considera propietario en tanto el que sufrió la pérdida o la sustracción no reivindique el objeto y le reembolse el precio que pagó por él<sup>367</sup>. Es decir, el adquirente sólo pierde la propiedad del bien cuando el reivindicante le abone el precio. Otra cosa será que, además, una vez reembolsado el precio de adquisición, el verdadero propietario tenga que abonar al adquirente los gastos necesarios o útiles que entre tanto haya

---

<sup>367</sup> La restitución del precio es requisito esencial del ejercicio de la reivindicatoria, con independencia de quien haya sido realmente el propietario con anterioridad. De interpretar - algo forzosamente, puesto que de la letra del precepto no parece desprenderse - que, vencido por el reivindicante, el comprador deja de ser propietario, éste podría ejercitar retención por el precio de la venta por la vía del apartado b) del artículo 5 LDRG; aunque parece excesivo identificar precio con daños y perjuicios. En ese sentido, **MIQUEL GONZÁLEZ: Comentario...**, p. 1248, pone de relieve que "si se configura el derecho del reivindicante como un derecho de modificación jurídica o, potestativo de resolver la adquisición (no el contrato de compraventa del que no es parte) del comprador por el pago del precio, éste no necesita alegar el citado derecho de reembolso mientras el reivindicante no haya hecho su declaración en este sentido. Si se configura como un derecho de crédito que otorga la facultad de retener, entonces deberá hacerlo valer".

verificado; en este caso y en este concepto el adquirente podrá ejercitar retención<sup>368</sup> por la vía del artículo 5, a) LDRG.

Un supuesto no incluido claramente en el ámbito de la LDRG sería el previsto en el párrafo tercero del artículo 464 CC, que faculta a los Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno para retener el bien empeñado en tanto no le sea reintegrado la cantidad del empeño más los intereses vencidos<sup>369</sup>. Sin embargo, entiendo que la retención a la que este precepto faculta, se encuentra prevista por la LDRG en sede de prenda (aunque también podría estarlo por la vía indirecta del artículo 5, e). Se trata de una prenda constituida en garantía del crédito del Monte de Piedad que, por aplicación del artículo 2.1, a) LDRG, con carácter general, y del artículo 19.8 LDRG, específicamente, con relación al artículo 18.2 LDRG, facultan a su titular para retener la posesión de la cosa empeñada hasta el completo pago del crédito garantizado. Por tanto, en este concreto supuesto es igualmente posible la retención en los términos dispuestos por la LDRG para la garantía pignoratícia (cfr. art. 1873 CC).

También se ha dicho que el derecho de retención que el artículo 502 CC (cfr. arts. 500 y 522 CC) prevé en favor del usufructuario, para recuperar el importe de los gastos extraordinarios realizados cuando fueran necesarios para la subsistencia de la cosa, "no resulta afectado por la Ley de Cataluña, y vigente en sus propios términos"<sup>370</sup>. Se argumenta en este sentido que el artículo 502 CC articula una relación anticrética para satisfacer al acreedor con los productos de la cosa retenida; idea que, según la opinión, se contradiría con el artículo 7 LDRG que prevé la enajenación de la cosa retenida para la

---

<sup>368</sup> En este sentido, **MIGUEL GONZÁLEZ**: *Comentario...*, p. 1248.

<sup>369</sup> **ABRIL CAMPOY**: "El derecho...", p. 1916, entiende que, tanto este supuesto como el anterior quedan integrados en la LDRG, al no ser contrarios a los principios que informan el ordenamiento jurídico catalán. No obstante, como ya se ha indicado, este autor consideró, respecto de la LGP, que "admitido el supuesto de hecho como generador de la retención, el contenido de ésta será el disciplinado por la Ley 22/1991 para todo derecho de retención sobre bien mueble constituido eficazmente".

<sup>370</sup> **CAMPO VILLEGAS**: "En torno...", p. 108.

satisfacción del crédito del retenedor. Sin embargo, tanto la posibilidad de realizar el valor de la cosa retenida por los el procedimientos especial previstos por la propia LDRG en su artículo 7, como la imputación de los frutos de la cosa a los intereses del crédito garantizado y, en su caso, al capital son efectos del derecho real de retención que la LDRG configura (art. 2.1, b) y c) LDRG). Por consiguiente, en este punto no existe contradicción alguna y la LDRG resulta aplicable, de manera que el usufructuario podrá constituir derecho real de retención en garantía del pago de los gastos extraordinarios realizados cuando estos resultes necesarios para la subsistencia de la cosa<sup>371</sup>. Tratándose de gastos necesarios de conservación, la hipótesis queda incluida en el apartado a) del artículo 5 LDRG<sup>372</sup>.

Un caso más de retención es el que se prevé el artículo 1866.2º CC. Esta norma faculta al acreedor pignoraticio para prorrogar la retención de la cosa empeñada aún extinguida la prenda, cuando posteriormente a la constitución de esta garantía el mismo deudor "contrajese con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera", en tanto no le sean satisfechos ambos créditos. Se trata, pues, de la posibilidad que se ofrece al titular de la prenda de mantenerse en la posesión de la cosa para asegurar una obligación nacida posteriormente a la garantía, pero que, no obstante tener una

---

<sup>371</sup> Según **GARCÍA CANTERO, GABRIEL**, en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - Díez-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p.1335, se consideran reparaciones extraordinarias "las que sean necesarias para la conservación de la cosa y no procedan del uso natural de la cosa".

<sup>372</sup> **CAMPO VILLEGAS**: "En torno...", p. 109, entiende que, al amparo del artículo 522 CC, el usufructuario se encuentra facultado para retener por los desembolsos que le deban ser reintegrados, tal y como dice el precepto "por todos, sin restricciones" y no sólo por los gastos extraordinarios a los que aluden los artículos 501 y 502 CC. Entiende también que ese supuesto sólo tendría cabida en la LDRG por la vía del apartado e) del artículo 5. Sin embargo, si tenemos en cuenta que el artículo 500 CC dispone que son de cuenta del usufructuario los gastos ordinarios, entendiéndolos por tales los indispensables para la conservación de la cosa o los que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de la misma, y que el artículo 487 CC establece que las mejoras útiles o de recreo que haya hecho el usufructuario tampoco son susceptibles de indemnización, tenemos que por tales gastos no se puede ejercitar derecho de retención alguno, porque no hay crédito que con el mismo se asegure. Como indica **POZO CARRASCOSA: El derecho...**, p. 27, "Ambos tipos de gastos, según el espíritu del Código, constituyen la mínima contrapartida que se exige al usufructuario; sería, en cierto modo, el precio del usufructo".

exigibilidad anterior al cumplimiento del crédito garantizado, todavía no ha sido satisfecha<sup>373</sup>. El elemento subjetivo es el punto de conexión que existe entre ambas relaciones obligatorias –la asegurada con prenda y la asegurada con derecho de retención- ya que han de tener como partes los mismos sujetos ocupando la misma posición jurídica, de manera que hayan sido contraídas “entre el mismo deudor y el mismo acreedor” (cfr. art. 13.3 LDRG)<sup>374</sup>.

El fundamento de esta norma se encuentra en el propósito de evitar que el acreedor pignoraticio pueda ver perjudicados sus intereses por causa de la conducta contraria a la buena fe del deudor. Se entiende que este perjuicio puede darse cuando, ante deber de cumplir con más de una obligación vencida y exigible, el deudor opte por extinguir la deuda de vencimiento posterior, que es la única asegurada por garantía real, sólo para eludir la realización del valor que la misma comporta<sup>375</sup>.

---

<sup>373</sup> No se trata de que la obligación posterior sea exigible antes que la garantizada con prenda, sino que aquélla sea exigible antes de que se cumpla la asegurada, independientemente de la exigibilidad de ésta. En contra **SERRANO ALONSO: Comentario...**, p. 1883: “tampoco se producirá el efecto de la extensión de la garantía cuando la primera obligación vence antes de la segunda contraída y no garantizada con prenda”. En principio parece más lógica esta última interpretación, a pesar de la dicción legal, porque si el crédito garantizado con la prenda vence antes que el segundo crédito el acreedor ha de devolver la prenda sin esperar a lo que acontezca en ese momento posterior. Sin embargo, el acreedor pignoraticio no tiene la obligación de realizar la garantía inmediatamente después del incumplimiento. Para **GUILARTE ZAPATERO: Comentarios...**, p. 528, esta circunstancia, unida a la claridad del precepto “aleja cualquier duda sobre la verdadera intención del legislador, que, por otra parte, entiende con exactitud que si el acreedor retiene la prenda es porque ésta se mantiene viva al no haberse satisfecho la obligación garantizada”. Por tanto, es posible que al vencimiento del segundo crédito, posterior al vencimiento de la obligación garantizada, la prenda no se haya extinguido todavía.

<sup>374</sup> El artículo 1866.2 CC atiende a la eventualidad de que entre las mismas partes nazca una “segunda deuda”, para que “se satisfagan ambos créditos”. No obstante, la garantía también se extiende a todos los créditos nacidos en las mismas circunstancias, sin límite de número.

<sup>375</sup> **GUILARTE ZAPATERO: Comentarios...**, p. 524: “El fundamento de la disposición se explica comúnmente señalando que el legislador ha presumido lógicamente que el acreedor no pide una nueva prenda para garantizar la segunda deuda por estimar suficiente la concertada en primer término para responder de los dos créditos (...) Se ha observado también que, con la disposición comentada, se trata de evitar que el deudor sustraiga de su nuevo compromiso los bienes pignorados y que los precedentes históricos indican que se quiere cortar una conducta del deudor contraria a la buena fe: pagar la deuda garantizada, liberando el pignorante la prenda, dejando para un momento posterior la deuda contraída en segundo lugar que era exigible antes”. En el mismo sentido

Presupuesto de aplicación del artículo 1866.2º CC es la previa existencia de una prenda extinguida por pago. Cuando la obligación se extingue, se extingue también la garantía que le es accesoria y, con ella, todas sus facultades, incluida la retención. Sin embargo, en el supuesto del artículo 1866.2º CC nace automáticamente un derecho de retención en favor de quien fue acreedor pignoraticio que le permite mantenerse en la posesión de la cosa, ahora libre del gravamen, en garantía de la deuda contraída con posterioridad a la constitución de la prenda pero de vencimiento anterior al de la obligación con aquélla garantizada<sup>376</sup>.

Por tanto no es que la prenda o sus facultades se extiendan en seguridad de la obligación nacida posteriormente. Esa deuda sigue sin estar asegurada por una garantía real. La retención prevista en el artículo 1866.2º CC es una garantía de naturaleza no real, que se agota en la simple facultad de retener los bienes anteriormente gravados por la prenda, y que no faculta al acreedor para realizar el valor de los mismos ni para oponer a los eventuales

---

**MANRESA Y NAVARRO:** *Comentarios...*, p. 568; **SERRANO ALONSO:** *Comentario...*, p. 1881.

<sup>376</sup> De esta opinión **VALVERDE Y VALVERDE:** *Tratado...*, p. 546; **PUIG BRUTAU:** *Compendio...*, p. 397; **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 526; **ALBALADEJO:** *Derecho...*, t. III, v. 2º, p. 261; **SANCHO REBULLIDA:** *Elementos...*, p. 304; **CARRASCO PERERA:** *Tratado...*, p. 836. De opinión contraria **SCAEVOLA:** *Código...*, p. 361: "Parece, pues, que este derecho de retención nace en el mismo instante en que la obligación ha sido vencida y no satisfecha, y muere cuando la obligación principal ha sido saldada, y es entre ambos momentos cuando se puede retener la cosa. Sin embargo, no es así. Al quedar pagada la obligación principal decae el derecho de prenda por razón de accesoriadad, pero mientras la obligación subsista, la prenda permanece incólume por idéntica razón, y ese derecho de retención no podemos considerarlo como un derecho nuevo, sino como un efecto propio y natural del derecho de prenda (...) La prenda, que cuando adquiere virtualidad efectiva es por razón de incumplimiento, subsiste como tal prenda viviendo a la sombra de la obligación incumplida, y retiene el acreedor la cosa, por razón de la prenda, no por causa de un nuevo derecho de retención"; **FALCÓN:** *Exposición...*, p. 343: "Si el deudor contrajo una segunda deuda después de la primera el derecho se extiende á esta también, porque se entiende que ambas se aseguraron con la prenda, aunque nada expreso hubiera estipulado acreedor y deudor". Para **SERRANO ALONSO:** *Comentario...*, p. 1883: "la consecuencia que se produce no es la extensión del derecho de prenda originario a la segunda deuda contraída sino la extensión de la facultad de retención que es cosa diversa". Igualmente **MANRESA Y NAVARRO:** *Comentarios...*, p. 571. De forma parecida, **PLANAS Y CASALS:** *Derecho...*, p. 466: "derecho de retención que no comprende sólo la deuda para cuya seguridad se ha constituido, sino que puede garantizar nuevas deudas exigibles antes de haberse pagado la primera, aunque nada de esto se haya pactado en el contrato".

terceros un derecho preferente<sup>377</sup>. La retención por causa de esta nueva obligación sólo legitima a su titular para mantenerse en la posesión de la cosa y negarse a su restitución en tanto no le sea satisfecho el crédito que garantiza<sup>378</sup>.

En la LDRG, ninguno de los supuestos previstos en el artículo 5 coincide con la premisa contenida en el artículo 1866.2º CC, por lo que, en esa hipótesis, no cabe la posibilidad de constituir derecho real de retención que excluya claramente la aplicación supletoria del Código Civil<sup>379</sup>. Por otra parte, el artículo 18.1 LDRG, en sede de prenda, obliga al acreedor pignoraticio a restituir la cosa gravada una vez extinguido el crédito del que la prenda es accesoria, sin hacer reserva alguna al cumplimiento de esta obligación, en

---

<sup>377</sup> Esta es la opinión mayoritaria de la doctrina, que niega a esta garantía el carácter de derecho real. Así, **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 525; **SERRANO ALONSO**: *Comentario...*, p.1883; **SANCHO REBULLIDA**: *Elementos...*, p. 304; **ALBALADEJO**: *Derecho*, t. III..., v. 2º p. 261; **DÍEZ-PICAZO – GULLÓN**: *Sistema...*, v. III, p. 505. En el mismo sentido la jurisprudencia sentada en STS de 24 de junio de 1941, FD Quinto: “ese derecho de retención otorgado al acreedor prendario, como prórroga de la facultad de retener que con la de enajenar, caracterizan el derecho de prenda, está limitado y circunscrito a las relaciones entre acreedor y deudor y constituye defensa de éste y no privilegio con relación a terceros”; STS de 21 de febrero de 1997, FD Primero: “lo que se pretende en el artículo 1866 del Código Civil, es otorgar al acreedor la facultad de prorrogar la retención de la cosa dada en prenda a otras deudas, en principio no garantizadas con tal prenda, pero ello no significa que dicha prenda pueda ser realizada en caso de incumplimiento en «esas otras deudas» para su satisfacción, y ni mucho menos, que con ello pueda perjudicarse terceros afectados por la deuda principalmente garantizada (...) el artículo 1866 del Código Civil, que en ningún caso permite, y así se ha dicho con anterioridad, la realización de la prenda, sino únicamente la extensión de su efecto de garantía, ni el perjuicio de terceros”.

<sup>378</sup> El artículo 1886.2º dice que la retención se prorroga “hasta que se le satisfagan ambos créditos”. Sin embargo, de mantenerse incumplida la obligación en primer lugar garantizada, el acreedor podrá mantener su posición y retener en el ejercicio de su facultad como titular del derecho real de prenda. Por tanto, la retención posterior, en concepto de retenedor personal, sólo procederá cuando el acreedor no disponga de otra garantía de mayor efectividad entre cuyas facultades se encuentre la de negarse a la restitución de la cosa, es decir, en el caso que nos ocupa, cuando se haya extinguido la obligación asegurada con prenda.

<sup>379</sup> Ni siquiera podría entrar por la vía de la letra e) del artículo 5 LDRG, que declara la aplicación de esta Ley cuando se trate de garantizar “cualquier otra deuda a la que la ley otorgue expresamente esta garantía”, es decir, cuando la ley permita el aseguramiento con una retención de naturaleza real. Tratándose de más de una obligación contraída de forma simultánea o sucesiva entre las mismas partes ocupando idéntica situación en la titularidad de las relaciones, las expectativas de seguridad y cobro del acreedor podrían verse satisfechas mediante una prenda de máximo, siempre y cuando se respeten los mínimos de determinación exigidos por la LDRG (art. 13.3).



ninguno de sus preceptos<sup>380</sup>. De acuerdo con la LDRG sólo existe una deuda generada con posterioridad a la constitución del derecho de retención a la que se extienda la garantía: la de los gastos necesarios de conservación (arts. 6.2 y 18.2 LDRG). Pero éste es un supuesto que se aparta notablemente del contemplado por el artículo 1866.2º CC, porque mientras aquél supone la extensión de la misma garantía en seguridad de una nueva deuda generada por causa de la primera, éste supone la creación de otro mecanismo de seguridad, de naturaleza opuesta al anterior, en garantía de una deuda totalmente independiente de la asegurada por la prenda.

Como consecuencia de todo ello, la norma contenida en el artículo 1866.2º CC, que prevé una retención de naturaleza personal cuyo único efecto es permitir a quien fue acreedor pignoraticio mantenerse en la posesión de la

---

<sup>380</sup> Incluso en el supuesto de que la responsabilidad real se reparta entre los distintos objetos empeñados, satisfecha la parte de crédito que en concreto corresponda a uno de ellos, el acreedor se encuentra obligado a devolverlo, sin que pueda retenerlo en garantía del resto del crédito todavía insatisfecho (art. 15.1 LDRG). Es cierto que ese resto del crédito impagado ya se encuentra garantizado con el resto de los bienes que integran el objeto de la prenda y, por tanto, que no precisa una garantía adicional. Pero también es cierto que la finalidad del reparto de la responsabilidad pignoratícia entre los diferentes bienes persigue que cada uno de ellos responda exclusivamente de la parte de crédito asignada, y de nada más. Por otra parte, el artículo 14.1 LDRG prohíbe que una cosa empeñada pueda volver a pignorarse (cfr. arts. 2 y 55.2º LHM). Es decir, este precepto no permite que el pignorante disponga de la cosa gravada para constituir otro derecho real de prenda en tanto no se extinga la garantía. En un primer momento, no parece que exista demasiada relación entre las disposiciones contenidas en los artículos 14.1 LDRG y 1866.2º CC, dado que el primero *limita* la facultad de disposición del *pignorante*, impidiéndole que constituya otro derecho *real* sobre del bien gravado, mientras que el segundo *amplía* las facultades del *acreedor* pignoraticio, a quien faculta para constituir una garantía *personal* sobre la cosa anteriormente gravada en prenda. Sin embargo, esto es precisamente lo que se intenta poner de relieve. Que el artículo 14.1 LDRG intenta establecer, con un máximo de seguridad posible, la responsabilidad real del objeto gravado, de manera que tanto el acreedor, como el pignorante, como los eventuales terceros que tengan un interés económico en la cosa conozcan con certeza su situación jurídica, sin que puedan verse sorprendidos por posteriores afecciones o gravámenes que, independientemente de su legitimidad, puedan frustrar las expectativas de sus respectivos derechos. En este sentido, entiendo que la prohibición del artículo 14.1 LDRG, especialmente dirigido a la protección de los intereses del acreedor pignoraticio y de los terceros, puede tener su contrapartida en la imposibilidad de que, por causa de la prenda, el pignorante pueda verse perjudicado en los suyos más allá de lo acordado, sobre todo cuando la LDRG no contiene un precepto que autorice para ello.

cosa, libre ya del gravamen de la prenda, es aplicable en Cataluña por vía supletoria, ante la ausencia de regulación específica en la LDRG<sup>381</sup>.

#### **4.2.5. El derecho de retención en garantía de distintas obligaciones**

Es posible que la cosa retenida responda del cumplimiento de más de una obligación. La constitución de un único derecho de retención en garantía de distintas obligaciones es posible siempre que todas ellas queden integradas en la relación contenida en el artículo 5 LDRG, hayan sido contraídas por razón de la misma cosa, entre los mismos sujetos ocupando idéntica situación jurídica y sean vencidas y exigibles (cfr. art. 13.3 LDRG). La aplicación del principio de economía procedimental es oportuna en estos casos, en los que resulta totalmente innecesario repetir sucesivamente la constitución de la garantía en seguridad de cada una de las obligaciones ya incumplidas existentes entre las mismas partes. El derecho de retención por más de un crédito se encuentra particularmente justificado cuando las relaciones obligatorias de las que el derecho real trae causa se hayan dado entre personas vinculadas simultánea o sucesivamente por distintas operaciones (cfr. art. 13.3 LDRG). Todas estas circunstancias y la propia finalidad de la garantía justifican la posibilidad.

Sin embargo, constituido ya derecho de retención en seguridad de un crédito o créditos insatisfechos, la garantía no se puede ampliar o extender en seguridad de ninguna otra obligación independiente (cfr. art. 6.2 LDRG). Poco importa que esta otra obligación tenga como partes a los mismos sujetos que la asegurada con derecho de retención, ni que se haya generado por razón de la misma cosa ya retenida. Tampoco importa que el nacimiento de esta otra obligación sea anterior o posterior al del crédito asegurado; y lo mismo

---

<sup>381</sup> **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 529: “ni siquiera en su estricto contenido de demorar la restitución de la cosa puede funcionar si éstos la reclaman, a no ser, obviamente, que el acreedor esté todavía legitimado para ello porque no haya vencido la primera deuda. Pero si ésta y la segunda están vencidas y ninguna de las dos pagadas, es suficiente con que el tercero pague la primera para que, extinguida la obligación y consecuentemente la prenda, desaparezca la posibilidad de seguir reteniendo la cosa”.



respecto de su exigibilidad. Lo que importa es que el objeto afectado por el derecho de retención constituido tiene asignada una concreta responsabilidad que ha quedado determinada en el momento del nacimiento de la garantía (art. 4.1 LDRG). Es decir, el derecho de retención se constituye para asegurar el cumplimiento de un crédito o unos créditos determinados, de los que responde el objeto retenido, sin que pueda extenderse la garantía o, lo que es lo mismo, la responsabilidad de ese objeto retenido, en seguridad de ningún otro crédito, independientemente de cuales hayan sido sus circunstancias, excepto que la Ley disponga lo contrario (cfr. art. 6.2 LDRG). Si el acreedor lo considera conveniente, puede constituir un nuevo derecho de retención en seguridad del nuevo crédito o, extinguiendo el anterior, un único derecho de retención en seguridad de todos los créditos de los que resulte acreedor frente al mismo deudor, por razón de la misma cosa<sup>382</sup>.

## **5. LA FORMA DE CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE RETENCIÓN.**

El poseedor de cosa ajena puede constituir derecho real de retención sobre la misma, cuando concurren los presupuestos requeridos por los artículos 3 y 5 LDRG.

El acreedor puede constituir derecho de real de retención a partir del incumplimiento, cuando lo estime conveniente, mientras mantenga la posesión de la cosa y su derecho de crédito. Entretanto, la pérdida involuntaria de la posesión como hecho por menos de un año no implica la pérdida del derecho a poseer correspondiente (arts. 460.4º y 466 CC). Es decir, el acreedor puede constituir derecho de retención mientras conserve la posesión del objeto como hecho o, en caso de pérdida de la misma, mientras conserve la posesión incorporal de un año del artículo 460.4 CC. Durante ese año, el acreedor puede

---

<sup>382</sup> Es decir, es posible constituir un derecho real de retención en garantía del pago de distintas de obligaciones incumplidas, pero la garantía no cubrirá ninguna otra obligación aunque tenga como partes a los mismos sujetos ocupando la misma situación en la relación jurídica.

servirse de los mecanismos posesorios para recuperar su posesión, pero también puede constituir derecho de retención y beneficiarse de sus efectos, concretamente, de la facultad de perseguir frente a cualquiera el objeto gravado. Si en el plazo de un año a partir de la pérdida de la posesión de la cosa el acreedor no recupera el poder sobre la misma ni constituye la garantía real, pierde definitivamente su derecho a poseerla. No obstante, esto no significa que el acreedor pierda también la posibilidad de constituir la garantía sobre esa misma cosa, que podrá retener aún transcurrido ese año si por cualquier circunstancia recupera su posesión<sup>383</sup>.

La constitución del derecho de retención supone la extinción formal del título posesorio primitivo que hasta entonces legitimaba la posesión de la cosa y su sustitución por el que, con estos efectos, establece la LDRG. Por tanto, a partir de la constitución del derecho de retención el régimen jurídico que presidía la relación obligatoria de la que la garantía trae causa se sustituye por el establecido en la LDRG, con los efectos que en la misma se prevén.

## **5.1. La comunicación notarial**

### **5.1.1. La comunicación notarial como requisito formal de constitución de la garantía.**

La forma de constitución del derecho real de retención viene establecida en el artículo 4.1 LDRG. Este precepto exige que el acreedor comunique notarialmente al deudor y al propietario si fueran personas distintas su decisión de retener, la liquidación practicada y el importe de las obligaciones en seguridad de las cuales decide constituir el derecho de garantía. Por tanto, el

---

<sup>383</sup> Para constituir derecho de retención la LDRG no exige la posesión ininterrumpida de la cosa. Lo que la LDRG exige es que se sea poseedor en el momento de constituir el derecho de retención (art. 3). Por otra parte, la garantía se presume extinguida sólo en caso de pérdida voluntaria de la posesión, aunque se recupere posteriormente (art. 6.3 LDRG). Sin embargo, como más adelante se expondrá, nada impide que extinguida la garantía por devolución voluntaria del objeto retenido, el mismo acreedor pueda constituir un nuevo derecho de retención cuando, existiendo todavía el crédito, volviera a poseer la cosa por cualquier circunstancia.

derecho real de retención queda constituido cuando el acreedor insatisfecho emita una declaración de voluntad, expresada formalmente a través de la comunicación notarial, por la que haga pública su decisión de mantener la posesión del objeto como titular de un derecho de retención en garantía del pago de una deuda determinada.

Esta forma de constitución notarial del derecho de retención no fue una novedad introducida por la LGP, dado que la legislación catalana ya la había previsto para algún supuesto, como en el caso del artículo 237.2 CS, donde se establece un derecho de retención en favor del fiduciario o de sus herederos, sobre los bienes de la herencia o del legado fideicomitido, por los créditos detallados en el artículo 240 del mismo texto que ostenten frente al fideicomisario. Según este precepto, “Si en dicho plazo el fiduciario o sus herederos requieren notarialmente al fideicomisario la constitución de un derecho de retención de conformidad con la Ley para alguno de los créditos a que hace referencia el artículo 240, y señalan su importe, pueden retener dicha posesión”.

La comunicación notarial es el único mecanismo formal general de constitución del derecho de retención que la LDRG admite expresamente (cfr. art. 10 LDRG). En consecuencia, parece que esta garantía real no puede constituirse por sentencia judicial ni por vía convencional. Sin embargo, un sector doctrinal entiende que el silencio de la LDRG en este punto no tiene por qué interpretarse necesariamente en el sentido de excluir que la garantía pueda constituirse por decisión judicial. Este sector considera que planteada una demanda judicial por causa del *hecho* de la retención, la garantía real correspondiente puede quedar constituida si en el curso del procedimiento contradictorio el acreedor justifica el crédito que la origina así como su liquidación y su importe<sup>384</sup>. A mi juicio, la LDRG no permite esta opción

---

<sup>384</sup> **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS:** *Institucions...*, v. I, p. 392: “sembla que el precepte és massa estricte quan preveu l’eficàcia del dret de retenció únicament des de la comunicació notarial adreçada al deutor i al propietari. Hauria estat oportú preveure la possibilitat que si el deutor o el propietari reclamen judicialment al posseïdor la restitució de la cosa, pogués el creditor oposar a la reclamació l’excepció derivada de la retenció i que en

alternativa, aunque lo deseable hubiera sido lo contrario. Realmente, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 7.1 LDRG, se puede observar que la comunicación no es un requisito "propio" o necesario de la realización extrajudicial de la garantía. Según el artículo 7.1 LDRG, son requisitos de la realización que haya transcurrido un mes desde que la comunicación se realizó y que no se haya interpuesto la oposición judicial a la que se refiere el artículo 4.1 LDRG<sup>385</sup>. Ello no significa que para proceder a la realización se prescinda de la comunicación, porque al requerirse la ausencia de oposición judicial a la retención se presupone la existencia del derecho real formalmente constituido. Pero la oposición judicial no sólo puede ser resultado de la comunicación notarial, sino que también puede existir con independencia de ella, en un momento previo, ante la negativa de devolución del acreedor. Entiendo que la LDRG no permite la constitución judicial del derecho real de retención (arts. 4.1 y 7.1). Pero también entiendo que debiera haberla permitido en el caso de que el deudor o el propietario reclamaran judicialmente la restitución de la cosa, con la consecuente denegación por parte del acreedor y la acreditación de la concurrencia de los presupuestos legalmente requeridos (arts. 3 y 5 LDRG). En definitiva, tal y como se expresa la LDRG, la decisión judicial no puede ser constitutiva, sino declarativa, porque el derecho real de retención sólo ha de reconocerse judicialmente cuando exista, y para que exista ha de haber nacido de acuerdo con las disposiciones legales que lo regulan, en concreto, de acuerdo con el art. 4.1 LDRG, que requiere la comunicación notarial como única forma de constitución.

---

aquest cas produís tots els seus efectes el dret de retenció, si la formulació de l'excepció anava acompanyada de la liquidació practicada pel retenidor i la determinació de l'import de les obligacions procedents". Igualmente **ABRIL CAMPOY**: "El derecho...", p. 1919, quien añade que "el control judicial previsto por el artículo 4.2 para garantizar los derechos del deudor y del propietario se vuelven en esta hipótesis innecesario, al ser la jurisdicción contenciosa la encargada de decidir la constitución de un derecho de retención y el reembolso que con él se garantiza".

<sup>385</sup> En la LGP, a estos requisitos se añadía la necesidad de que el acreedor y el propietario hubieran procedido de mutuo acuerdo a la valoración del objeto retenido, lo que presumiblemente hubiera dificultado la realización de la garantía.

Tampoco parece posible constituir derecho de retención por la vía del acuerdo. La retención previamente acordada puede dar lugar a un derecho de prenda pero no a un derecho real de retención. No obstante, podría pensarse que la no oposición judicial a la comunicación notarial (art. 4.1 LDRG) se acerca bastante a un “acuerdo” del deudor o del propietario con el contenido de ésta. Por otra parte, es posible que las partes en la relación obligatoria acuerden reflejar documentalmente la posibilidad de retener, la valoración del bien sobre el que se haya de ejercitar la garantía, el importe del crédito o cualquier otro extremo que estimen conveniente para facilitar el ejercicio de la garantía, en previsión de la futura situación legalmente constituida. Pero estas estipulaciones se mantienen al margen del acto de constitución del derecho real de retención, que se lleva a cabo por la única iniciativa del acreedor, e incluso contra la voluntad del deudor, en las circunstancias y con las formalidades legalmente determinadas. En su consecuencia, aunque siempre será posible que en la comunicación notarial el constituyente haga referencia a los acuerdos anteriormente alcanzados por las partes, carecerá de eficacia el pacto o la estipulación que contradiga las disposiciones legales relativas a la constitución del derecho real de garantía<sup>386</sup>.

La comunicación notarial la realiza el titular del derecho de crédito, quien establece su contenido de forma unilateral. Para cuantificar la deuda, en la comunicación han de constar los gastos necesarios y/o útiles efectivamente realizados en la cosa, los daños realmente sufridos por su causa y/o la retribución de la actividad pactada y realizada, con la determinación de la correspondiente cuantía -que puede haber sido previamente acordada con el deudor- y su justificación. También puede constar la voluntad del acreedor de retener en garantía de los intereses de los créditos asegurados que en lo sucesivo se devenguen, aunque no resulte necesario. No obstante, será imposible realizar una liquidación definitiva o determinar el importe final del

---

<sup>386</sup> **LUCAS ESTEVE:** "El régimen...", p. 75, también se muestra contrario a la posibilidad de constituir el derecho de retención por vía contractual, aunque entiende que "cualquier acuerdo para modificar la regulación de esta garantía tendrá eficacia *inter partes*, no *erga omnes*, y limitaría sus efectos a las partes que otorgaron el contrato".

crédito generado por concepto de intereses, porque su cuantía dependerá del tiempo en que tarde el deudor en cumplir con su obligación de pago o el retenedor en realizar el valor de la cosa retenida. Si el acreedor lo estima conveniente, en la comunicación notarial puede incluir su propuesta de valoración del bien retenido, a los efectos previstos por el artículo 7.2 y 7.3, c) LDRG, y solicitar del propietario su conformidad.

El carácter unilateral inicial del acto formal de constitución hace que el contenido de la comunicación notarial, o alguno de sus extremos, sea provisional. El perjudicado por esta garantía puede formular oposición judicial no sólo a la retención constituida, sino al importe unilateralmente determinado o a la liquidación de la misma forma practicada (art. 4.1 LDRG). Aquietándose el deudor al contenido de la comunicación o rechazada su oposición por resolución judicial el contenido provisional de la comunicación se convierte en definitivo.

La declaración de voluntad que se manifiesta en la comunicación notarial es de naturaleza recepticia. La LDRG utiliza indistintamente, identificándolos, los términos “comunicación” (art. 4.1, principio, 7.1 y 10, a) y “notificación” (art. 4.1, final). Y según el artículo 202 RN “Las actas de notificación tienen por objeto dar a *conocer* a la persona notificada una información o una decisión del que solicita la intervención”. Por tanto, se trata de una voluntad que no despliega su eficacia en el momento en que se emite, se manifiesta o se declara, sino en el momento en que los destinatarios –deudor y/o propietario– tengan conocimiento, efectivo o debido,<sup>387</sup> del contenido de la notificación (cfr. arts. 10.a) LDRG y 1262.2º CC).

---

<sup>387</sup> No significa que el deudor y/o el propietario hayan de conocer efectivamente la comunicación y su contenido, sino que basta con que puedan hacerlo actuando de forma diligente, de manera que pueda presumirse. Al respecto **ALBALADEJO MANUEL**: “Si la reclamación extrajudicial interrumpe la prescripción desde que se hace o cuando la recibe el prescribiente”, *Revista de Derecho Privado*, Julio-Agosto 1996, pp. 523 a 534, p. 532; **COCA PAYERAS, MIGUEL**, en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - Díez-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 4531 y ss.

No obstante, no se trata de una declaración de voluntad negocial. El negocio de constitución de la garantía es de carácter unilateral, porque no depende de que el sujeto a quien se dirige la comunicación acepte su contenido (otra cosa serán los efectos de la oposición). El derecho real de retención nace cuando los destinatarios de la comunicación conozcan su contenido. A partir de ese momento, el acreedor, mero tenedor de la cosa pasa a ser titular de un derecho real sobre la misma, que será oponible no sólo frente a los sujetos comunicados, sino también *erga omnes* (art. 6.1 LDRG). En consecuencia, la declaración de voluntad expresada a través de la comunicación es constitutiva, porque determina el nacimiento de una situación jurídico-real antes inexistente.

La comunicación notarial interrumpe el plazo de prescripción del derecho personal del acreedor (cfr. art. 1973 CC) que, a partir de ese momento empieza a contar de nuevo. Sin embargo, la inactividad posterior del retenedor hace correr de nuevo el plazo, precisamente por esa inactividad, sin que pueda entenderse permanentemente interrumpido por el solo hecho de mantener la situación retenedora<sup>388</sup>.

### **5.1.2. El carácter constitutivo de la comunicación notarial**

A tenor de lo dispuesto en el artículo 4.1. LDRG, la comunicación notarial es un requisito de constitución del derecho real de retención. Esta tesis no es, sin embargo, la unánimemente admitida. Un sector de la doctrina sostiene que el derecho de retención se constituye por la concurrencia de las circunstancias establecidas en los artículos 3 y 5 LDRG. Para este sector la comunicación notarial no es, pues, un requisito constitutivo de la garantía, sino un requisito de eficacia, únicamente preciso para que el derecho ya constituido

---

<sup>388</sup> Mantienen una posición contraria **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS**: *Institucions...*, v. I, p. 394: "Mentre el creditor exerceix el dret de retenció, d'una forma o altra manifesta la voluntat d'extingir el crèdit garantit per la retenció, i per aquest motiu creiem que el dret de retenció es pot entendre com una reclamació extrajudicial del creditor, que segons l'article 1973 CC determina la interrupció de la prescripció".

despliegue todos sus efectos<sup>389</sup>. Esta opinión ha quedado reflejada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 4 de septiembre de 2000, dictada bajo la vigencia de la LGP y confirmada en casación por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 19 de julio de 2001. Así, según la Sentencia de la Audiencia Provincial “Esta garantía queda establecida cuando se retiene la cosa por causa de impago, de modo que la exigencia de la comunicación notarial impuesta en el art. 4.2 de la Ley no es de carácter constitutivo; pero en cuanto tiende a asegurar el conocimiento por el deudor de la retención y de la deuda originada, determina el momento para la efectividad de los derechos que comporta esta garantía” (FD Segundo, 2º). En el mismo sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Superior, según la cual “El hecho es que el artículo 4 de la ley sobre garantías posesorias en su párrafo segundo no determina en qué término el retenedor ha de comunicar notarialmente al deudor y al propietario de la cosa (si fuera otro) la decisión de retener, la liquidación practicada y la determinación de las obligaciones precedentes. Esta indeterminación juega a favor de la tesis de la Audiencia ya que, nada se dice en el sentido que no sea válido el derecho de retención hasta

---

<sup>389</sup> A juicio de **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS**: *Instituciones...*, v. I, p. 393, el requisito de la notificación notarial no se exige para la constitución del derecho de retención, que queda constituido si el acreedor lo ejerce de acuerdo con los presupuestos establecidos por los artículos 3 y 5 LDRG; la comunicación es la formalidad que la Ley establece para dotar de cierta publicidad a la garantía para que se pueda oponer a terceros y proceder a la venta de la cosa retenida por subasta pública. En el mismo sentido **FELÍU REY**: “Garantías...”, p. 15, para quien la comunicación se establece para posibilitar la ejecución y determinar el *dies a quo* del cómputo del plazo del procedimiento de realización; **ABRIL CAMPOY**: “El derecho...”, p. 1918, también cree posible “que el derecho de retención se constituya unilateralmente, mas no se lleve a cabo la comunicación notarial. Al faltar el medio que la ley requiere para dotar de publicidad a este derecho frente a terceros, muchas de las facultades que la citada ley le confiere no le corresponderán en este caso”. De opinión contraria **CAMPO VILLEGAS**: “En torno...”, p. 113: “A nuestro juicio la eficacia de este derecho frente a terceros no se produce hasta aquella notificación notarial que lo reviste de la autenticidad y publicidad propios de los derechos y situaciones jurídicas que han de afectar a terceros. En su defecto el retenedor tan solo ostenta la mera facultad de conservar la posesión de la cosa y de oponerse a su reclamación pero únicamente **inter partes**”. Siguiendo a este último autor, **FUENTES MARTÍNEZ**: “El derecho...”, p. 250, defiende “la exigencia **“ad solemnitatem”** de la notificación notarial que examinamos, la cual guarda coherencia con la precisión de instrumento público que para la prenda prevé el art. 8.2. en concordancia con el art. 1865 CC”. No obstante, respecto de esta última afirmación, y de acuerdo con la postura que en este trabajo se sustenta, cabría puntualizar que así como en la prenda el instrumento público es un requisito de eficacia, porque la garantía puede constituirse privadamente, en el derecho de retención la comunicación notarial es un elemento constitutivo, que determina la existencia y la plena oponibilidad de la garantía.



el momento en que se haga realidad la notificación notarial” (FD Segundo, 14<sup>º</sup>)<sup>390</sup>.

Así, según este criterio el derecho real de retención quedaría constituido por la concurrencia de los presupuestos relacionados en los artículos 3 y 5 LDRG, pero en tanto no se produjera la comunicación notarial ninguna de las partes podría ejercitar las facultades que correspondientes (oposición judicial, sustitución de la garantía, imputación de los frutos, extensión de la garantía a los intereses y a los gastos de conservación, realización del valor, oponibilidad a terceros). A mi juicio, con esta tesis se está afirmando la posibilidad de constituir un derecho personal de retención al amparo de la LDRG, dado que, antes de la comunicación notarial, el acreedor sólo podría mantenerse en la posesión de la cosa retenida.

Pero, además, la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona añade que “Si bien no cabe privar de virtualidad a la retención por falta de notificación notarial cuando consta la otra parte conoció todas sus condiciones, tampoco puede prescindirse de esta formalidad para la efectividad de los derechos que derivan de la constitución de tal garantía y, especialmente, para computar el plazo de ejercicio de la oposición «a contar desde la fecha de la notificación» (FD Segundo, 5<sup>º</sup>). Con ello parece que se esté supeditando la existencia del derecho real de retención –ineficaz- al efectivo conocimiento de la situación de hecho y de “sus condiciones” por “la otra parte”<sup>391</sup>. En este

---

<sup>390</sup> Traducción de la autora. STSJC, 19 de julio de 2001, FD Segundo, 14<sup>º</sup>: “El fet és que l'article 4 de la llei sobre garanties possessòries en el seu paràgraf segon no determina en quin termini el retenidor ha de comunicar notarialment al deutor i al propietari de la cosa ( si fos un altre) la decisió de retenir, la liquidació practicada i la determinació de les obligacions precedents. Aquesta indeterminació juga a favor de la tesi de l'Audiència ja que, res és diu en el sentit que no sigui vàlid el dret de retenció fins el moment en que es faci la notificació notarial”

<sup>391</sup> Esta misma contradicción en **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS: Institucions...**, v. I, p. 393, quienes, después de afirmar que “el requisit de la notificació notarial no s'exigeix per a la constitució del dret de retenció”, consideran que “En aquests casos la decisió unilateral del posseïdor de la cosa, comunicada notarialment als efectes esmentats al deutor i, en el seu cas, al propietari, determina la creació del dret de retenció”. En el FD Segundo, 4<sup>º</sup> de la Sentencia comentada de la Audiencia Provincial de Tarragona se pone de manifiesto que “La deudora tuvo pleno conocimiento de ejercicio de la garantía así como de sus

mismo sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, por entender que “De hecho, se desprende de la lectura del precepto cuestionado que, la notificación notarial tiene por objetivo el conocimiento por parte del deudor de los hechos que han conducido a la retención de la cosa mueble de su propiedad (o de un tercero en su caso). Este conocimiento ha de permitirle oponerse a la deuda y, obviamente a la retención efectuada, o, si procede, sustituir la cosa retenida. Pero si el deudor es conocedor del importe de la deuda y de las circunstancias de la retención de la que habla el artículo 4, y no hay motivos para pensar que el deudor se ha visto privado ya de defenderse de la retención, ya de sustituir la cosa retenida, y, nada justifica la exigencia de la notificación notarial con efectos constitutivos del derecho”<sup>392</sup> (FD Segundo, 15º y 16º). Así pues, como se aprecia, en ambas instancias se entiende que la finalidad de la comunicación no es otra que el conocimiento de la situación por parte del perjudicado, de forma que aquélla no resulta necesaria cuando quede demostrado que éste ya conocía por otros medios el ejercicio de la garantía.

Sin embargo, según entiendo, el derecho real de retención previsto y regulado en la LDRG no nace por la sola concurrencia de los presupuestos detallados en los artículos 3 y 5. De ser así, ante un mismo supuesto, cabrían dos derechos de retención: el comunicado y el no comunicado, con efectos diferentes; situación que parece oponerse al deseo de homogeneidad que la regulación de la garantía pretende. La LDRG regula el derecho de retención de naturaleza real, que desde su constitución permite a su titular oponerlo *erga*

---

circunstancias y condiciones, mostrando su oposición, ya que reivindicaba su mercancía pero poniendo objeciones al pago del trabajo efectuado sobre ella; y en tal sentido existieron comunicaciones entre ambas partes mediante las cuales se especificó el importe del precio reclamado y la liquidación correspondiente e incluso se le dio oportunidad de recuperar el aceite pagando una cantidad inferior (1.400.000.- ptas.) a cuenta del precio definitivo”

<sup>392</sup> Traducción de la autora. STSJC, 19 de julio de 2001, FD Segundo, 15º y 16º: “De fet, és desprèn de la lectura del precepte qüestionat que, la notificació notarial té per objectiu el coneixement per part del deutor dels fets que han conduït a la retenció de la cosa moble de la seva propietat (o d' un tercer si s'escau). Aquest coneixement li ha de permetre oposar-se al deute i, òbviament a la retenció efectuada, o, si escau, substituir la cosa retinguda. Però, si el deutor és coneixedor de l'import del deute i de les circumstàncies de la retenció de que parla l'article 4, i no hi ha motius per pensar que el deutor s'ha vist privat ja de defensar-se de la retenció, ja de substituir la cosa retinguda, i,

*omnes*. Entiendo que la comunicación notarial es requisito de constitución del derecho real de retención, porque, a diferencia de lo que ocurre en la misma LDRG con el derecho real de prenda, donde el artículo 12.2 expresa claramente que este derecho real se constituye por la concurrencia de los requisitos enumerados en el apartado primero de este artículo, aunque no desplegará todos sus efectos -no sólo entre las partes constituyentes, sino también frente a terceros- mientras no conste en instrumento público, el precepto correspondiente del derecho de retención no dice nada semejante e integra la comunicación como requisito de existencia, en contrapartida a la iniciativa unilateral del acreedor.

Es decir, a diferencia de la prenda, en el derecho de retención la transmisión posesoria ya se ha llevado a cabo en un momento previo: el retenedor era previamente el poseedor de buena fe de cosa ajena (art. 3 LDRG). Además, el acreedor cambia unilateralmente su concepto posesorio cuando “decide retener” (art. 4.1 LDRG). Por tanto, el traslado de la posesión, que se produce por otra causa previa (reparación, depósito, etc.), no desempeña, en este caso, una función de publicidad, como mecanismo para que los terceros acreedores del mismo deudor o los futuros adquirentes del objeto retenido conozcan la afección de la que la cosa responde; ni siquiera sirve para que el sujeto pasivo de la obligación asegurada o el propietario del bien afectado conozcan su nueva situación jurídica<sup>393</sup>.

La comunicación notarial es un requisito necesario no sólo para el nacimiento y la completa efectividad del derecho de retención, sino también

---

res no justifica l'exigència de la notificació notarial amb efectes constitutius del dret”.

<sup>393</sup> Como ha quedado dicho, el desplazamiento posesorio de la cosa gravada con prenda desempeña, en este derecho, las funciones de control patrimonial y de publicidad. De control patrimonial porque el acreedor se asegura que el pignorante, que ha perdido la posesión de la cosa gravada, no la enajene como libre de cargas a terceros de buena fe (cfr. art. 464 CC). De publicidad porque supone un medio para que los terceros acreedores del mismo deudor o los adquirentes del objeto de prenda conozcan la afección de la que responde la cosa empeñada. Así, lo expresa **SANCHO REBULLIDA**: *Elementos...*, p. 299, para quien esta doble función del desplazamiento posesorio en la prenda explica la antigüedad e importancia histórica de la figura. En el mismo sentido **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 495.

para dar a conocer la nueva situación unilateralmente creada a aquellos directamente afectados por la misma. Es decir, al igual que los terceros, y con mayor motivo, el deudor y el propietario del bien retenido han de conocer de forma indubitada la situación jurídica actual del bien, el régimen jurídico que al mismo corresponda, para poder actuar en consecuencia protegiendo sus intereses. Por tanto, la notificación notarial de la retención cumple esta doble función de publicidad –frente a la otra parte y frente a los terceros-, y proporciona al acreedor un documento que acredita frente a cualquiera – también frente a la otra parte- la existencia de un derecho real sobre la cosa retenida y la fecha de su constitución. Cuando se entiende que la prenda no formalizada en instrumento público no despliega más efectos que entre partes es porque se parte del hecho de que éstas ya conocen la existencia del derecho real que de mutuo acuerdo constituyen (cfr. art. 12 LDRG)<sup>394</sup>. En cambio el derecho de retención, de origen legal y de constitución unilateral, no puede perjudicar a quien desconozca su existencia, y la comunicación notarial es la forma requerida por la LDRG para dar a conocer la existencia de la garantía.

Desde esta perspectiva, todavía queda más claro, a mi juicio, la necesidad de dar publicidad a la nueva situación que presenta la constitución del derecho real de retención a través de la comunicación notarial prevista en el artículo 4.1 LDRG. Es del todo evidente que constituyendo el derecho de retención una carga real y objetiva que, además de limitar y gravar el dominio de los bienes muebles sobre los que se constituye, tiene su origen en la ley y en la voluntad unilateral del acreedor, necesita ser comunicado de una manera expresa, para que todos, sobre todo el propietario del bien gravado, puedan conocer con la debida seguridad el verdadero estado de la propiedad de esos

---

<sup>394</sup> El requisito de forma *ad solemnitatem* establecido por el artículo 12.2 LDRG persigue exclusivamente la protección de los terceros, que, según **GUILARTE ZAPATERO: Comentarios...**, p. 518, son "quienes han adquirido algún derecho concreto de carácter personal sobre la cosa gravada. Es decir, fundamentalmente los acreedores del pignorante que por la existencia de la prenda ven frustradas sus expectativas actuales de cobrar su crédito con cargo a la cosa empeñada al sustraerse del patrimonio del deudor a los efectos de la responsabilidad general".

bienes. Se trata, en definitiva, de atender y cumplir con el principio de seguridad jurídica en la publicidad de los gravámenes impuestos sobre el dominio, base esencial de los derechos reales, cuya necesidad se hace más patente cuando estos derechos se constituyen sin contar con la voluntad del perjudicado.

De lo contrario, si el derecho real de retención quedara constituido por la simple concurrencia de los requisitos y presupuestos demandados por los artículos 3 y 5 LDRG, nos encontraríamos ante un derecho legal de constitución tácita, aunque supeditado para su efectividad al requisito de la notificación notarial. En este último caso, el derecho real se constituiría automáticamente, *ope legis*, sin necesidad de un determinado acto constitutivo que, de alguna manera, dotara de publicidad a la existencia de la garantía y sus circunstancias, lo que provocaría una inseguridad frente a los terceros adquirentes y frente a acreedores posteriores, que quedarían sin protección<sup>395</sup>.

---

<sup>395</sup> Y esto fue, precisamente lo que trató de evitar la Ley Hipotecaria de 1861, que se encontró con una gran variedad de hipotecas legales tácitas cuyo mantenimiento consideró contrario al principio de publicidad que, junto con el de especialidad, conformaba la base del sistema inmobiliario que se pretendía implantar. La Ley hipotecaria del 1861 convirtió la mayor parte de las hipotecas legales tácitas en hipotecas legales expresas, requiriendo el otorgamiento de un acto expreso de constitución, que debía ser inscrito en el Registro. Estas hipotecas legales tácitas eran contrarias, además, al principio de especialidad, porque en la mayoría de ocasiones afectaban a varios bienes a la vez, dando lugar a hipotecas generales o solidarias. **MANRESA Y NAVARRO: Comentarios...**, p. 659, relata que “antes de la publicación de la ley Hipotecaria, las hipotecas legales se caracterizaban por su cualidad de tácitas, de necesarias y generales, las cuales, sin constar en ningún documento propio ni referirse a bienes determinados, ni aún ciertos y conocidos, sujetaban todos los de una persona en favor de otra, constituyendo un privilegio odioso y altamente perjudicial para la contratación, pues con dicho sistema el comprador o el acreedor hipotecario estaban siempre expuestos a la aparición de una hipoteca oculta cuya existencia no había medio de conocer, pero que con la promulgación de la indicada ley se rompieron las antiguas tradiciones, si bien con especial cuidado se procuraron conservar los beneficios concedidos por las antiguas leyes a las personas en cuyo favor establecieron dichas hipotecas, sin perjudicar por ello la publicidad que la propiedad debe tener para que se cumplan los fines de la legislación hipotecaria. Consecuencia de ello fue la subsistencia de las hipotecas legales, pero con un nuevo carácter, pues de afecciones ocultas y generales debían pasar a convertirse en públicas y especiales, mediante el ejercicio del derecho concedido para ello a los poseedores de aquéllas”. Según **PUIG BRUTAU: Fundamentos...**, p. 282, “No hay que esforzarse para demostrar que estas hipotecas eran incompatibles con una correcta política de favorecer el crédito territorial, pues existían al margen de toda publicidad y determinación exigible en todo gravamen”. En el mismo sentido **SÁNCHEZ ROMÁN: Estudios...**, t. III, p. 830; **ROCA SASTRE, RAMÓN M<sup>a</sup> - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS: Derecho Hipotecario**, t. IX, octava edición revisada, ampliada y puesta al día, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1998, p.

La existencia de este derecho requiere, como se ha dicho, que su constitución conste fehacientemente, de forma que puedan ser conocidas sus circunstancias, especialmente la fecha de su constitución, por aquellas personas cuyos intereses pueden verse por ello perjudicados.

Por todo ello, en contra de lo que se afirma en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 4 de septiembre del 2000 y se confirma en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de julio de 2001, no valen otras formas de conocimiento fuera de la comunicación notarial a la que se refiere el artículo 4.1 LDRG. La habilitación legal para que el acreedor constituya unilateralmente un derecho real, e imponga las facultades que en el mismo se integran, no sólo frente a terceros sino incluso frente al deudor y al propietario, no puede suponer ausencia de protección, por desconocimiento, ausencia de publicidad o de fehaciencia, de los derechos e intereses directamente afectados.

Tratándose de un derecho que el ordenamiento jurídico pone al alcance del acreedor, que invierte su concepto posesorio de forma unilateral, éste tiene la opción de devolver la cosa o, si lo prefiere, constituir derecho real de retención sobre ella con la publicidad precisa para que conste de manera fehaciente. Si el deudor o el propietario reclaman la devolución del bien antes de que el acreedor haya efectuado la comunicación, éste no tiene más remedio que devolverlo o constituir formalmente derecho de retención. Si el acreedor se niega a la devolución y no comunica notarialmente su decisión de retener, entrará en mora con las responsabilidades propias de esta situación<sup>396</sup>. Los perjudicados por la negativa del acreedor a la devolución pueden oponerse

---

3; **CHICO Y ORTIZ**: *Estudios...*, p. 1660; **BLASCO GASCÓ**: *La hipoteca...*, p. 67; **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 587; **GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL**, en **AAVV**: *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 1900.

<sup>396</sup> La válida constitución del derecho de retención impide que el acreedor caiga en morosidad por el incumplimiento de la obligación de restituir (cfr. art. 1100 CC) y que se le puedan reclamar responsabilidades por la destrucción fortuita de la cosa que sigue poseyendo (cfr. art. 1096 CC).

iniciando el procedimiento judicial correspondiente para la defensa de su derecho. En este caso, de producirse posteriormente la comunicación requerida -no para que el deudor o el propietario conozcan la situación, que ya conocen, sino para que el derecho se constituya formalmente- no debería hacer falta que expresaran de nuevo su oposición judicial en el plazo de un mes previsto por la LDRG (art. 4.1 y 7.1).

En definitiva, el derecho de retención no se constituye por la sola concurrencia de los presupuestos demandados por los artículos 3 y 5 LDRG, quedando, entonces, su eficacia *erga omnes* supeditada al requisito de la comunicación (cfr. art. 12 LDRG). Para que el derecho de retención se constituya como derecho real de garantía es preciso, además, la notificación notarial. Sólo si concurren todos estos presupuestos y requisitos nace el derecho real de retención, con los efectos que para el mismo prevé la Ley. Esto es, la garantía nace a partir de la comunicación notarial y desde ese momento despliega todos sus efectos, tanto entre las partes de la obligación cuyo cumplimiento se asegura, como frente a cualquier tercero (Preámbulo II, 3º LGP y arts. 6.1 y 7.1 LDRG)<sup>397</sup>. Por tanto, el derecho de retención no existe hasta el momento en que el contenido de la comunicación notarial sea conocido por sus destinatarios.

Esta última postura, que aquí se defiende, es la que igualmente mantiene la Audiencia Provincial de Barcelona, en la Sentencia de 16 de marzo de 1999 y en el auto de 31 de enero de 2000. Según la Sentencia de 1999, que atiende al carácter legal y unilateral de la constitución del derecho real de retención (FD Segundo, 2º), “Esta enérgica garantía exige rigor formal en su constitución y a tal efecto, el art. 4 de la ley señala en su apartado segundo que «el retenedor comunicar notarialmente al deudor y al propietario, si fuera distinto, la decisión de retener, la liquidación practicada y la determinación del

---

<sup>397</sup> En contra **CAMPO VILLEGAS**: “En torno...”, p. 113, para quien, a partir de la LGP, existen dos derechos de retención en Cataluña (el “tradicional” “elaborado y dibujado por la doctrina y jurisprudencia” y el configurado por la LGP); lo que determina que, en defecto de comunicación, “El retenedor tan solo ostenta la mera facultad de conservar la posesión de la cosa y de oponerse a su reclamación pero únicamente inter partes”.



importe de las obligaciones precedentes» (...) Tan clara dicción legal sobre la necesidad de comunicación notarial de la retención conduce a la desestimación del recurso, pues evidentemente resulta que la notificación por telegrama que se efectuó no cumple el requisito de forma que, con su carácter ad solemnitatem, regula la ley mencionada” (FD Segundo, 3º y 4º). En este mismo sentido se expresa el citado auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2000: “La enérgica garantía que el mismo comporta, llegando incluso a la posibilidad de ejecución forzosa del bien retenido, exige que se cumplan rigurosamente las formalidades que la Ley establece para su constitución (...) A tal efecto, el art. 4,2 exige la comunicación notarial al deudor y al propietario, si fuere distinto, de la decisión de retener, la liquidación practicada y la determinación del importe de la obligación, momento a partir del cual aquéllos podrán oponerse judicialmente en el plazo de tres meses” (FD Tercero, 2º y 3º).

## 5.2. La “situación de retención”; la “decisión de retener”

Distinto del título de adquisición del derecho de retención es el título de adquisición de la posesión en un concepto determinado. El acreedor, desde que decide retener, ya ha modificado su concepto posesorio: ya no posee la cosa en virtud del título que hasta entonces le justificaba para hacerlo, sino que la posee en concepto de retenedor, amparado por el título posesorio que la LDRG establece<sup>398</sup>; cambio que caracteriza al derecho de retención aportándole sustantividad y autonomía propia respecto de otras figuras que también permiten la negativa del acreedor a la entrega de la cosa, como pueda ser la prenda o la *exceptio non adimpleti contractus*<sup>399</sup>.

---

<sup>398</sup> La decisión de retener supone la extinción del derecho a poseer correspondiente al concepto posesorio previo y su sustitución por un nuevo *ius possidendi*, cuyo justo título se encuentra en la propia LDRG, correspondiente con el nuevo concepto posesorio de retenedor. Por el contrario, **CANO MARTÍNEZ DE VELASCO**: *La retención...*, p. 31, entiende que desde que llega el término final marcado para que el acreedor entregue la cosa hasta que el destinatario de la comunicación conozca su contenido se produce “un alargamiento del título posesorio original (p. ej. depósito o usufructo)”.

<sup>399</sup> **VIÑAS MEY**: “El derecho...”, p. 104, establece la distinción entre el derecho de retención y “otras figuras, también consistentes en la negativa del acreedor de entregar la cosa hasta el pago de una deuda de que es responsable”.



Ocurre, sin embargo, que el título que justifica la posesión del acreedor en concepto de retenedor se encuentra condicionado a la efectiva constitución de la garantía, de manera que una vez constituida ésta formalmente, su efectividad se proyecta con efectos retroactivos al momento de la interversión del concepto posesorio, para justificarlo. Esta idea parece apoyarse en el propio texto del artículo 4.1 LDRG y en el párrafo inicial del artículo 7 LDRG. El artículo 4.1 LDRG requiere que el acreedor comunique al deudor su “decisión de retener”, pero no puntualiza si se trata de una decisión ya tomada o de una simple advertencia; con lo cual puede interpretarse que el acreedor ya detenta el objeto en concepto de retenedor a la espera de que su situación adquiera la eficacia jurídica que con la notificación se atribuye. Durante este tiempo intermedio, dado que el poseedor ya ha cambiado su concepto posesorio, el régimen de la posesión es el que establece la LDRG: el poseedor no puede utilizar la cosa retenida más allá de su uso conservativo y los gastos o los daños que por este concepto o en su consecuencia se generen se acumulan a su crédito, así como los intereses que desde ese momento se devenguen (art. 5 LDRG).

Como consecuencia, no se puede calificar como derecho de retención, ni real ni personal, a la situación provisional preparatoria de la existencia de la garantía real que a estos efectos la LDRG justifica. El acreedor que decida retener en garantía de las obligaciones descritas en la LDRG dispone en todo momento de la defensa que como poseedor le corresponde contra la perturbación o el despojo de su posesión en cuanto tal (cfr. art. 250.1, 4º LEC)<sup>400</sup>. Y sólo constituida la garantía, el ya retenedor dispondrá, además, de la defensa real que la LDRG pone a su alcance y que le permite mantenerse en su situación jurídica, como titular de un derecho real, reteniendo la posesión -inmediata o mediata- del bien afectado frente a cualquiera y persiguiéndolo allá donde se encuentre. En

---

<sup>400</sup> Es decir, la resistencia del acreedor a la entrega de la cosa que retiene, así como el ejercicio de las acciones posesorias que le permitan mantenerse pacíficamente en su posesión o recobrarla si de la misma fue despojado son conductas que se encuentran legitimadas no por el derecho de retención, sino por el derecho que en general asiste a todo poseedor (cfr. arts. 441 y 446 CC y 250.1.4º LEC).

ninguno de los casos, el futuro retenedor, por la sola interversión de su concepto posesorio, puede retener frente a cualquiera, y mucho menos asistido por una acción real; acción que nacería en un momento previo a la existencia del derecho del que proviene, y sin la necesaria publicidad que su beligerancia demanda. Lo contrario supondría atribuir al simplemente poseedor un mecanismo de defensa desproporcionado en perjuicio no sólo de los intereses de los terceros, sino también de la seguridad jurídica y agilidad procesal por principio perseguidas<sup>401</sup>. En otras palabras, no es que hasta el momento de la notificación exista un derecho de retención cuyo único efecto sea el mantenimiento de la posesión como método compulsivo al pago, y que, tras ella, el derecho real constituido despliegue toda su eficacia. El derecho real sólo existe desde que se constituye con arreglo a la LDRG y, entonces, despliega toda su eficacia. Pero mientras tanto, el ordenamiento ha de arbitrar medidas que posibiliten la existencia efectiva de ese derecho dotándolas de la eficacia precisa para ello. El acreedor que decide retener ha de poder mantener la posición que la LDRG demanda como presupuesto para la constitución de la garantía; concretamente, ha de poder mantener la posesión sobre la cosa retenida, que sólo será posible si puede ejercitar un poder directo e inmediato sobre la misma, oponible frente a cualquiera en cuanto paso previo a la constitución del derecho. En definitiva, la eficacia defensiva de la "retención", antes de la constitución del derecho real, debe quedar limitada a la defensa posesoria. El acreedor que ante cualquier reclamación quiera asegurar su derecho no tiene más que constituirlo<sup>402</sup>.

La LDRG no determina plazo alguno para que el acreedor insatisfecho que decida retener –y que, por tanto, ha cambiado ya su concepto posesorio– constituya formalmente derecho de retención. En principio, atendiendo a los artículos 4.1 y 7.1 LDRG, que respectivamente establecen un plazo de un mes

---

<sup>401</sup> En este sentido **ABRIL CAMPOY**: "El derecho...", pp. 1917 y ss.

<sup>402</sup> De otra manera se ofrece, además, un sencillo mecanismo de fraude, para burlar los intereses de los terceros, sin las mínimas garantías. Pensemos, por ejemplo, en el tercero que embargue la cosa por deudas de su propietario o en el tercero que se la adjudique en subasta pública judicial. Frente a estos sólo puede retener el titular de un derecho real, pero no creo que pueda hacerlo quien por negligencia no haya constituido todavía su derecho.

para formular oposición judicial a la retención constituida y para proceder a la realización de la cosa, podría pensarse en un mismo término. Sin embargo, en la mayoría de los casos lo habitual será que el acreedor persista en su negativa a la devolución pero sin constituir derecho real (eficacia “psicológica” de la retención); y entiendo que el acreedor podrá mantenerse en esta situación en tanto el deudor o el propietario del bien afectado no le reclamen formalmente para que cumpla con su obligación de devolución o entrega, con los límites de la prescripción extintiva<sup>403</sup>.

Por otra parte, según el artículo 7.1 LDRG, el retenedor puede proceder a la venta de los bienes retenidos transcurrido un mes desde que el derecho de retención conste de manera fehaciente, “de acuerdo con el artículo 4”. De ello puede deducirse que, hasta que la retención conste “de acuerdo con el artículo 4” no despliega los efectos que le son propios, no existe como derecho real, lo que no obsta para que exista una situación provisional de retención, preparatoria para la constitución del correspondiente derecho que, como cualquier otra posesión, se encuentre amparada por los mecanismos de defensa que le son propios (especialmente, por las acciones que pretendan la tutela sumaria de la posesión –cfr. art. 250 LEC).

### **5.3. La oposición judicial a la retención constituida**

Comunicada notarialmente la retención, el deudor y, en su caso, el propietario “pueden oponerse a la retención judicialmente durante el plazo de un mes, a contar de la fecha de la notificación” (art. 4.1 LDRG). La oposición judicial no conlleva como efecto la imposibilidad de proceder a la realización de la garantía (art. 7.1 LDRG), excepto que vaya acompañada “de la consignación

---

<sup>403</sup> Así lo entiendo por considerar que ambas partes tienen a su alcance la posibilidad de acabar con esta situación interina: el acreedor constituyendo formalmente su derecho, y el deudor reclamando en forma la devolución del bien retenido de hecho; y porque, ante la pasividad del perjudicado –del deudor o del propietario– y por el transcurso del tiempo el acreedor puede, por ejemplo, cambiar de nuevo su concepto posesorio y llegar a adquirir la propiedad del objeto por usucapión. Por tanto, el plazo máximo que a estos efectos regiría sería el de prescripción de la obligación.

o el afianzamiento por una entidad de crédito del valor de la deuda principal más el 20 por 100 para gastos” (art. 4.1 LDRG)<sup>404</sup>. El plazo es de caducidad, por lo que una vez agotado se cierra la posibilidad de impugnar la garantía<sup>405</sup>.

El establecimiento del plazo de un mes para formular oposición judicial tiene en la Ley dos funciones u objetivos esenciales<sup>406</sup>. Por una parte, se pretende reservar un espacio temporal suficiente para que los destinatarios de la comunicación por la que unilateralmente se constituye el derecho real tengan tiempo de reaccionar, oponiéndose a la misma si lo creen conveniente (art. 4.1 LDRG). Por otra parte, se pretende asegurar la normalidad en el desenvolvimiento de la fase final de la garantía, al hacer coincidir el final de este plazo con un término inicial a partir del cual el retenedor puede instar el procedimiento de realización del valor del objeto retenido (art. 7.1 LDRG), siempre que no se haya formulado oposición judicial, que ésta no vaya acompañada de la consignación o fianza requerida (art. 4.1 LDRG) o que haya sido resuelta positivamente declarando la existencia de derecho de retención.

Sin embargo, entiendo que ambas funciones u objetivos se hubieran conseguido igualmente aunque no se hubiera limitado el plazo en que el perjudicado por la garantía puede formular oposición a la misma. Entiendo que el final del plazo podría haberse fijado coincidiendo con el momento en que efectivamente el retenedor inicie el procedimiento de realización de la garantía, de manera que fuera posible formular oposición en tanto esa facultad no se ejercitara. La LDRG no permite que el acreedor inicie el procedimiento de realización sino transcurrido un mes a partir de la comunicación notarial, pero en ningún momento le obliga a realizar la garantía en un plazo determinado.

---

<sup>404</sup> Por el hecho de que se impugne la garantía a través de la oposición judicial el retenedor no tiene que devolver la cosa, porque su situación se mantiene, como mínimo, hasta que se dicte resolución judicial dirimiendo la controversia. Otra cosa será que el Juez estime oportuno señalar otro régimen jurídico para asegurar la ejecutabilidad de la sentencia (p.e. depósito en manos de un tercero).

<sup>405</sup> En el mismo sentido **LUCAS ESTEVE**: "El régimen...", p. 80.

<sup>406</sup> El plazo a estos efectos establecido por la LGP era de tres meses, que ahora ha quedado reducido a un mes para agilizar el desenvolvimiento de la garantía.

Por ello considero que el perjudicado por el derecho de retención, equilibrando sus posibilidades jurídicas con las que la LDRG concede a la otra parte, debiera poder formular oposición en tanto no se iniciara el procedimiento de realización de la garantía. Hay que tener en cuenta, además, que la oposición judicial podría formularse el último día del plazo señalado y, por desconocimiento de esta circunstancia, el procedimiento de realización se iniciara al día siguiente. Este es un riesgo eventual que, en realidad, no se evita con el establecimiento de ningún plazo, por lo que es aconsejable que el deudor o el propietario –que han de ser citados a la subasta (art. 7.3, b) LDRG)- comuniquen lo antes posible al notario ante el que se desenvuelva el procedimiento la oposición formulada y la consignación o el afianzamiento efectuado, para que no proceda a la subasta o para que la suspenda (cfr. art. 7.1 LDRG)<sup>407</sup>.

La oposición judicial es el único mecanismo de que disponen los sujetos directamente perjudicados por el derecho de retención para la defensa de sus intereses<sup>408</sup>. A pesar de ello, la LDRG se muestra, en este punto, mucho más estricta que su predecesora. La LGP establecía un plazo de tres meses para que los perjudicados formularan oposición judicial a la retención constituida; oposición que, por sí misma, suponía la imposibilidad de realizar la garantía (arts. 4.2 y 6.1). En cambio, la LDRG reduce a un mes el plazo para oponerse a la retención (arts. 4.1 y 7.1); y requiere la consignación o el afianzamiento para impedir el inicio de la realización del valor de la garantía (art. 4.1, final)<sup>409</sup>.

En la demanda por la que se formula la oposición, los actores han de alegar los fundamentos de hecho y jurídicos que estimen pertinentes para que

---

<sup>407</sup> No obstante, también es cierto que durante este plazo de un mes es posible formular oposición a la constitución del derecho de retención, por ejemplo, porque esté mal constituido, sin entrar necesariamente a discutir las cuestiones de fondo, porque estas cuestiones de fondo pueden ser discutidas incluso transcurrido el plazo, aunque respetando entonces la garantía válidamente constituida.

<sup>408</sup> **LUCAS ESTEVE:** "El régimen...", p. 79: "Este es el único momento de fiscalización del derecho de retención por los Tribunales de justicia, ya que esta garantía está pensada para iniciarse, desarrollarse y concluir sin intervención judicial".

<sup>409</sup> Sobre la consignación o el afianzamiento véase CAP III, § 5, 13.4.3

su pretensión resulte admitida. Así, pueden oponerse a la existencia del crédito del que resulta el derecho de retención o, reconociendo su deuda, pueden negar la existencia de la garantía por la falta de concurrencia de algunos de los presupuestos legales o mostrar su disconformidad con la liquidación resultante o con el importe de las obligaciones determinado. Cuando la oposición se refiera a la existencia del derecho de retención, en la demanda probablemente se reclamará la restitución de la cosa indebidamente retenida. Por tanto, la sentencia que resulte de la oposición puede tener sólo un efecto declarativo, cuando reconozca la existencia del derecho real, o, además, un efecto restitutorio, cuando se entienda lo contrario.

Si la decisión judicial resultado de la oposición desestima la petición del actor, lo mismo que si la estima parcialmente -obligando al demandado a rectificar alguno de los extremos, pero considerando la existencia de la garantía- el acreedor podrá continuar reteniendo. Pero si la decisión judicial estima la inexistencia de la garantía, el poseedor, que retuvo sin poder hacerlo, habrá de resarcir al demandante por el perjuicio que hubiera podido sufrir<sup>410</sup>.

## **6. LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN SOBRE BIENES MUEBLES DE VALOR INFERIOR A 500 EUROS**

### **6.1. Fundamento y naturaleza jurídica**

La LDRG introduce un mecanismo alternativo para la constitución del derecho real de retención cuando recaiga sobre bienes muebles de valor inferior a 500 euros. El supuesto se encuentra previsto en el artículo 10 LDRG,

---

<sup>410</sup> El retenedor es quien lleva la iniciativa, sin perjuicio de las comprobaciones posteriores tanto respecto de la liquidación del crédito como de su existencia. Sin embargo, esta facultad puede ocasionar abusos, puesto que permite al acreedor determinar un crédito inexistente, o un importe elevado de la obligación que no se corresponda con el realmente adeudado, lo que obligará al deudor a formular la oposición judicial que la LDRG pone a su disposición. Como indica **ABRIL CAMPOY**: "El derecho...", p. 1092, comentando el artículo 278 CDCC, "Si ello acontece, el retenedor que obra con abuso de su derecho de retención incurrirá en la responsabilidad que determina la ley (art. 7.2 CC)".

precepto extenso que pone de manifiesto el interés del legislador catalán por esta modalidad.

Este interés se debe a la dificultad, revelada en la práctica, de aplicar las previsiones contenidas en la LGP cuando se trataba de un bien de poco valor económico. En estos supuestos, la constitución y desenvolvimiento del derecho de retención, aunque era técnicamente posible, suponía un esfuerzo económico para el acreedor que no se correspondía con el valor de la cosa<sup>411</sup>. Para remediar esta circunstancia, “Se hace una nueva regulación del derecho de retención de los bienes muebles de poco valor, con el fin de aumentar la operatividad de la garantía y rebajar sus costes” (Preámbulo, 8º LDRG). Esta modalidad está basada “en criterios de simplicidad, pero sin que disminuya, la seguridad jurídica de las personas que intervienen en la relación jurídica” (Preámbulo, 8º LDRG).

Como indica el apartado primero del artículo 10 LDRG, se trata de una fórmula alternativa de ejercicio del derecho de retención: “El derecho de retención sobre una cosa mueble de valor inferior a 500 euros (...) puede ejercitarse también de acuerdo con las siguientes reglas:” (cfr. Preámbulo, 8º LDRG). Así, la LDRG prevé una modalidad de derecho de retención en la que no varía ni la naturaleza jurídica ni los efectos generales de la garantía, sino sólo su ejercicio. Por consiguiente se trata igualmente de un derecho de garantía de naturaleza real que se proyecta sobre cosa mueble, y al que se le atribuyen los efectos que le son propios (art. 2 LDRG)<sup>412</sup>. La modalidad alternativa legalmente prevista para el ejercicio del derecho de retención sobre

---

<sup>411</sup> **POZO CARRASCOSA, PEDRO DEL:** “La retenció de béns mobles de poc valor”, *La Notaria*, noviembre-diciembre 2001, nº 11-12, pp. 221 a 232, p. 221: “El «rodatge» d’aquesta llei va posar, però, de manifest que, en el cas dels béns mobles de poc valor, la posada en pràctica del dret de retenció era, si bé tècnicament possible, inviable a la pràctica, a causa de la desproporció existent entre el costos de constitució i execució i el valor de la cosa. En la pràctica, el qui reparava un petit electrodomèstic, un rellotge o altres béns de poc valor, no podia accedir a la garantia del dret de retenció. La situació s’agreujava, a més, pel fet que si el bé reparat no era recollit pel seu propietari, qui havia fet la reparació no tenia mecanismes jurídics senzills i operatius, no solament per cobrar el seu crèdit, sinó ni tan sols per tal de poder-se deslluirar materialment de l’objecte reparat”.

<sup>412</sup> Así lo entiende **POZO CARRASCOSA:** “La retenció...”, p. 222.

bienes muebles de valor inferior a 500 euros incide en la fase de constitución así como en la de realización de la garantía.

La LDRG dice que “puede ejercerse también de acuerdo con las siguientes reglas”. Esto significa que la facultad de elección corresponde al acreedor, quien, concurriendo los presupuestos legalmente demandados (arts 3 y 5 LDRG) puede optar por constituir el derecho de retención de acuerdo a las normas generales (art. 4.1) o de acuerdo a las normas contenidas en el artículo 10 LDRG, sin que ninguna de ellas se le imponga.

## **6.2. Elementos del supuesto de hecho**

Para que el acreedor pueda optar y, si lo prefiere, ejercitar el derecho real de retención en la forma prevista por el artículo 10 LDRG se requiere la concurrencia de los siguientes elementos: que el derecho de retención se proyecte “sobre una cosa mueble de valor inferior a 500 euros”, que el crédito haya sido “originado por la retribución de la actividad realizada en la cosa” y que esa actividad se haya realizado “por encargo de la persona poseedora legítima”.

### **6.2.1. Cosa mueble de valor inferior a 500 euros**

La LDRG establece un precio que considera el límite máximo para que el acreedor pueda optar por la constitución y realización de la garantía retenedora de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 10 LDRG. Cuando el precio de la actividad supere los 500 euros el acreedor no puede sino constituir su garantía por el procedimiento general establecido en el artículo 4.1 LDRG. Se entiende, por tanto, que por debajo de este precio, el ejercicio del derecho real de acuerdo con las normas generales resulta de escasa operatividad para su titular, porque le reporta más inconvenientes que ventajas.



El problema que en este punto se presenta gira en torno a la valoración del bien mueble en cuestión. Entiendo que éste es un aspecto esencial, ya que determina la posibilidad de proceder por el trámite simplificado, que no puede quedar al arbitrio del acreedor (cfr. art. 1256 CC). Pero, por otra parte, resulta una grave complicación llegar a un acuerdo con el propietario sobre la valoración del bien a los efectos de poder constituir derecho de retención, una vez tomada la decisión de retener, porque es probable que éste se niegue a ello (cfr. art. 7 LDRG)<sup>413</sup>. Por consiguiente, parece que acreedor y propietario habrán de convenir el valor del bien mueble en un momento previo, seguramente en el momento en que se encarga la actividad a realizar, de lo cual resulta aconsejable que quede constancia documental. En cualquier caso, entiendo que en el momento de proceder a la valoración, el propietario habría de tener la posibilidad de conocer los efectos que la misma conlleva, especialmente cuando el valor fijado no alcanzara los 500 euros, cuanto menos a través de una advertencia que figure expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido (cfr. art. 10.1º, b) LGDCU).

### **6.2.2. El crédito a la retribución de la actividad realizada**

La modalidad simplificada de constitución del derecho de retención sobre bienes muebles nace como consecuencia del impago del precio “de la actividad realizada en la cosa” (art. 10.1º LDRG).

El planteamiento de esta premisa, mediante la utilización de la preposición “en”, limita el elemento del supuesto de hecho de la norma en dos sentidos. Por una parte, se requiere que la actividad se haya realizado “en” la cosa, es decir, que recaiga directamente sobre la misma, con lo que se excluye cualquier otra, aunque haya sido realizada “por razón de la cosa”, expresión que se contenía en la redacción del artículo 4.1, c) del Proyecto de Ley,

---

<sup>413</sup> Este fue uno de los grandes problemas detectados durante la vigencia de la LGP, cuyo artículo 6.2 exigía como “requisito de la ejecución forzosa notarial haber procedido a la valoración del bien, de mutuo acuerdo entre acreedor y propietario”. Dado el carácter de oposición del derecho de retención resultaba altamente improbable la consecución de un acuerdo en ese sentido.

idéntica a la que se contenía en el artículo 4.1,c) LGP. Por consiguiente, no se integra en el supuesto de hecho del artículo 10 LDRG el crédito a la retribución por los gastos de administración, gestión, guarda o similares que se hayan realizado por razón de la cosa, en cuyo caso el acreedor podrá constituir derecho de retención por la vía del artículo 5, a) LDRG. Lo mismo cabe decir de los daños y perjuicios producidos por razón de la cosa, debiendo acudir, en este caso, a la letra b) del artículo 5 LDRG.

Por otro lado, la utilización de la partícula “en” supone que la actividad debe realizarse sobre una cosa ya existente o, lo que es lo mismo, ya confeccionada. Desde este entendimiento, quedan fuera del ámbito objetivo del artículo 10 LDRG, “la retribución de la actividad realizada para la confección” de la cosa, crédito que en todo caso ha de quedar cubierto por la letra c) del artículo 5 LDRG, con independencia del valor del bien. Sin embargo, entiendo que los supuestos de confección de la cosa determinada, cuando el valor de ésta resulte ser inferior a los 500 euros habrían de quedar igualmente integrados en el ámbito del artículo 10 LDRG, atendiendo a la finalidad del mismo, que no es otra que facilitar la operatividad del derecho de retención cuando el valor económico de la cosa por cuya causa se genera la garantía no supere el precio determinado (cfr. Preámbulo, 8º LDRG).

El artículo 10 LDRG no exige que la actividad realizada en la cosa haya sido previamente presupuestada. Se entiende que lo contrario no resultaría adecuado a la finalidad de la norma, dado que, en la práctica, lo usual es que en las pequeñas reparaciones no se pida un presupuesto en el sentido estricto o formal del término, aunque sí se pregunte el coste aproximado de la actividad<sup>414</sup>. No obstante, aunque sea cierto que la utilidad de la figura reside en su simplificación, considero que la existencia de un presupuesto aceptado habría de ser necesario, como mínima contrapartida a la facultad del acreedor de constituir derecho de retención con la efectividad que legalmente le corresponde. Es decir, dado que la confección de un presupuesto y su

---

<sup>414</sup> POZO CARRASCOSA: “La retención...”, p. 223.

aceptación no representan un esfuerzo económico de identidad para el acreedor, considero que siempre que éste pretenda constituir derecho real de retención sobre la cosa, con la única finalidad de proteger su eventual derecho de crédito a través de la realización, habría de existir un presupuesto aceptado, como medida de seguridad que garantice, no sólo sus intereses, sino los del deudor y propietario. Entiendo que no habría de resultar suficiente que el acreedor apele a la existencia de un crédito, de la cuantía que el mismo de forma unilateral determine, que le justifique para ejercitar el derecho de retención en la forma permitida por el artículo 10, b) LDRG. El presupuesto aceptado fortalece la seguridad jurídica que legitima la existencia de una garantía real, máxime en este caso en el que las garantías se encuentran, en cierta forma, también “simplificadas”. La confección de presupuesto habría de ser así un requisito que, sin perjudicar al acreedor, quien, además, podría acreditar y justificar sin lugar a dudas la existencia del crédito del que derivan sus facultades, beneficiaría al deudor que, como se ha dicho, no se vería expuesto a desagradables sorpresas.

Como en cualquier otro caso, el derecho de retención se extiende a los gastos de conservación generados con posterioridad a la constitución de la garantía (arts. 10, c) y 6.2 LDRG). Respecto de los intereses, según el artículo 5, d) LDRG, la garantía sólo se extiende a los mismos “desde que sea notificado el derecho de retención en la forma determinada por el presente artículo”. Por tanto, literalmente interpretado, este artículo no permite que la garantía se extienda a los intereses del crédito generados con posterioridad a la constitución, porque ésta no se hará en la forma determinada por el artículo 4.1 LDRG, sino en la forma establecida por el artículo 10, a) LDRG. Para solucionar este inconveniente, probablemente debido al descuido más que a una voluntad meditada del legislador, podría pensarse en dos posibilidades. Por un lado, el acreedor que deseara extender la garantía a los intereses habría de constituirla de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1 LDRG, aunque posteriormente sometiera su ejercicio, por lo que a la realización se refiere, a lo dispuesto en el artículo 10, c) LDRG. Por otro lado, podría

entenderse, como entiendo, que la norma contenida en el artículo 5, d) LDRG, que extiende la garantía a los intereses del crédito que se generen a partir de la notificación resulta analógicamente aplicable a la retención de bienes muebles de poco valor constituida en la forma prevista por el artículo 10, a) LDRG.

### **6.2.3. Actividad realizada por encargo del poseedor legítimo**

Según el artículo 10.1º LDRG la actividad retribuida del acreedor tiene que haber sido realizada “por encargo de la persona poseedora legítima”. Esta expresión se encontraba contenida en el artículo 4.1, c) LGP y en el mismo artículo del Proyecto, pero no ha quedado recogida en paralelo artículo 5, c) LDRG. En un sentido estricto, por poseedor legítimo se entiende el que ostenta debidamente la posesión de la cosa o quien, detentándola indebidamente, origina en el acreedor un error excusable, basado en la ignorancia de la inexistencia, invalidez o falta de efectividad del título en que debería fundamentarse el derecho a poseer del que encarga la actividad a realizar. Por tanto, en este sentido, no resultaría necesario que quien entregara la cosa o quien encargara su actividad fuera su propietario, pero el acreedor habría de indagar sobre la legitimidad del poseedor. Sin embargo, considero que en la LDRG no se utiliza el concepto de posesión legítima en su sentido estrictamente técnico, sino que por tal hay que entender la apariencia de legitimidad, lo que significaría que, de acuerdo con las presunciones posesorias, se presume la titularidad de quien encargue la actividad a realizar<sup>415</sup>.

En este último sentido, la apariencia de legitimidad de quien entrega la cosa al acreedor convierte a éste en poseedor de buena fe y, por lo que a esta

---

<sup>415</sup> Así lo entiende **POZO CARRASCOSA**: “La retenció...”, p. 223: “Així, per exemple, en el sentir d’aquest article, l’usurpador és un posseïdor legítim”.

circunstancia se refiere, en sujeto legitimado para constituir derecho de retención sobre la cosa que deba entregar a otra persona (cfr. art. 3 LDRG).

### **6.3. Constitución del derecho de retención sobre muebles de “poco valor”**

Dice el artículo 10, a) LDRG: “La comunicación de la decisión de retener, establecida por el artículo 4.2, puede ser sustituida por una notificación hecha por burofax, por correo certificado con acuse de recepción o por cualquier otro medio que acredite fehacientemente su recepción”.

#### **6.3.1. Naturaleza y contenido de la comunicación**

El derecho real de retención sobre bienes muebles de valor inferior a 500 euros puede ser constituido mediante la notificación de la “decisión de retener” al deudor y al propietario, si fueran personas diferentes. Por tanto, también en esta modalidad del derecho de retención la notificación tiene una naturaleza constitutiva. A partir de la notificación el derecho real despliega toda su eficacia, tanto frente al deudor como frente a cualquier tercero (arts. 2.1 y 6.2 LDRG).

No obstante, igual que en los casos de constitución del derecho de retención por aplicación de la norma general contenida en el artículo 4.1 LDRG, existe una fase previa o preparatoria de la garantía, que se desenvuelve en el periodo que media desde que el acreedor decide mantenerse en su posesión hasta que realice la notificación. En esta fase la posesión del acreedor sólo tiene una eficacia defensiva, a través de su oposición a la devolución y de la utilización de las acciones posesorias (cfr. art. 250.1, 4º LEC).

El artículo 10, a) LDRG dice que el acreedor ha de comunicar su “decisión de retener”. Parece, pues, que bastará con que haga saber su propósito de constituir derecho real de retención. Sin embargo, entiendo que la forma de expresarse en este precepto es igualmente abreviada que el procedimiento que prevé. Es decir, la referencia a la “comunicación de la

decisión de retener, establecida por el artículo 4.2” permite entender que el contenido de la comunicación que sustituye a la notificación notarial no ha de limitarse a la declaración de voluntad del acreedor conforme se propone ejercitar derecho de retención sobre un bien determinado, sino que, además, ha de incluir la liquidación practicada y el importe de la obligación de la que la garantía trae causa (cfr. art. 4.1 LDRG). Además de estas circunstancias, el acreedor debería hacer saber a los destinatarios de la comunicación su intención de utilizar esta modalidad alternativa de derecho de retención.

### **6.3.2. Forma de la comunicación**

La LDRG prevé un sistema sencillo para la constitución de un derecho de retención sobre muebles de valor inferior a 500 euros: tan solo exige una notificación “hecha por burofax, por correo certificado con acuse de recepción o por cualquier otro medio que acredite fehacientemente su recepción” (art. 10, a) final). Por consiguiente no se excluye cualquier otro mecanismo que igualmente acredite que la comunicación ha sido recibida por su destinatario, como pueda ser la firma electrónica e, incluso, la comunicación notarial, aunque la finalidad de este procedimiento simplificado sea, precisamente, evitar los elementos que supongan el encarecimiento del proceso constitutivo.

En cualquier caso, el acreedor debe poder acreditar la recepción de la comunicación. Sin embargo, sería deseable que igual que la recepción, circunstancia a la que se alude expresamente, el acreedor hubiera de acreditar el contenido de la comunicación, esto es, su “decisión de retener”, para demostrar en todo caso que lo verdaderamente comunicado no tuvo que ver con ninguna otra circunstancia (p.e. que la reparación ha concluido, el horario recogida, cambio de domicilio, etc.).

La comunicación ha de dirigirse al deudor y al propietario. En el Proyecto de Ley, el artículo 8, a), final establecía que “La deudora ha de indicar dichos domicilios en el momento de la entrega de la cosa”. Y dada la dificultad de

poner en práctica el mandato contenido en esta norma, la misma ha sido interpretada en el sentido que el acreedor podía exigir de quien efectuara la entrega que le indicara los domicilios, de tal manera que si éste se negaba aquél conocería la imposibilidad de ejercitar derecho de retención por esta vía simplificada<sup>416</sup>. Afortunadamente, este precepto imperativo no ha pasado al texto definitivo de la LDRG, de manera que actualmente queda al arbitrio y a la diligencia del acreedor solicitar de quien le hace la entrega que le indique su domicilio y el del propietario. El acreedor siempre puede remitir la comunicación al domicilio que conociera, al que le hubiera indicado quien encargó la actividad o cualquier otra persona, o al que, tras su indagación, hubiera conseguido averiguar.

En cualquier caso, la decisión de retener ha de ser comunicada. Pero no tiene por qué ser comunicada al deudor y al propietario, sino que habría de bastar con que se comunique a la persona que hizo la entrega de la cosa o a quien figure como responsable de la misma. Es difícil imaginar al propietario o al dependiente de un establecimiento que se encargue de la reparación de un objeto de valor inferior a 500 euros preguntando a su cliente en calidad de qué posee la cosa, si es su propietario, a quien corresponde el dominio, datos de identidad y dirección de ambos, etc. Entiendo que el acreedor cumple si comunica su decisión de retener a la persona que efectuó la entrega o a quien éste le hubiera indicado, porque, en definitiva, sobre éste recae la presunción de poseedor legítimo.

## **7. LA EFICACIA PLENA DEL DERECHO DE RETENCIÓN**

El derecho real de retención es siempre oponible a terceros desde el momento de su constitución. A diferencia de la prenda, cuya eficacia *inter partes* o *erga omnes* depende de la forma en que se haga constar la garantía o del conocimiento de la misma, el derecho de retención despliega una eficacia plena

---

<sup>416</sup> POZO CARRASCOSA: “La retenció...”, p. 224.

desde su nacimiento. La prenda sólo despliega una eficacia *erga omnes* cuando la garantía y sus circunstancias consten en instrumento público, y desde ese momento (art. 12.2 LDRG). Si así consta, el acreedor pignoraticio está legitimado para defender su posición jurídica frente a cualquiera que demande la cosa dada en garantía (arts 2.1, a) y 18.1 LDRG); legitimación que faltará en otra forma, en cuyo caso habrá de ceder ante las pretensiones de cualquier tercero con mejor derecho.

En cambio, en el derecho de retención no es posible distinguir entre eficacia plena y eficacia limitada, porque desde el primer momento la garantía puede ser ejercitada con plenos efectos. En el derecho real de retención la eficacia *inter partes* y *erga omnes* coinciden, porque la garantía no existe sino desde que se constituye formalmente mediante la comunicación notarial, en los términos expuestos en el artículo 4.1 LDRG. A partir de la comunicación notarial el derecho real de retención nace y despliega todos sus efectos, que pueden ser opuestos frente a cualquiera que demande la entrega de la cosa en tanto no se paguen totalmente las deudas que generaron la garantía (art. 6.1 LDRG, cfr. Preámbulo II, 3º LGP).

Sin embargo, como ha quedado dicho, hasta el momento en que se comunique la "decisión de retener" (art. 4.1 LDRG) el acreedor también "retiene", y lo hace frente a cualquiera, aunque no como titular de un derecho real, sino como poseedor. Es decir, en el período que media desde que el acreedor "decide" retener, hecho que determina el cambio de su concepto posesorio, hasta la constitución formal de la garantía, el acreedor se puede negar a entregar la posesión de la cosa, como cualquier poseedor, con la misma eficacia. No obstante, la reclamación del deudor, del propietario del bien retenido o de cualquiera que con derecho pretenda la posesión del objeto obliga al acreedor que quiera mantener su posición a constituir formalmente la garantía. De otro modo, sin el soporte legal que justifique la negativa, el acreedor habrá de entregarlo a quien con derecho se lo reclame<sup>417</sup>.

---

<sup>417</sup> No es exactamente la opinión de **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS**: *Institucions...*, v. 246



Ello es así porque, como anteriormente también ha quedado dicho, en el ámbito de la LDRG las obligaciones previstas en el artículo 5 sólo pueden asegurarse por un derecho de retención de naturaleza real. Es decir, el acreedor que decida retener en garantía de cualquiera de las obligaciones relacionadas en el artículo 5 LDRG no dispone de la facultad, de un derecho de opción, que le permita elegir entre constituir una retención real bajo el régimen de la LDRG o una retención personal aplicando en este supuesto el precepto del Código Civil que corresponda. En Cataluña sólo es posible el ejercicio de un derecho de retención de naturaleza no real cuando se trate de asegurar el cumplimiento de obligaciones distintas a las previstas por la LDRG. Únicamente en esos casos es posible la aplicación subsidiaria de las normas del Código Civil, en defecto de normativa propia, pero no cuando el concreto supuesto se encuentre previsto por una norma directamente aplicable.

Sin embargo, la plena oponibilidad del derecho de retención no es una cuestión que dependa de su naturaleza real<sup>418</sup> -aunque el Preámbulo de la LGP pareciera indicar lo contrario<sup>419</sup>. Normalmente la plena efectividad de un derecho requiere la máxima publicidad y seguridad de su existencia (cfr. arts. 12.2. LDRG 1865 y 1875 CC, 3 LHM). En el derecho de retención esta publicidad y seguridad se consigue a través de la comunicación notarial. Y dado que la comunicación notarial es el mecanismo formal de constitución de la garantía, la oponibilidad

---

I, p. 394, para quienes la garantía puede oponerse eficazmente a terceros "des del moment en que es produïx la interversió del concepte possessori, que permet convertir la possessió anterior en una possessió en concepte de titular del dret de retenció a instàncies del mateix titular, Però una interversió del concepte possessori per voluntat unilateral del retenidor sols es pot oposar a terceres persones si s'ha fet amb la necessària publicitat. Per consegüent el dret de retenció sols es pot oposar eficaçment enfront a tercers subadquirents de la cosa o tercers creditors del propietari de la cosa retinguda des del moment en que consti de manera fefaent la retenció".

<sup>418</sup> **JORDANO FRAGA**: "Comentario...", p. 4773; **ALMAGRO NOSETE**: "Significación...", p. 121, cita (25); **ABRIL CAMPOY**: "El derecho...", p. 1917; **CATALA-FRANJOU**: "De la nature...", p. 39.

<sup>419</sup> Preámbulo, II LGP: "El dret de retenció passa a configurar-se com un dret real de garantia, de manera que el retenidor es pot negar, no solament davant del deutor, sino també davant de qualsevol tercer".

*erga omnes* del derecho de retención es siempre consecuencia inmediata de su existencia<sup>420</sup>.

La eficacia *erga omnes* del derecho real de retención implica que la garantía grava desde el primer momento al objeto retenido, con independencia del patrimonio en el que se integre y de donde se encuentre. Esto significa que si la cosa retenida se transmite a un tercero, éste la adquiere con el gravamen de la retención, por lo que no puede exigir su entrega del retenedor ni evadir el riesgo de su realización en tanto el crédito que asegura no resulte totalmente satisfecho (eficacia defensiva). Por otra parte, la eficacia plena del derecho de retención implica la reipersecutoriedad o facultad del retenedor despojado de su posesión para perseguir la cosa donde se encuentre y para recuperar el poder directo que sobre ella tenía (cfr. art. 6.3 LDRG) (eficacia ofensiva). En definitiva, la eficacia *erga omnes* del derecho real de retención implica que su titular dispone en todo momento de acción real, para reclamar o defender la cosa retenida frente a terceros (cfr. art. 1869.2 CC)<sup>421</sup>.

---

<sup>420</sup> Se entiende que la eficacia de la retención depende de su oponibilidad, de forma que si la misma no fuera absoluta se abriría una vía fácil a la posibilidad de fraude, ya que sería suficiente con que la cosa fuera reclamada por un no deudor para que la garantía cediera. De esta opinión **ALMAGRO NOSETTE**: "Significación...", p. 121; **CATALA-FRANJOU**: "De la nature...", p. 37.

<sup>421</sup> De esta opinión **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS**: *Instituciones...*, v. I, p. 399; **ABRIL CAMPOY**: "El derecho...", p. 1925. En contra, **CAMPO VILLEGAS**: "En torno...", p. 120, entiende que la derogada LGP, tanto en su Preámbulo como en su artículo 5, destaca la eficacia defensiva del derecho de retención "por lo que implícitamente rechaza o desconoce la eficacia ofensiva". Entiende este autor que tampoco resulta convincente el argumento esgrimido por Puig i Ferriol – Roca i Trias, obra y p. cit., quienes justifican la eficacia ofensiva del derecho de retención en la interpretación a *sensu contrario* del apartado tercero del artículo 5. Campo Villegas considera que la forma de extinción por renuncia prevista en ese apartado de la Ley no es la única y que "sobre esta base movediza" (i) no puede concluirse que "en los otros casos de pérdida de la posesión del artículo 460 no se extingue el derecho de retención". A esto podría responderse que la intención del artículo 6.3 LDRG no es sustituir al artículo 460 CC. Por supuesto que existen otras causas de extinción del derecho real de retención, pero siendo un derecho basado en la posesión de la cosa con la clara intención de retener manifestada por la constitución formal de la garantía, lo que viene a decir la LDRG -y dijo la LGP- en este punto es que en el supuesto *específico* de que el retenedor muestre su voluntad contraria manifestada por un acto de renuncia, como sin duda es la devolución voluntaria de la cosa retenida, el derecho *también* se extingue. De ello no resulta difícil deducir que, perdida involuntariamente la posesión (cfr. art. 460.4º CC) el derecho real de garantía no se extingue, con lo que su titular (el derecho no se ha extinguido y existe un titular) puede ejercitar las facultades que le son propias entre las cuales se encuentra la de reclamar la cosa a quien corresponda. Se puede perder la posesión de la

---

cosa, pero ello no implica la extinción del derecho ya constituido. Y si la LDRG permite que el derecho se mantenga no obstante el despojo, resulta del todo lógico que mantenga también la facultad de defenderlo, en este caso, atribuyendo a su titular la facultad de perseguir y reclamar la devolución del bien. Por otra parte, nadie duda de la oponibilidad *erga omnes* del derecho real de prenda con desplazamiento posesorio que la propia LDRG también regula. Pues bien, el artículo 18.1 LDRG, referido a la prenda, se expresa de igual forma que el paralelo al artículo 6.1 del mismo texto, referido al derecho de retención, incidiendo expresamente sólo en la eficacia defensiva de la garantía pero sin que ello signifique la exclusión implícita de su eficacia ofensiva.

### § 3. LA POSESIÓN SOBRE COSA MUEBLE

## 8. EL OBJETO DE LA GARANTÍA

### 8.1. Consideraciones generales

La garantía real es, por definición, la que tiene como objeto una cosa. Las garantías reales mobiliarias que la LDRG regula (cfr. Preámbulo II, 1º y art. 1 LGP<sup>422</sup>), afectan a cosas de naturaleza mueble susceptibles de posesión (arts. 3, 6, 12.1, b) y 18 LDRG) y enajenables (arts. 2.1, c), 7 y 19 LDRG). Estas exigencias son todas consecuencia necesaria de la naturaleza real que la LDRG atribuye a los derechos de retención y de prenda, cuya respectiva eficacia se consigue a partir de la posesión efectiva de la cosa mueble afectada en poder del acreedor, y cuyo efecto más característico es la posibilidad de proceder a la enajenación de su objeto por los procedimientos legalmente previstos, para satisfacer la obligación que garantizan con el valor obtenido. Especialmente, este último aspecto es el que hace imprescindible que el objeto afectado por la garantía sea susceptible de tráfico jurídico, es decir, que tenga aptitud para soportar el gravamen que la garantía real presenta o, lo que es lo mismo, que sea susceptible de ser vendida<sup>423</sup>.

---

<sup>422</sup> El contenido de la LGP se limitaba a establecer el régimen jurídico de los derechos reales de prenda y de retención sobre muebles, lo que permitía la utilización de los términos “mueble” y “garantía mobiliaria” tanto en su Preámbulo como a lo largo de su articulado. Ahora, la actual LDRG, regula también el derecho de retención sobre bienes inmuebles y la anticresis, razón por la cual se refiere en general a los derechos reales de garantía.

<sup>423</sup> **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 454. Entiendo, pues, que en la retención prevista por el ordenamiento estatal, que no lleva aparejada la posibilidad de realizar la garantía como efecto esencial, el carácter de enajenable del objeto no resulta imprescindible. Igualmente **VIÑAS MEY:** “El derecho...”, p. 110.

La garantía real se extiende a todos los accesorios y a las pertenencias<sup>424</sup> del bien por ella afectado, siempre que el acreedor ostente la posesión de los mismos por igual concepto y causa, salvo pacto o declaración en contrario<sup>425</sup> (cfr. arts. 334<sup>426</sup>, 1097; 1258, fin<sup>427</sup> CC, como normas de alcance

---

<sup>424</sup> El Código Civil no contiene un concepto de “pertenencia”. Según **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS**, en **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS Y OTROS: Elementos de Derecho Civil**, t. I, v. 3º, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1990, p. 20, las pertenencias “son cuerpos muebles independientes, si bien destinados al servicio duradero de otro principal, con arreglo a su finalidad económica: en caso de duda, se entienden comprendidos, tanto en el tráfico como en la ejecución forzosa, en la cosa principal, pero pueden ser objeto de negocios y derechos aislados”. No obstante, este autor, obra cit., p. 22, rehúsa distinguir “como categoría distinta de las partes integrantes y de las pertenencias, en un grado menor (ínfimo) de dependencia de la cosa principal, de los denominados –en lenguaje convencional- *accesorios*: «cosas puestas por voluntad de un sujeto al servicio de otra, pero sin vinculación objetiva inicial con ella, como los aperos de labranza con relación a la finca». Entiende que “estas distinciones, dada la infinidad de matices en la vinculación entre partes o cosas, no resuelven con suficiente generalidad los problemas prácticos de cuándo un cuerpo es susceptible de tráfico y titularidad autónomos (propiedad, *iura in re aliena*, derechos de obligación), y de qué partes o accesorios se consideran incluidos en su enajenación. Son los usos del comercio en relación con el sentir común, la intención de los declarantes y algunas reglas del CC., los que permiten, caso a caso, formar criterio. En cambio, en opinión de **CLAVERÍA GOSALVEZ, LUIS-HUMBERTO**, en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN - SALVADOR CODERCH**, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 926, relacionando el artículo 334 en sus números 4º, 5º, 6º y 7º con el artículo 1097 que habla de «accesorios», “parece casi seguro que debemos identificar éstos con las pertenencias, cuyos requisitos se encuentran contemplados en los mencionados números del artículo 334, que no tiene otra razón de ser que describir el completo contenido de los arts. 1.097 y 883 (...) si el término «accesorios» tuviese un contenido más amplio que el término «pertenencias», englobando no sólo a éstas sino también a los llamados «accesorios negociales o convencionales», carentes de relación objetiva con la cosa principal, la categoría de las pertenencias no nos serviría en Derecho español (...) Si el «accesorio» del art.- 1.097 no es pertenencia, es decir, no tiene que reunir los requisitos del art. 334, en sus núms. 4º a 7º, sobran esos números, lo que carece de sentido ex art. 3.º 1 CC”.

<sup>425</sup> Los accesorios y las pertenencias –de entenderse que son conceptos distintos– quedan incluidos en la garantía sólo si las partes deciden en este sentido o no pactan nada al respecto, pero no cuando expresan su voluntad contraria. En este sentido **BADOSA COLL: Comentario...**, p. 26; **CLAVERÍA GOSALVEZ: Comentario...**, p. 927, quien puntualiza, además, que “será imprescindible, como siempre, indagar la voluntad de las partes aplicando los preceptos atinentes a la interpretación”. **PÉREZ-GONZÁLEZ – ALGUER: Tratado...**, p. 427, y, siguiéndole, **GUILARTE ZAPATERO: Comentarios...**, p. 503, entienden que las pertenencias no se entenderán pignoradas si no se entregan.

<sup>426</sup> Aunque el artículo 334 CC se refiera específicamente a los bienes de naturaleza inmueble, son perfectamente trasladables al ámbito de los muebles las aportaciones doctrinales que el mismo ha merecido, en lo que respecta al extremo que ahora se trata. Así, **CLAVERÍA GOSALVEZ: Comentario...**, p. 931: “Por supuesto, los bienes muebles que sean pertenencias de bienes muebles siguen siendo muebles: de ellos no habla el art. 334”.

<sup>427</sup> **BADOSA COLL: Comentario...**, p. 27, considera que el artículo 1097 CC

general; y arts. 883 CC; 576, 587 y 745 C de C; 109 a 115 LH; 215 RH; 21, b), 39, 42 y 52 LHM que contienen preceptos de ámbito más restringido).

## **8.2. Las cosas fungibles. La garantía “irregular”. El dinero**

### **8.2.1. Las cosas fungibles como objeto de prenda**

Las cosas fungibles pueden ser pignoradas o retenidas. El artículo 16.1 LDRG prevé de forma expresa la prenda de las cosas fungibles, figura que, según el Preámbulo, III, 3º LGP, “tiene como base el paso del concepto de «prenda de objeto» al de «prenda de valor»”. La LDRG reconoce, pues, la idoneidad de la cosa fungible para ser entregada en prenda porque la garantía que proporciona el objeto no reside tanto en la identidad del mismo como en su valor, ya que éste y no aquél es el que garantiza el efectivo cumplimiento de la obligación y, en su caso, el que permite su satisfacción. (cfr. art. 19.5 LDRG).

Por cosas fungibles ha de entenderse “las que pueden sustituirse por otras de la misma especie y calidad” (art. 16.1 LDRG). Este es el concepto de cosa fungible que da la LDRG, para evitar que trascienda en su ámbito el error o la confusión a que induce la literalidad del artículo 337 CC, tradicionalmente advertido por la doctrina. En este artículo 337 CC los conceptos de fungibilidad y de consumibilidad se identifican en cierta manera, porque se utilizan los términos fungible e infungible para referirse, también, a las cosas consumibles y no consumibles. Y aunque, como es sabido, las cosas consumibles suelen ser fungibles, y viceversa, y lo mismo suele ocurrir con las infungibles e inconsumibles, cabe imaginar cosas fungibles no consumibles y cosas

---

“distingue según la «individualización» de la cosa se haga *a priori* en sede de «designación» o se haga *a posteriori* en sede de «cumplimiento» y exige los «accesorios» sólo en el primer caso y no en el segundo «como si» sólo en el primer caso existieran «accesorios»”, por lo que el tratamiento jurídico de los accesorios de la cosa *individualizada a posteriori* o en sede de cumplimiento “ya no corresponde al art. 1097 sino, en su caso, al art. 1258 fin, y en concreto a las «consecuencias» que «sean conformes a la buena fe» y «al uso»”.

infungibles consumibles; distinción que parece ser apreciada en algún otro precepto del mismo texto legal<sup>428</sup>.

Por tanto, las cosas fungibles son aquéllas que pueden ser sustituidas por otras atendiendo sólo a sus caracteres genéricos, y que suelen ser determinadas por su peso, número y tamaño. En cambio, las cosas infungibles no se pueden sustituir por otras atendiendo a sus específicas circunstancias, que las individualizan singularmente<sup>429</sup>. No obstante esta diferencia conceptual, resulta generalmente admitido por la doctrina que los particulares, en el ejercicio de la autonomía de su voluntad y cuando la ley lo permita, establezcan como sustituible una cosa no fungible y, a la inversa, que determinen como insustituible una cosa fungible, individualizándola, sin que por ello, por voluntad de la persona, la cosa de que se trate deje de ser fungible o infungible<sup>430</sup>.

El concepto general de cosa fungible que se acoge en el artículo 16.1 LDRG no debe ser confundido con el que se utiliza en la legislación del mercado de valores, especialmente cuando la garantía recaiga sobre valores sometidos a cotización oficial anotados en cuenta (cfr. arts. 7.4, 15.3, 16.2 y 3, 18.6, y 20 LDRG). En esta normativa específica, la del mercado de valores, concretamente en el artículo 17 RD 116/1992<sup>431</sup>, se establece el concepto y los requisitos de fungibilidad a los efectos que le interesan, es decir, se establecen “las condiciones para que los valores representados mediante anotaciones en

---

<sup>428</sup> Sobre el concepto de cosa fungible véase artículo 1545 y, también, los artículos 482, 1448, 1452, 1753 y 1745.2 CC.

<sup>429</sup> **ALBALADEJO:** *Derecho*, t. I..., p. 98; **CLAVERÍA GOSALVEZ:** *Comentario...*, p. 933.

<sup>430</sup> **ALBALADEJO:** *Derecho*, t. I..., p. 98.

<sup>431</sup> Artículo 17 RD 116/1992: *Fungibilidad de los valores*.- 1. Los valores representados por medio de anotaciones en cuenta correspondiente a una misma emisión que tengan unas mismas características tiene carácter fungible. En consecuencia, quien aparezca como titular en el Registro contable lo será de una cantidad determinada de los mismos sin referencia que identifique individualmente los valores. 2. En particular, se considerarán fungibles entre sí todas las acciones de una misma clase y serie y los demás valores de un mismo emisor cuyas características, desde el origen o de modo sobrevenido, sean las mismas. 3. Lo dispuesto en los números precedentes se entiende sin perjuicio de las necesidades de especificación o desglose de los valores inscritos derivadas de situaciones especiales, como la constitución de derechos reales limitados u otra clase de gravámenes o la expedición de certificados”.

cuenta funcionen como fungibles a efectos de las operaciones de compensación y liquidación” (art. 8.3º LMV). Como se puede apreciar, el concepto de fungibilidad que se acoge en la legislación del mercado de valores tiene una finalidad que se aparta y diferencia claramente de la que persigue la LDRG, que, en consecuencia, no queda limitada por las condiciones que para la “fungibilidad de los valores” demanda la legislación específica y que, por tanto, podrá establecer las condiciones y los límites que tenga por conveniente para la sustitución de los valores empeñados (cfr. arts. 11 y 16 LDRG).

### **8.2.2. Las cosas fungibles como objeto de derecho de retención**

También es posible constituir derecho real de retención sobre cosas muebles fungibles. La LDRG no lo prohíbe. No obstante, parte de la doctrina no admite la retención de ese tipo de bienes, al entender que sobre el retenedor pesa la prohibición de apropiarse de la cosa, aunque sea para devolver otra de la misma especie y calidad<sup>432</sup>, y que los derechos reales deben recaer siempre sobre cosas concretas y determinadas, que son las llamadas cosas no fungibles<sup>433</sup> (cfr. art. 16.1 LDRG). Sin embargo, el derecho real de retención se constituye sobre una cosa concreta y determinada que aunque en abstracto sea fungible deja de serlo a partir de ese momento. El titular de un derecho real de retención no se apropia del concreto objeto retenido, sino que se limita a mantener la posesión del mismo en garantía de su crédito, con independencia de su carácter abstracto de fungible o infungible. Mientras esa situación se mantenga, el acreedor sólo tiene obligación de conservar diligentemente la cosa retenida, cualquiera que sea la naturaleza de la misma, para restituirla en condiciones una vez satisfecha la obligación garantizada. Si en esta fase de seguridad el bien retenido se pierde sin que medie negligencia o culpa del

---

<sup>432</sup> **ABRIL CAMPOY**: "El derecho...", p. 1910, entiende que el derecho de retención ha de recaer sobre cosa "no fungible, pues, a diferencia de lo que acaece para la compensación (cfr. art. 1196), la retención presupone no la adquisición de la propiedad con la obligación de devolver el *tantundem*, sino, por contra, el mantenimiento de la posesión sobre un bien ajeno que sólo se restituirá una vez realizado o garantizado (cfr. art. 7) el pago de los créditos del retenedor". En el mismo sentido; **CANO MARTÍNEZ DE VELASCO**: *La retención...*, p. 66; **LÓPEZ LÓPEZ, ÁNGEL M.**: *Retención...*, p. 39.

<sup>433</sup> **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS**: *Instituciones...*, v. I, p. 387.



retenedor, éste no se verá obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad, y su derecho de crédito persistirá igualmente aunque desprovisto de la garantía por desaparición del objeto. De lo contrario, si el bien retenido no se pierde, el acreedor deberá devolver ese mismo bien una vez satisfecho su crédito, sin que pueda sustituirlo por otro -excepto en los supuestos legalmente previstos (cfr. art. 11 LDRG)-, porque, como ha quedado dicho, un bien se individualiza y especifica cuando se entrega en posesión.

### **8.2.3. El dinero como objeto de garantía posesoria**

#### **8.2.3.1. El dinero como objeto de prenda**

La LDRG admite de forma específica la pignorabilidad del dinero en su artículo 19.5<sup>434</sup>. El dinero, considerado como bien mueble de naturaleza genérica llevada a su concepto más abstracto, tiene un valor intrínseco casi nulo y unas características que lo alejan cada vez más de las cosas corporales<sup>435</sup>. Generalmente el dinero se encuentra inmaterialmente representado por anotaciones contables, excepto en aquellos casos que por la voluntad de las partes se especifiquen los signos monetarios.

La posibilidad de constituir una garantía pignoraticia sobre dinero es un tema que cobró actualidad a raíz de unos pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios en materia de prenda de saldos de depósitos bancarios<sup>436</sup>. La

---

<sup>434</sup> Entiende **ALBALADEJO**: *Derecho* t. III..., v. 2º, p. 266, la prenda que consista en dinero se constituirá, generalmente, para garantizar obligaciones de hacer, no hacer o de dar no pecuniarias, porque, en las pecuniarias, lo normal sería dar el dinero en pago en lugar de en prenda.

<sup>435</sup> **CLAVERÍA GOSALVEZ**: *Comentario...*, p. 934: "El dinero -dada sus actuales características (valor intrínseco casi nulo, espiritualización creciente, consideración como suma y no como cantidad, fenómeno de las tarjetas de crédito y de las anotaciones en cuenta, cibernética aplicada a la contabilidad con efectos jurídicos específicos, etc.)- se aleja cada vez más del mundo jurídico de las cosas corporales para acercarse al de los nuevos objetos de derechos de naturaleza compleja".

<sup>436</sup> Se trata de una prenda de derecho, concretamente de una prenda que puede recaer sobre la propia deuda del acreedor pignoraticio, modalidad típica en el tráfico bancario en la que coinciden el acreedor pignoraticio con el deudor del derecho de crédito. El derecho a la restitución empeñado puede estar incorporado a un título valor, a un

primera línea jurisprudencial es la que en su inicio defendió la STS de 27 de diciembre de 1985, y siguieron fielmente las SSTS de 18 de julio y 28 de noviembre de 1989. Resumiendo mucho, estas sentencias denegaron a las libretas a plazo virtualidad para ser objeto de prenda, basándose en que tales documentos no tienen la consideración de título valor y que, por tanto, sólo podía considerarse la existencia de una prenda irregular<sup>437</sup>. En consecuencia, se entendió que, no existiendo auténtico derecho real, la preferencia del derecho del acreedor decaía frente al derecho a la compensación de la entidad de crédito depositaria cuando no existiera identidad subjetiva. Esta solución fue criticada por un amplio sector doctrinal en virtud de diversos argumentos, básicamente, por entender que el objeto de la garantía es siempre el derecho a

---

certificado de depósito en las imposiciones a plazo, o a un título de legitimación como la libreta de ahorro en las cuentas de ahorro a la vista o en las imposiciones a plazo. El problema se planteó respecto de éstas, a las que cierto sector calificó como prendas irregulares y no como prenda de créditos.

<sup>437</sup> La STS de 27 de diciembre de 1985 trataba de un procedimiento de tercería de mejor derecho, en el que una entidad bancaria alegaba la existencia de un privilegio mobiliario a su favor, fundado en la existencia de una prenda que el deudor constituyó sobre una imposición a plazo fijo, y que se pretendía hacer efectivo frente al embargo preventivo practicado sobre dicha imposición en un juicio ejecutivo. El Tribunal desestimó la pretensión “por las siguientes razones: A) Ciertamente la modalidad más utilizada de garantía real en las operaciones de apertura de crédito bancario, es la prenda de valores o efectos cotizables en Bolsa, y en este sentido si la restringida mención que los artículos 320 y 324 del Código de comercio hacen de las operaciones con pignoración de «efectos o valores públicos», en la práctica mercantil se extiende a todo tipo de títulos o valores industriales y privados pero si son susceptibles de cotización bursátil, es claro que de tal característica están desprovistas las libretas que documentan imposiciones a plazo fijo, y aunque tampoco existe prohibición de que los títulos a la orden se den en prenda, será menester que se trate propiamente de títulos valores y que se realice su endoso en garantía, lo que mal podrá predicarse de los que el Banco recurrido utiliza en apoyo de su tesis. B) El depósito de dinero o imposición a plazo fijo, cuya naturaleza jurídica se cuestiona (...) aunque no es un negocio formal suele documentarse utilizando una libreta nominativa con menciones harto expresivas y tiene el significado de un título impropio o «de legitimación», que faculta a su titular para exigir en su día la suma de dinero correspondiente, pero en modo alguno puede ser conceptuado de título valor” (FD Tercero); “no cabe desconocer que el número segundo del artículo 1922 hace referencia a un privilegio mobiliario fundado en la existencia de una prenda propiamente dicha «que se halla en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance la garantía», y en manera alguna a la denominada prenda irregular mediante la entrega de dinero sin especificación, tanto más que en las imposiciones a plazo fijo no concurren, como dicho queda, los elementos que convienen al contrato de prenda, a pesar de que se aluda a la suma depositada como «garantía» de la apertura de crédito” (FD Cuarto). Las SSTS de 18 de julio, FD Primero, y 28 de noviembre de 1989, FD Segundo, reproducen, resumiendo, los argumentos de la anterior, a la que expresamente se remite la última: “Paradójicamente el criterio jurisprudencial sentado en la insistentemente citada sentencia, viene a desvirtuar toda la argumentación del motivo”.

la devolución de lo depositado, cualquiera que sea la relevancia de la función asumida por el documento que lo recoge y, por tanto, que no se trata de una garantía sobre dinero sino de una prenda sobre un crédito, el crédito a la restitución de lo depositado, figura que no es desconocida en nuestro derecho (cfr. arts. 1868 CC, 320 C de C, 56 y 57 LSA, 37 LSRL, ó 99 LCS)<sup>438</sup>.

---

<sup>438</sup> **EIZAGUIRRE, JOSÉ MARÍA DE:** “Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoratícia. Una contribución a la dogmática de los títulos-valores”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1987, nº 25, pp. 179 a 207, p. 201: “En nuestra realidad económica presente mediante la utilización de la figura jurídica examinada, no sólo es la prevención de una eventual dilapidación de sus elementos patrimoniales (*sustratos de responsabilidad*) por parte del deudor lo que está en juego (*contrato de prenda*), sino la garantía frente a la insuficiencia sobrevenida de dicho patrimonio (*derecho real de prenda*). Que la afectación de un bien patrimonial en garantía pueda gozar de preferencia frente a terceros por la vía *heterónoma* del embargo ( art. 1.447-9º LEC, TS 23-mar.-1974/1.123), y no por la vía *autónoma* del contrato, no sólo pugna con la idea moderna de justicia, sino que da lugar a prácticas inconfesables, por aberrantes (...) En suma, una concepción moderna y funcional del derecho de prenda ha de tener por consecuencia el reconocimiento al acreedor pignoratício de una IPF, con constancia fehaciente de su constitución (art. 1.865 C.c.), de preferencia, tanto respecto de todo embargante posterior, como de todo tercero concursal, mediante la *separatio ex iure crediti* inherente a tal derecho”; **MANZANARES SECADES:** “Algunas...”, p. 1309: “el Tribunal podía haber hablado de una prenda de créditos. En este sentido hay que recordar la reiteradísima Jurisprudencia de la misma Sala, según la cual la naturaleza de los contratos no depende de la denominación que les den las partes, sino de lo que se derive de su clausulado. E incluso se puede considerar como correcta la afirmación del Tribunal Supremo de que no se puede pignorar el dinero. Pero puesto que lo que se puede pignorar no es el dinero depositado, sino el crédito contra el depositario, el Tribunal Supremo podía –y creemos que debía- haber continuado su argumentación señalando que lo que había realmente en el supuesto estudiado era una prenda de créditos, lo que habría dejado salvaguardada la finalidad de garantía lícitamente buscada por las partes”. En el mismo sentido **MANZANARES SECADES:** “Prenda...”, p. 1391; **SÁNCHEZ GUILARTE, JUAN:** “Naturaleza jurídica de las imposiciones a plazo; compensación, derecho de prenda”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1988, pp. 442 a 450; de este mismo autor: “Pignoración de saldos de depósitos bancarios e inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta”, en **AAVV:** *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, coordinado por **ALONSO UREBA, ALBERTO – BONARDELL LENZANO, RAFAEL – GARCÍA VILLAVERDE, RAFAEL;** Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. En colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990, pp. 647 a 674, pp. 663 y ss; **SALINAS ADELANTADO:** *El régimen...*, pp. 251 y ss; y, del mismo autor: “La nueva...”, pp. 1 a 4; **TAPIA HERMIDA:** “La pignoración...”, pp. 874 y 898; **CARRASCO PERERA:** *Tratado...*, p. 860 y cita 5; **MORENO DE LA SANTA GARCÍA:** *Prenda...*, p. 90. De otra opinión **BARBA DE VEGA, JOSÉ:** “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1985”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1986, nº 101, pp. 3367 a 3376, p. 3375: “Como conclusión a todo lo expuesto puede decirse que la solución dada por el Tribunal Supremo al problema planteado es plenamente correcta, ya que, a la vista de las consideraciones antes efectuadas, es claro que la operación cuya naturaleza y alcance trata de precisar no puede configurarse ni como una auténtica prenda de títulos-valores (pues las libretas que documentan los depósitos o imposiciones en cuestión no ostentan dicho carácter), ni como una prenda «irregular» del dinero depositado, o como dicen las pólizas, del saldo de las imposiciones (...) En definitiva, la operación en cuestión tal y como consideramos que debe

Con otra perspectiva, las SSTS de 19 de septiembre de 1987 y 31 de mayo de 1993 reaccionaron en cierta manera contra la anterior línea jurisprudencial, admitiendo tímidamente la prenda de derechos<sup>439</sup>. Esta situación cambió decididamente a raíz de las SSTS de 19 de abril y 7 de octubre de 1997. En ambos casos se trataba de decidir sobre la oponibilidad de una prenda de saldos bancarios frente a la quiebra, y en ambos se resolvió de forma afirmativa, acertadamente a mi juicio, aceptando la existencia y eficacia jurídico real de la prenda de créditos por considerar que el depósito a plazo origina en favor del depositante el nacimiento de un crédito por su importe contra el depositario, lo que tiene un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho real de garantía pignoraticia<sup>440</sup>. Esta línea jurisprudencial fue

---

configurarse, evidentemente otorga al Banco una cierta «garantía», pero no crea ningún derecho real, ni otorga ningún tipo de privilegio especial oponible a terceros, teniendo única y exclusivamente eficacia *inter partes*». Aunque con otro punto de vista, **JORDANO FRAGA**: “Prenda...”, p. 325: “la sentencia comentada (la de 18 de julio de 1989), acertando al excluir las normas de la prenda regular, erróneamente alegadas como infringidas por la Caja recurrente, no ha sabido, en cambio, apreciar, en su justo valor garantístico (de prenda irregular, al amparo del art. 1.255 Cc), la estipulación que medió entre los deudores ejecutados y dicha recurrente”.

<sup>439</sup> En la STS de 19 de septiembre de 1987 se declaró la validez del contrato de prenda celebrado sobre las imposiciones a plazo depositadas (FD Primero), aunque privándole de toda eficacia por considerar que, al tratarse de un depósito irregular, el depositante tenía un derecho de crédito a la devolución de una suma igual a la entregada, que se extinguió por compensación con la Caja Rural antes de que el tercero constituyera sobre la misma el derecho de garantía (FD Segundo). En la STS de 31 de mayo de 1993, aunque no tratase de una prenda de saldos, se admitió la existencia de un derecho de prenda de la entidad acreedora sobre un derecho de crédito titularidad de la parte deudora (FD Cuarto). Sin embargo, como pone de relieve **SALINAS ADELANTADO**: “La nueva...”, p. 2: “el problema era que dichas decisiones carecían de todo tipo de argumentación en favor de la prenda de derechos, con lo que, su poder de «neutralización» de la línea jurisprudencial contraria, era bastante limitado”.

<sup>440</sup> A pesar de su extensión, merece la pena reproducir parte del FD Tercero de la STS de 19 de abril de 1997, por la claridad de sus razonamientos y por su importancia doctrinal: “En realidad, la pignoración en estricto sentido no es posible jurídicamente cuando el dinero no se ha entregado a la entidad bancaria depositaria por signos que los individualicen y distingan, sino como una suma que se confunde con el patrimonio de aquélla, quedando obligada a restituir el tantumdem por haber adquirido, en virtud de aquella forma de entrega, la propiedad de la misma. La pignoración lo es del crédito a la restitución, lo cual desemboca necesariamente en una compensación cuando su titular, que lo pignora, resulta deudor del que debe restituir o sea, del acreedor en cuyo favor se ha hecho la pignoración. El que exista como contenido de la misma un pacto de compensabilidad es algo añadido, no hace más que dar expresión literal a lo que es intrínseco debido a la naturaleza de tal pignoración desde el punto de vista económico, pues la ejecución de la prenda por el art. 1872 deviene inútil. El pacto de compensabilidad

posteriormente confirmada por las SSTs de 13 de noviembre de 1999<sup>441</sup> y 25 de junio del 2001<sup>442</sup>, con los mismos argumentos.

---

evita dicha aplicación (...) La imposición bancaria a plazo origina en favor del imponente el nacimiento de un crédito contra el Banco depositario por su importe, lo que tiene un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda. Dicho derecho no puede circunscribirse a las cosas materiales por una interpretación literal del art. 1864 C.c., que estaría en contradicción con el art. 1868 C.c., el cual admite la prenda que “produce intereses”, lo que obviamente sucede con el crédito”. La STS de 7 de octubre de 1997, que como la anterior tuvo como ponente al Magistrado Sr. Gullón Ballesteros, reproduce, en su FD Segundo, casi íntegramente los argumentos esgrimidos sobre esta cuestión en la Sentencia de 19 de abril “para evitar inútiles repeticiones”, estimando la existencia de una prenda de imposiciones bancarias efectuadas a plazo. En ambas sentencias el propio Tribunal reconoce que se trata de un tema debatido en el que no ha reinado un acuerdo unánime ni en la doctrina ni en la jurisprudencia (FD Cuarto y FD Tercero, respectivamente).

<sup>441</sup> STS de 13 de noviembre de 1999, FD Segundo: “Leído con detenimiento el fundamento segundo de la Sentencia recurrida se deduce que la Audiencia no ha basado su fallo en la consideración de que *la prenda de IPF* es una prenda irregular, pues reconoce que *es un préstamo del que surge para el banco la obligación de restituir en el plazo fijado la suma depositada, cuya propiedad previamente ha adquirido, sino que es el crédito que por ello ostenta el depositante lo pignorado en favor del propio banco en garantía del préstamo*”.

<sup>442</sup> STS 25 de junio del 2001, FD Tercero: “No se cita como infringido ningún precepto ni una auténtica doctrina jurisprudencial, pues -según establece el artículo 1.6º del Código Civil- la misma ha de ser reiterada y aquí únicamente se menciona la de 27 de diciembre de 1985 (...) No obstante, esta Sala en Sentencias de 19 de abril y de octubre de 1997 ha tenido ocasión de reconsiderar el tema, estableciendo una doctrina que puede resumirse así: A) Ciertamente no es posible proceder a la pignoración del dinero cuya propiedad se entrega a los Bancos a través de operaciones de depósito irregular, pues las cantidades objeto de las mismas se confunden en el patrimonio de dichas entidades, las cuales quedan únicamente obligadas a restituir el «tantundem». B) Sin embargo, las imposiciones bancarias a plazo originan un crédito a favor del imponente que posee un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda, pues éste no puede circunscribirse a las cosas materiales, a través de una interpretación rigurosamente literal del artículo 1864 del Código Civil, que estaría en contradicción con el artículo 1868 que admite la prenda que produce intereses. C) Cabe, pues, que el depositante pignore su derecho de crédito a la restitución, en garantía de una obligación que mantiene o que contrae con la entidad bancaria. D) El que exista, como contenido de dicha pignoración un pacto de compensabilidad es algo añadido que viene a evitar el sistema de ejecución de la prenda previsto en el artículo 1872 del Código Civil. Esta compensación entre el derecho de crédito del deudor pignorante y lo que éste adeuda al Banco, no infringe la prohibición que respecto al pacto Comisorio contiene el artículo 1859, ya que no puede producirse perjuicio alguno ni para el deudor ni para terceros, pues la entidad financiera no va a obtener ni nada más ni nada menos que la cantidad objeto de la imposición. Respecto de esta última afirmación, y en el mismo sentido **MORENO DE LA SANTA GARCÍA: Prenda...**, p. 89.

### 8.2.3.2. La prenda irregular de dinero

El dinero, así como cualquier otra cosa fungible de carácter mueble, comerciable y poseíble, puede ser objeto de prenda si previamente se individualiza<sup>443</sup>. En este caso el acreedor no precisa realizar la garantía para forzar el cumplimiento de la obligación garantizada, puesto que la realización persigue, precisamente, la obtención del valor en dinero del objeto empeñado (cfr. art. 19.5 LDRG)<sup>444</sup>.

No obstante, por la propia y especial naturaleza del dinero, bien genérico y fungible, en algunos casos no resulta fácil determinar cuando se está en presencia de una verdadera prenda o de una prenda irregular de dinero<sup>445</sup>. En la prenda ordinaria el pignorante continúa siendo propietario del objeto gravado por la garantía a pesar de la entrega posesoria (art. 12.1, b) LDRG; cfr. art.

---

<sup>443</sup> **JORDANO FRAGA, FRANCISCO**: “Prenda regular, prenda irregular y prenda de crédito. Sobre la pignorabilidad de una imposición a plazo fijo (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, 18 julio 1989), *Anuario de Derecho Civil*, 1990, pp. 305 a 327, p. 307.

<sup>444</sup> **JORDANO FRAGA**: “Prenda...”, p. 308: “De esta dispensa de la subasta, y precisamente por las razones que la justifican, sólo habrá que exceptuar los casos – estadísticamente poco frecuentes- en que el dinero especificado y pignorado no lo es, pese a ser de curso legal, como medida de valor, sino que se pignora como un valor distinto, autónomo del facial o legal (los billetes con que Julio Iglesias hizo determinado pago)”.

<sup>445</sup> Como evidencia la doctrina, en la práctica puede resultar difícil calificar una garantía como prenda irregular o como prenda ordinaria o normal. La prenda irregular puede constituirse sobre cualquier cosa mueble fungible además de sobre dinero, aunque, como advierte **ALBALADEJO**: *Derecho*, t. III..., v. 2º, p. 266, “en la práctica la prenda irregular es usualmente de dinero. Y ni siquiera se denomina muchas veces “prenda”, sino que se le suele llamar “fianza” o “depósito de garantía”. **SANCHO REBULLIDA**: *Elementos...*, p. 306, considera que cuando se trate de dinero debe admitirse una especie de presunción *iuris tantum* de prenda irregular, dada la función económica del objeto y los usos del tráfico. En cambio, **PÉREZ-GONZÁLEZ – ALGUER**: *Tratado...* p. 496, advierten que en tanto que no existe para la prenda de dinero una regla paralela al artículo 482 CC sobre el usufructo impropio, no existe presunción legal ni regla dispositiva para deducir si la prenda constituida sobre dinero es o no irregular. Normalmente, la prenda de dinero será irregular e, incluso, puramente contable, a través de un ingreso en cuenta corriente, sin desplazamiento material de billetes o monedas. Pero esta circunstancia no prejuzga, en todo caso, la naturaleza de la garantía que, seguramente, sólo podrá calificarse en el momento de interpretar el contrato atendiendo a la voluntad de las partes, es decir, intentando averiguar si éstas quisieron o no constituir una prenda dineraria irregular o no. La calificación definitiva es importante teniendo en cuenta que, generalmente, las cosas se pierden para su dueño (cfr. arts. 1122.2º, 1135, 1136, 1147, 1182 CC).



1869 CC). En cambio, en la prenda irregular el objeto pasa a integrarse en el patrimonio del acreedor y se confunde con él, de forma que el titular de la garantía se convierte en deudor de una prestación genérica hacia el pignorante, al obligarse a devolverle otro tanto de la misma especie y calidad en caso de cumplimiento de la obligación garantizada<sup>446</sup>. En caso contrario, si la obligación garantizada se incumple, el acreedor tiene la posibilidad de ejercitar una compensación convencional<sup>447</sup>.

---

<sup>446</sup> **MORENO, MARÍA CRUZ:** “La prenda recayente sobre bienes fungibles: consideraciones a propósito de la Ley catalana 22/1991, de 29 noviembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble”, *Actualidad Civil*, 2002-2, pp. 605 a 614, pp. 609 y ss., considera que en una prenda irregular, no obstante la plena transmisión de la propiedad, la finalidad limitada de garantía se consigue “porque simultáneamente a la adquisición dominical nace en el patrimonio del *accipiens* una obligación de «restitución» que versa sobre el *tantundem eiusdem generis et qualitatis* de los bienes inicialmente recibidos”.

<sup>447</sup> Esta compensación no ha sido unánimemente considerada por la doctrina. Una tesis considera que el traspaso de la posesión del objeto de la garantía obedece a un pago anticipado y resolutoriamente condicionado al cumplimiento de la obligación garantizada, de manera que, desde el momento de la entrega, la deuda garantizada se extingue aunque de manera provisional, y, acaecida la condición el pago deviene definitivo. Esta circunstancia explicaría que no resulte necesaria la acción de cumplimiento forzoso. En este sentido, **JORDANO FRAGA:** “Prenda...”, p. 323. Pero, según **SALINAS ADELANTADO:** “La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre la prenda de saldos: historia de una rectificación”, *La Ley*, 1998, nº 4515, pp. 1 a 4, p. 2; y, del mismo autor: *El régimen...*, p. 253: “A esta interpretación se le critica, en primer lugar, su propio fundamento. No parece que las partes cuando establecen una prenda irregular quieran realizar un pago anticipado de la deuda, sino la constitución de una garantía. Además, también se dice que la imposibilidad de pedir el cumplimiento al deudor deja el principio de accesoriedad en nada. Y, por último, se destaca que de esta forma permanecen fuera del concepto de prenda irregular aquéllas en las que el «adquirente» de los bienes fungibles dados en garantía no sea el acreedor pignoraticio”. Con distinta perspectiva otro sector doctrinal considera que el contrato de prenda irregular se constituye como un contrato *causa credendi*, esto es, con la finalidad de garantizar determinado crédito atendiendo a la compensación automática, que ha de operar de acuerdo con un pacto que ha de considerarse implícito en el contrato. Esta tesis tiene como ventaja que evita al acreedor proceder a la realización de la garantía, y como inconveniente que no es aplicable la compensación cuando el constituyente de la garantía sea persona distinta del deudor. En este sentido **SALINAS ADELANTADO:** “La nueva...”, p. 2; y, del mismo autor: *El régimen...*, p. 254. Respecto de este último aspecto, **JORDANO FRAGA:** “Prenda...”, p. 313, considera que “El que un tercero pueda actuar como constituyente de una prenda irregular, se explica, en cambio, fácilmente por la tesis de la *causa solvendi*: por las mismas razones que ese tercero puede realizar un pago directa, inmediata, definitivamente liberatorio (art. 1.158 Cc)”. Según **SALINAS ADELANTADO:** “La nueva...”, p. 2; y, *El régimen...*, p. 254, existe otra postura doctrinal que sostiene que “la prenda irregular es un tipo especial de prenda de créditos”. Esta afirmación parece basarse en las consideraciones acogidas por las SSTs de 19 de abril y 7 de octubre de 1997. Sin embargo, a mi juicio, no toda prenda irregular ha de tener por objeto un crédito y, por otra parte, la prenda de créditos no es una prenda irregular, sino una prenda ordinaria cuyo objeto es un crédito determinado que no pasa a confundirse con el patrimonio del acreedor. De otro lado, las sentencias a las que se alude no dicen en ningún momento que la prenda de créditos sea una prenda irregular, sino que, al contrario, para fundamentar su decisión aluden en todo momento al régimen jurídico

Atendiendo a lo anterior, prenda irregular de dinero es aquella en la que se entrega en garantía unos billetes o monedas sin individualizar, y en virtud de la cual las partes en el negocio de garantía pactan –expresa o tácitamente- la restitución del valor de ese dinero entregado, no necesariamente mediante la entrega de los mismos billetes o monedas, sino mediante la entrega de cualesquiera otros u otras que lo representen. Es decir, en la prenda irregular de dinero éste se imputa a la satisfacción de la obligación asegurada una vez vencida e incumplida, y, en este aspecto, la garantía funciona como una prenda ordinaria (art. 19.5 LDRG). Pero cumplida la obligación asegurada, el acreedor no está obligado a devolver los mismos signos monetarios, sino que cumple entregando otro tanto de la misma especie y calidad, esto es, otro signo monetario<sup>448</sup>.

La doctrina reconoce y admite la prenda irregular, como contrato atípico, al amparo del artículo 1255 CC<sup>449</sup>. Sin embargo, la opinión generalizada es que esa modalidad de negocio no puede ser considerada como una especialidad de

---

de la prenda ordinaria (arts. 1858, 1859, 1864, 1865, 1868, 1872, 1922 CC y 1918 C de C) considerando que la prenda de créditos es un verdadero derecho real de garantía, que despliega la eficacia propia de los derechos de esa naturaleza.

<sup>448</sup> **JORDANO FRAGA**: “Prenda...”, p. 316, considera posible que previamente al contrato de prenda irregular “se ha transmitido al acreedor-*accipiens*, la propiedad de ciertas cosas fungibles, en base a un contrato transmisivo y restitutorio –*credendi causa*-distinto (p.e., depósito irregular, mutuo), y con posterioridad este contrato se nova, convirtiéndolo –por modificación de su causa- en contrato de prenda irregular, con este resultado fundamental: la alteración desde entonces del *título* (fundamento) *de la obligación de restituir el tantumdem*”. Por tanto, la transmisión de la propiedad de las cosas fungibles entregadas en garantía sería consecuencia, no de la prenda irregular, sino del contrato previo transmisivo y restitutorio. Eso, tendría, según este autor, dos importantes consecuencias. Por una parte, lo que antes era una restitución necesaria se convierte, por la novación, en una restitución eventual, para el caso de que el deudor cumpla la obligación garantizada. Por otra parte, antes de la novación, lo transmitido era compensable por el *tradens* con cualquier crédito que el *accipiens* tuviera con él; pero, a partir de la novación sólo podrá compensarlo con el crédito garantizado y no satisfecho.

<sup>449</sup> Incluso se ha afirmado, como en **MORENO**: “La prenda...”, p. 613, que “La prenda irregular ofrece no sólo una garantía diferente, sino mucho más intensa que la que proporciona la prenda regular, habiéndose considerado por algunos como la última y más evolucionada de las garantías reales mobiliarias. Por ello, identificar los bienes fungibles, para constituir una prenda regular sobre los mismos, es posible, pero supone desaprovechar las importantes y peculiares posibilidades garantistas que de estos bienes pueden extraerse”.



la prenda ordinaria, porque aparecen desdibujadas las características esenciales de este derecho real. Se dice, por tanto, que “Habrá si se quiere una prenda en sentido económico. Pero en sentido rigurosamente jurídico no hay prenda (derecho real en cosa ajena), sino una situación que en la práctica satisface también, a veces, los fines de aquélla, pues tratándose de asegurar el cumplimiento de una deuda, el aseguramiento se consigue, asimismo, si el acreedor recibe algo suyo y que no se verá obligado a devolver en la cuantía en que el deudor incumpla la obligación asegurada”<sup>450</sup>.

En el ámbito de la LDRG tampoco cabe la prenda irregular como garantía de naturaleza real. El artículo 16.1 LDRG permite la sustitución de las cosas fungibles dadas en prenda, en las circunstancias que más adelante se analizan. Pero, en lo que aquí interesa, el precepto faculta sólo al pignorante<sup>451</sup> para proceder a la sustitución, quien, además, sustituye por cosa propia y no del acreedor. En el mismo sentido se expresa el artículo 11 LDRG respecto del derecho de retención. En caso de sustitución el titular de la garantía devolverá el objeto sustituido a su propietario. El acreedor no puede –con o sin pacto– sustituir el objeto entregado en prenda o retenido por ningún otro, y tampoco puede hacerlo suyo (cfr. arts. 7.3, f) y 19.4, c) LDRG). Además, la LDRG obliga al acreedor a conservar diligentemente la cosa retenida, le prohíbe utilizarla

---

<sup>450</sup> **ALBALADEJO:** *Derecho*, t. III..., v. 2<sup>o</sup>, p. 265. En el mismo sentido **JORDANO FRAGA:** “Prenda...”, p. 309: “La opinión mayoritaria, que yo también creo preferible, en cambio, sin negar la función de garantía que también cumple, desde luego, la prenda irregular, ve en el modo o forma de cumplirla una radical y evidente incompatibilidad con la genuina prenda (prenda regular): las «especialidades» de un derecho real de garantía en cosa ajena, nunca pueden llegar... a dejar de serlo. Que el contrato de prenda irregular tenga, como tiene, una causa o función de garantía, no significa que eso haya de traducirse en la creación, por su través, de un derecho real de garantía”. **MORENO:** “La prenda...”, p. 612: “La prenda irregular no es un sub-tipo de prenda (regular), sino un tipo de garantía diferente (...) aquí la transmisión de la propiedad impide claramente la constitución de derecho real limitado alguno sobre los bienes transferidos”. De la misma opinión **PÉREZ-GONZÁLEZ – ALGUER:** *Tratado...*, p. 496; **CASTÁN TOBE NAS:** *Derecho...*, p. 491; **PUIG BRUTAU:** *Compendio...*, p. 391; **PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS:** *Derechos...*, pp. 66 y 67; **SANCHO REBULLIDA:** *Elementos...*, p. 306; **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 507; **SERRANO ALONSO:** *Comentario...*, p. 1877; **MANZANARES SECADES, ALBERTO:** “Algunas notas sobre la prenda de dinero a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1985”, *Anuario de Derecho Civil*, 1986, pp. 1293 a 1309, p. 1302.

<sup>451</sup> El artículo 16.1 LDRG se refiere textualmente a “la persona deudora”, pero hay que entender que se dirige principalmente al pignorante, propietario de la cosa que mantiene su poder de disposición sobre la misma.

fuera de las necesidades ordinarias de conservación (arts. 6.2 y 18.2) y le impone el deber de devolverla una vez extinguido el crédito garantizado (arts. 6.1 y 18.1); deberes que quedarían vulnerados con la prenda irregular, -o con lo que podría llamarse “retención irregular”-, que supone la facultad del acreedor de apropiarse del objeto de garantía, utilizándolo en su propio beneficio más allá del límite legalmente establecido<sup>452</sup>.

### **8.2.3.3. El dinero como objeto de derecho de retención**

El dinero puede ser objeto de derecho real de retención, igualmente que de prenda (cfr. art. 19.5 LDRG). Como ha quedado dicho, el dinero es un bien de naturaleza mueble cuyo valor intrínseco es prácticamente nulo y cuyas especiales características hacen que habitualmente se encuentre representado mediante anotaciones en cuenta. Cuando así ocurre -en la generalidad de supuestos-, no es tanto que el acreedor se apropie del dinero al retenerlo, sino que simplemente inmoviliza su valor mediante otra anotación contable en este sentido. La fungibilidad intrínseca del dinero no solo permite, sino que en la mayoría de los casos demanda esta operatividad práctica. El acreedor al retener no hace suya la cantidad de dinero comprometiéndose a devolver, en su caso, el *tantumdem*, sino que inmoviliza la *cantidad* correspondiente, una *suma* determinada de la cuenta correspondiente del soporte informatizado en la que se refleja un valor monetario titularidad del deudor. De otro modo, cuando el acreedor retenga materialmente una cantidad de dinero<sup>453</sup> lo que realmente está reteniendo tampoco son los billetes o monedas representativos del valor que a los mismos se atribuye, sino que retiene ese valor o la cantidad que los mismos representan. El acreedor no hace suyo ese valor por la retención, no lo integra en su patrimonio por el solo hecho de la retención, sino que,

---

<sup>452</sup> Para **MORENO**: “La prenda...”, p. 613, la LDRG reconoce, aunque no regule, la prenda irregular al referirse de alguna manera a ella cuando trata de la sustitución de los bienes fungibles; esta autora considera que “un futuro Código Civil catalán adaptado a las necesidades del tráfico actual, podría ser la ocasión para que la figura acabe siendo tipificada y encuentre la regulación que merece, acorde con su propia naturaleza”.

<sup>453</sup> Porque lo ha cobrado en ejecución de su mandato, por ejemplo.

simplemente, lo mantiene en su poder por la negativa de su devolución a quien corresponda<sup>454</sup>.

### 8.3. Las cosas futuras

Las cosas futuras no pueden ser objeto de derecho real. El mismo concepto de derecho real exige la existencia actual de un objeto sobre el que recaer<sup>455</sup>. Ello es obvio por lo que respecta al derecho de retención. En cuanto a la prenda, las cosas futuras se excluyen porque al no existir, y a pesar de las expectativas de existencia que sobre las mismas se pueda tener, no es posible cumplir con el requisito de la entrega, esencial para el nacimiento de la garantía<sup>456</sup>. Por tanto, no es posible constituir un derecho real de garantía sobre una cosa futura o, lo que es lo mismo, es imposible la existencia de un derecho real sin objeto sobre el que se proyecte.

---

<sup>454</sup> Es decir, el retenedor no puede utilizar ese dinero durante la retención, a pesar de que en el momento en que se exija su devolución vuelva a tener la cantidad en su poder. Hay que partir del dato fáctico de que la retención de dinero se dará normalmente en el ámbito de las operaciones bancarias, en las que el banco será el retenedor, y deudor el cliente que tenga constituidos depósitos o cuentas en esa institución financiera.

<sup>455</sup> **POZO CARRASCOSA, PEDRO DEL:** “El dret de propietat i la legislació urbanística: el dret a l'aprofitament urbanístic”, *El futur del Dret patrimonial de Catalunya* (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa). Coordinador: Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 295 a 322, p. 304: “El dret de propietat i la resta de drets reals tenen com a requisit de naixement i d'existència el recaure sobre un objecte existent, que tingui una virtualitat immediata. No és possible, per tant, que un dret real recaigui sobre una cosa futura”. En este sentido **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS:** *Institucions...*, v. I, p. 407; **SANCHO REBULLIDA:** *Elementos...*, p. 302; **CASTÁN TOBEÑAS:** *Derecho ...*, p. 480.

<sup>456</sup> **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 504: “En cualquier caso, si acreedor y deudor pactan la constitución de una prenda sobre una futura cosa de éste, o sobre un crédito del que puede llegar a ser titular frente a tercero, pero inexistentes una y otro en el momento del acuerdo, éste podrá ser una promesa o precontrato de prenda, que sólo dará lugar a ésta si la cosa llega a nacer y se entrega su posesión, o si, efectivamente, el deudor llega a ser titular del crédito y se notifica al deudor del mismo la existencia de la prenda”. En este sentido **PUIG BRUTAU:** *Compendio...*, p. 393; **MEJÍAS GÓMEZ:** *Prenda...*, p. 63. En sentido contrario **ESCRICHE:** Voz «PRENDA»..., p. 635: “Pueden darse en prenda, ó empeñarse, como suele decirse, todas las cosas del comercio humano capaces de dar seguridad al acreedor; así las corporales como las incorporales; así las presentes como las futuras, v. gr., los partos de los ganados y los frutos que han de nacer de los árboles ó campos”. Igualmente **FALCÓN:** *Exposición...*, p. 342: “Dentro de ella caben todas cosas muebles ó semovientes, aunque no estén presentes, como los frutos de los árboles y las crías de los ganados, con tal de que sean muebles ó semovientes, con tal de que estén en el comercio humano, con tal de que sean de quien las empeña y tengan un valor”.

No se puede considerar prenda de cosa futura la posibilidad de sustitución prevista en el artículo 16 LDRG. En este caso no se puede mantener que la LDRG prevea y acepte la inclusión de un bien futuro –el sustituto- como objeto de la garantía ya existente. Como más adelante se verá, además de que la garantía se proyecta desde su constitución sobre un bien determinado, el ejercicio de tal facultad por parte del pignorante supone la entrada de un nuevo bien en la relación pignoraticia; bien que, aunque no existiera en el momento de constituir la prenda, existe en el momento de efectuar la sustitución.

#### **8.4. Los derechos. El derecho real limitado como objeto de garantía real posesoria**

No sólo el derecho de propiedad sobre bienes muebles puede ser objeto de garantía real mobiliaria, sino que también pueden serlo los derechos reales limitados, siempre que recaigan sobre cosa mueble y tengan un valor patrimonial (cfr. Art. 106.2º LH), y los derechos de crédito (arts. 7.4, 15.3, 16.2, 19.6 y 20 LDRG; cfr. arts. 335 y 336 en relación con art. 334 CC, y arts. 469, 486, 507, 1864 y 1872 CC; 57 LSA, 27 LSRL; 10 LMV, 13 RD 116/1992)<sup>457</sup>.

La LDRG admite de forma expresa la posibilidad de constituir garantía real posesoria sobre derechos (arts.7.4, 15.3, 16.2, 19.6 y 20 LDRG). En estos

---

<sup>457</sup> El Código Civil no contiene en sede de prenda un precepto paralelo a los artículos 469 fin CC y 1874.2º CC y 106 LH, que, respectivamente, prevén el usufructo de derechos y la hipoteca sobre derechos reales transmisibles. Sin embargo, la doctrina ha admitido la posibilidad de constituir prenda sobre derechos al amparo de los artículos 1874 y 1872. 2 CC. En este sentido **PÉREZ-GONZÁLEZ – ALGUER**: *Tratado...*, p. 507; **CASTÁN TOBEÑAS**: *Derecho...*, p. 482; **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 509; **ALBALADEJO**: *Derecho*, t. III..., v. 2º, p. 266; **DÍEZ-PICAZO – GULLÓN**: *Sistema...*, v. III, p. 508; **SANCHO REBULLIDA**: *Elementos...*, p. 306; **ARANDA RODRÍGUEZ, REMEDIOS**: *La prenda de créditos*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, 1996; **PANTALEÓN**: “Prenda...”, pp. 177 y ss; **SERRANO ALONSO**: *Comentario...*, p. 1878; **GIL RODRÍGUEZ**: “La prenda...”, p. 364; **REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO**: “Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio”, en **AAVV**: *Tratado de garantías de la contratación mercantil*, coordinado por **NIETO CAROL, UBALDO – MUÑOZ CERVERA, MIGUEL**, t. II, *Garantías reales*, v. 1 *Garantías mobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Civitas, Madrid, 1996, pp. 419 a 484, p. 454; **MORENO DE LA SANTA GARCÍA**: *Prenda...*, p. 76.

casos, la garantía del acreedor pignoraticio o del retenedor sólo se proyecta sobre las facultades que se integran en el concreto derecho gravado, que coexisten con las que correspondan al derecho básico sobre la cosa y con las que puedan corresponder a los eventuales derechos que sobre la misma existan<sup>458</sup>. En cualquier caso, las facultades que se integren en el derecho gravado han de ser las que efectivamente permitan la existencia y normal desenvolvimiento del derecho real de garantía posesoria, de manera que resulte posible conseguir la indisponibilidad y la enajenación independiente de su objeto<sup>459</sup>.

No obstante, es igualmente posible pignorar o retener un derecho sometido a condición suspensiva para el caso de que el suceso que lo condiciona, incierto por naturaleza, acaezca. La relación jurídica que puede dar lugar a la existencia definitiva del derecho, lo mismo que éste, existe desde el momento en que se constituye, pero subordinando su efectividad al cumplimiento de la condición. Específicamente, respecto del derecho real de retención, si el acreedor insatisfecho en el que concurren las circunstancias descritas en los artículos 3 y 5 LDRG se encuentra en posesión del derecho suspensivamente condicionado (p.e. un boleto de lotería), puede constituir la garantía, para el caso de que ese derecho llegue a existir. Mientras tanto, mientras dura esa situación de pendencia, el retenedor se limita a mantener la posesión del derecho que podrá defender con todos los medios que la LDRG pone a su alcance (cfr. arts. 6.1 y 18 LDRG), pero condicionado a la pérdida de la garantía real, por ausencia de objeto, en el caso de que el suceso que condiciona su definitiva existencia no se llegue a cumplir. Una vez cumplida la condición, concurriendo los requisitos legalmente demandados (art. 7.1 LDRG), el retenedor podrá proceder a la realización de la garantía.

---

<sup>458</sup> **ALBALADEJO:** *Derecho*, t. I..., p. 18: “los titulares –del derecho base y del llamado derecho sobre derecho- devienen realmente cotitulares de aquél, por lo que a cada uno compete parte del poder conferido por el mismo”; **SERRANO ALONSO:** *Comentario...*, p. 1878): “cuando se entregan derechos de crédito en garantía de una deuda no hay en rigor constitución de un derecho real, sino que se crea una especie de cotitularidad en la posición activa del crédito, que no afecta y, por tanto, no altera la deuda”.

<sup>459</sup> **ALBALADEJO:** *Derecho*, t. III..., v. 2º, p. 268.

Como se ha dicho, es posible constituir garantía mobiliaria sobre derechos reales limitados, siempre estos reúnan la doble característica de recaer sobre bienes muebles y ser enajenables. Los derechos reales limitados susceptibles de ser gravados con garantía real mobiliaria son el usufructo, la nuda propiedad, los derechos de adquisición voluntaria o preferente de naturaleza real (derecho de opción y tanteo), los derechos de hipoteca mobiliaria y de prenda sin desplazamiento de la posesión, y los mismos derechos reales de prenda y de retención. Todos ellos son derechos que cumplen con el doble requisito de imposición sobre bienes mueble y enajenabilidad. No obstante, lo anterior no significa que no puedan existir otros derechos que, cumpliendo los requisitos citados, sean susceptibles de ser gravados con garantía real, puesto que, en aras de la autonomía de la voluntad, siempre pueden nacer nuevos derechos reales que cumplan esos requisitos básicos, en cuyo caso también sobre ellos podrá constituirse garantía real mobiliaria.

De entre todos ellos, sólo la garantía mobiliaria sobre el derecho de usufructo requiere la transmisión material de la cosa objeto del derecho gravado, ya que el usufructo es un derecho de goce que se proyecta directamente sobre el uso y disfrute de su objeto. En los demás supuestos, en los que el titular del derecho dado en garantía no está facultado para el uso de la cosa, bastará con que la constitución de la garantía se inscriba en el registro público correspondiente, o, a no ser posible, con que se comunique a quien corresponda (p.e. al usufructuario cuando se grave la nuda propiedad) para que, en su caso, se abstengan de entregar la cosa objeto del derecho gravado al pignorante o al propietario de la cosa retenida y la pongan a disposición del titular del derecho real constituido.

Dentro del poder de disposición del usufructuario está la facultad de gravar su derecho con garantía real, concretamente con prenda si el usufructo recae sobre cosa de naturaleza mueble. Igualmente, el derecho de usufructo

puede ser objeto de derecho real de retención si la cosa mueble sobre la que recae fue poseída por el retenedor, en las condiciones y circunstancias que detallan los artículos 3, 4 y 5 LDRG. En rigor, cuando se empeña o se retiene un usufructo, lo que se grava es el derecho a percibir los frutos que genere la cosa objeto del usufructo, el cual constituye el contenido propio de este derecho de goce<sup>460</sup>. En estos casos, dado que el usufructo es un derecho eminentemente temporal, el derecho real de garantía que sobre él recaiga está supeditado a esta contingencia, de forma que cuando el usufructo se extinga por motivos intrínsecos a su naturaleza (por las causas comunes de pérdida de los derechos reales, llegada del término, cumplimiento de la condición resolutoria o por la muerte del usufructuario), se extingue también el derecho real de garantía sobre aquél constituido.

En este sentido se expresa el artículo 107.1º LH, cuya aplicación analógica a los derechos reales de prenda y de retención aquí se defiende, con base a la similitud y a la identidad de razón existente entre estos supuestos. Aplicando analógicamente la norma contenida en el artículo 107.1º LH, la garantía real mobiliaria se extinguirá siempre que ocurra lo propio con el usufructo por causas ajenas a la voluntad del usufructuario<sup>461</sup>, mientras que, por el contrario, si el usufructo se extingue por causas imputables a la voluntad del usufructuario, la garantía real subsistirá, bien hasta el cumplimiento de la obligación asegurada, bien hasta el momento en que el usufructo hubiera llegado a su fin de no mediar el hecho que lo extinguió<sup>462</sup>.

---

<sup>460</sup> Esta idea, con relación a la hipoteca, en **ROCA SASTRE – ROCA-SASTRE MUNCUNILL: Derecho Hipotecario**, t. IV, v. 1º..., p. 458.

<sup>461</sup> Esto significa que cuando el usufructo se extinga por causa no imputable al usufructuario –causa fortuita o fuerza mayor–, es decir, sin que medie su responsabilidad, quedará igualmente extinguida la garantía real. En este sentido **SAAVEDRA MONTERO, EVA: El objeto hipotecado y la extensión objetiva de la hipoteca**, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1999, p. 195, quien, en obra cit., pp. 196 y ss., relaciona y analiza tanto las causas de extinción del usufructo imputables a la voluntad del usufructuario, en las que incluye la renuncia, la pérdida de la cosa por negligencia del usufructuario, la consolidación del usufructo y la nuda propiedad, y la prescripción extintiva; como las causas de extinción ajenas a la voluntad del usufructuario, en las que incluye la muerte del usufructuario, la expiración del plazo por el que se constituyó el usufructo, la pérdida total de la cosa, y la resolución del derecho de usufructo.

<sup>462</sup> **ROCA SASTRE – ROCA-SASTRE MUNCUNILL: Derecho Hipotecario**, t. IV, v. 1º..., p. 269



La mera propiedad, como propiedad gravada, es también un derecho, con su propio valor patrimonial, que puede recaer sobre un bien de naturaleza mueble. En consecuencia, la mera propiedad es un derecho susceptible de ser gravado con garantía real mobiliaria. Evidentemente, el nudo propietario puede constituir una garantía real pignoratícia sobre su derecho, si éste recae sobre cosa mueble. Lo propio ocurre con la hipoteca cuando la mera propiedad se refiere a un bien de naturaleza inmueble. Igualmente, la mera propiedad puede ser objeto de derecho real de retención. Piénsese, por ejemplo, en un administrador del nudo propietario de acciones o de “participaciones en fondos de inversión u otros instrumentos de inversión colectiva” (Capítulo V LUUH) a quien no se resarza “de los gastos realizados para la conservación y gestión de la cosa” (art. 5, a) LDRG; cfr. arts. 7, 27, 31, 32.1 y 4 LUUH). En estos supuestos, el acreedor puede constituir derecho real de retención sobre la nuda propiedad que administra y, en su caso, inscribir su garantía en el registro correspondiente.

No obstante, en el caso de la hipoteca de nuda propiedad, el artículo 107.2º LH dispone que “si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario”. En este supuesto, la LH prevé la extensión de la hipoteca, no tanto al usufructo, sino al pleno dominio consolidado<sup>463</sup>; solución expansiva que se suele justificar por la ausencia de contenido patrimonial de la nuda propiedad en sí misma considerada<sup>464</sup>. La cuestión estriba, entonces, en decidir si la solución que

---

485, en su comentario al artículo 107.1º LH, considera que “Esta excepción se funda en razones de equidad o buena fe, puesto que por ella se evita que por el capricho de la sola voluntad del usufructuario se prive de su derecho al acreedor”.

<sup>463</sup> **SANCHO REBULLIDA:** *Elementos...*, p. 342, quien, además, advierte para el caso de la hipoteca, que “Acaso, únicamente cuando el usufructo vertido el nudo propietario estuviese hipotecado por el usufructuario y perdurase la hipoteca conforme al número anterior, cabría en la del nudo propietario diferenciar la expansión sobre el ficto-usufructo: pues sobre éste sería segunda hipoteca”.

<sup>464</sup> **ROCA SASTRE – ROCA-SASTRE MUNCUNILL:** *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 1º..., p. 488: “Evidentemente, la propiedad despojada del usufructo sufre una desmembración tan importante, que ello, unido a la inseguridad de cuándo quedará éste extinguido



ofrece la LH es aplicable en el ámbito de la LDRG, ente el supuesto similar. A mi juicio, y en ausencia de norma expresa que así lo disponga, la solución acogida por la LH no debería de resultar aplicable en el ámbito de la LDRG, cuando la mera propiedad se grave con garantía mobiliaria. Es cierto que la mera propiedad apenas tiene un propio contenido patrimonial, pero ésta es una circunstancia que ya ha de conocer el acreedor antes de constituir su garantía, quien, tratándose de prenda siempre podrá pactar la extensión al usufructo en caso de consolidación, si así le conviene. En consecuencia, la mera propiedad podrá gravarse con prenda o con derecho de retención; garantías que mantendrán su extensión aún en el supuesto de consolidación posterior con el usufructo, excepto pacto en sentido contrario.

Tanto el derecho de prenda como el derecho de retención pueden recaer también sobre los derechos de adquisición preferente de carácter convencional y de naturaleza real (cfr. art. 28.1 LDSSA)<sup>465</sup>, siempre que estos, a su vez, recaigan “sobre bienes muebles susceptibles de identificación” (art. 21.1

---

consolidándose en el dominio, hace que la nuda propiedad sea un elemento patrimonial poco apto para el crédito territorial, y cuya negociabilidad es difícil”; **SANCHO REBULLIDA: Elementos...**, p. 343: “La solución expansiva (opuesta, como se ve, a la adoptada en el número 1.º para el usufructo) se explica porque, así como éste tiene su propio contenido económico, realizable mediante la acción hipotecaria, la nuda propiedad no tiene más sustancia patrimonial que la vocación a la consolidación consecuente con la elasticidad, carácter del dominio”.

<sup>465</sup> La LDSSA regula, conjuntamente con los derechos de superficie y de servidumbre, los llamados “derechos de adquisición voluntaria o preferente”, en sus artículos 19 a 35. Tal y como pone de relieve **BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE**: “Drets reals d’adquisició preferent i dret d’opció”, *Boletín Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, nº 106, mayo y junio 2003, t. I, pp. 391 a 403, p. 391: “Els arts. 19 a 35 omplen un important buit legal que hi havia sobre la matèria. Ni en el dret civil català, ni en el dret espanyol d’aplicació supletòria, hi havia una regulació dels drets vountaris d’adquisició, tret dels arts. 326 a 328 CDCC relatius al dret a redimir en la venda a carta de gràcia, i de l’art. 14 RH dedicat a l’opció inscrita en el Registre de la Propietat”. Según el artículo 20 LDSSA, “Los derechos de adquisición pueden tener naturaleza real o personal. Son reales sólo cuando se les constituye como tales en escritura pública y se inscriben en el correspondiente registro, de conformidad con la legislación que les sea de aplicación”. Como se indica en el Preámbulo, 25 de este mismo texto legal “De este modo, cualquier modalidad de derecho de adquisición puede tener dos naturalezas: La real, que depende de la voluntad negocial de los sujetos, y la personal, que, a su vez, puede ser inscrita de acuerdo con el artículo 14 del Reglamento Hipotecario vigente y, por lo tanto, oponible a tercero o no inscrita”. Por otra parte, según el artículo 28.1, también del mismo texto legal, “Los derechos de adquisición son embargables y, en el caso de que se constituyan como derecho real, son también gravables”.

LDSSA). Estos derechos de adquisición preferente son el derecho de opción y el de tanteo<sup>466</sup>. En ambos casos, el titular del derecho de adquisición preferente grava la facultad de adquirir la propiedad de una determinada cosa, con preferencia frente a cualquier persona, durante un cierto tiempo y mediante el pago del precio previamente pactado (cfr. art. 19 LDSSA)<sup>467</sup>. Estos derechos

---

<sup>466</sup> Tal y como expresa el Preámbulo, 23 LDSSA, “la Ley establece la regulación de dos derechos de adquisición distintos, opción y tanteo, mientras que el llamado derecho de retracto se configura como una manifestación del derecho de tanteo de naturaleza real, después de que, precisamente por no haberse podido ejercer en el momento de la transmisión proyectada, por causas imputables al otorgante o por falta de notificación a su titular, haya tenido lugar el negocio transmisivo oneroso, consumado, con un tercero”. Por tanto, la “Conversión del tanteo en retracto” prevista por el artículo 34 LDSSA, sólo se dará cuando al titular del derecho de tanteo le haya sido imposible ejercitarlo por causa de la falta de “la notificación fehaciente del acuerdo transmisivo o si la transmisión se ha realizado en condiciones distintas a las que constaban en la notificación”. En este mismo sentido, el artículo 19, b), final dispone que “El derecho de tanteo supone el derecho de retracto cuando ya haya tenido lugar la transmisión”. Por consiguiente, la distinción fundamental entre el tanteo y el retracto reside en el hecho de que se haya o no producido la transmisión del bien objeto del derecho. En este sentido **BOSCH CAPDEVILA**: “Dret...”, p. 393, quien, además, considera que para que el titular del tanteo pueda ejercitar este derecho ha de existir una situación altamente definida entre el transmitente y un tercero, en el sentido de que no basta con que entre estos existan meros tratos preliminares o preparatorios, sino que ambos han de haber alcanzado un acuerdo, un contrato aún no consumado; en cambio, según este mismo autor, obra cit., el ejercicio del retracto requiere que la transmisión a favor del tercero se haya consumado, esto es, que un tercero haya adquirido un derecho real sobre la cosa, de tal forma que únicamente procederá el retracto si la preferencia se constituyó con carácter real.

<sup>467</sup> Específicamente, el derecho de opción es aquél que faculta a su titular para adquirir un bien determinado mediante el pago del precio o la contraprestación pactada y dentro de un plazo igualmente convenido. Como pone de relieve **BOSCH CAPDEVILA**: “Drets...”, p. 392, “Tot i que no ho digui expressament la LSSDA, la facultat d’adquisició pot ésser onerosa o gratuïta. Malgrat que l’art. 19 LSSDA hagi suprimit, en relació al Projecte, la menció expressa de què la facultat d’adquisició podia ésser onerosa o gratuïta, de l’art. 24.c LSSDA es dedueix, a sensu contrario, la possibilitat que l’adquisició sigui onerosa”. Por su parte, el derecho de tanteo es aquél que faculta a su titular para adquirir una cosa determinada, con preferencia frente a cualquier tercero que pretenda adquirirla a título oneroso, en las mismas condiciones pactadas entre el transmitente y el tercero. Para **BOSCH CAPDEVILA**, obra cit., p. 393, “Els drets de tempteig i retracte no atorguen una facultat d’adquisició, sino una simple preferència, de manera que, a diferència del que passa amb l’opció, l’efectivitat d’aquests drets resta en mans del concedent qui, si no vol, no pot ésser obligat a dur a terme l’alienació. En aquests drets el gravamen consisteix en què potser el concedent no alienarà el bé a la persona que ell voldria, però ni se’l pot obligar a alienar si no vol, ni sortirà perdent pel fet de dur a terme l’alienació alb el tamptejant o retraient, donat que aquests podran adquirir no per un preu prefixat, sinó amb les mateixes condicions que les pactades amb el possible comprador”. Desde otro punto de vista, merece la pena resaltar, como hace **BOSCH CAPDEVILA**, obra cit., p. 396, que cuando el derecho de opción se constituya por el vendedor, por vía de reserva, sobre el objeto vendido, nos encontramos con un supuesto de hecho que coincide con el previsto en los artículos 326 a 328 CDCC, que regulan el derecho de redimir en la venta a carta de gracia, puesto que la venta a carta de gracia no es otra cosa que una opción constituida

tienen naturaleza real cuando reúnen los requisitos establecidos por el artículo 20 LDSSA: que se constituyan como tales, es decir, que conste la voluntad de los constituyentes de configurarlos como derecho real, que se constituyan en escritura pública y que se inscriban en el registro correspondiente. Igualmente, el derecho real que se constituya sobre los derechos de adquisición podrá hacerse constar en el registro que corresponda. Tanto el derecho de opción como el tanteo tienen un carácter temporal que condiciona la garantía que sobre los mismos recaiga. Así según el artículo 25.1 LDSSA “El derecho de opción de naturaleza real puede constituirse por un tiempo máximo de (...) cinco años, en el caso de los bienes muebles”, y a tenor del artículo 26.1 LDSSA, “El derecho de tanteo de naturaleza real puede constituirse por tiempo indefinido cuando se haya pactado su ejercicio para la primera transmisión, y puede constituirse por un tiempo que no puede ser de más de diez años cuando se haya pactado su ejercicio para segundas y ulteriores transmisiones”<sup>468</sup>. Además, para el derecho de tanteo “Si no existe fijación de plazo para el ejercicio del derecho, se entiende que éste caduca cuando han transcurrido treinta días, a contar del día siguiente del día en que la notificación del acuerdo transmisivo entre el propietario de la cosa y un tercero pudo llegar a conocimiento del titular del derecho. Si la transmisión está sometida a plazo o condición suspensivos, el plazo de ejercicio debe contarse desde el vencimiento del plazo o del conocimiento del cumplimiento de la condición” (art. 33.2 LDSSA). Por su parte, “El retracto debe ejercerse dentro de un plazo igual al pactado para el ejercicio del tanteo o, si no se ha pactado ninguno, dentro de un plazo de sesenta días, en todos los casos a contar desde la fecha de la inscripción registral o del conocimiento de la enajenación” (art. 34.2 LDSSA).

---

por vía de reserva; atendiendo a esta circunstancia, el régimen de la venta a carta de gracia debiera haber quedado integrado en la LDSSA, que establece el régimen general de los derechos voluntarios de adquisición, o, cuando menos, coordinado o modificado atendiendo a la regulación contenida en la nueva normativa; sin embargo, no se ha hecho así, manteniéndose, por tanto, soluciones diferentes para un mismo supuesto.

<sup>468</sup> Tanto en el derecho de opción como en el tanteo los plazos se prevén sucesivamente prorrogables por acuerdo, siempre que cada una de las prórrogas no exceda del tiempo máximo que de forma general se establece (arts. 25.3 y 26.3 LDSSA, respectivamente). Esta prórroga convencional resulta oponible a terceros “a partir del momento en que haya constancia registral, de acuerdo con la legislación que le sea de aplicación” (art. 27 LDSSA).

Por consiguiente, tanto la opción como el tanteo son derechos que caducan, ya que transcurrido el tiempo pactado no se podrán ejercitar. Como resultado de ello, cuando el plazo establecido para el ejercicio de los derechos de adquisición preferente se agote antes de que venza la obligación garantizada, y su titular no los ejercite, el titular del derecho real de garantía sobre ellos constituido tiene la posibilidad de ejercitar tanto el derecho de opción como el de tanteo, como medida de conservación de la garantía, en nombre de su titular y anticipando la cantidad que para ello fuera necesaria (cfr. art. 107.8º LH). Ejercitado cualquiera de estos derechos, tanto por su titular como por el titular del derecho de prenda o de retención que sobre los mismos recae, la garantía se proyecta directamente sobre la cosa que hubiera sido objeto del derecho de adquisición preferente, cuyo valor podrá ser realizado en su momento por el retenedor<sup>469</sup>. De otra forma, cuando la obligación garantizada tenga su vencimiento en fecha anterior a la finalización del plazo establecido para el ejercicio de los derechos de adquisición preferente, el titular de la garantía tiene la opción de mantenerse en la retención del derecho de adquisición gravado, de realizar su valor por los procedimientos legalmente determinados o ejercitarlo en nombre de su titular, si hubiera lugar a ello<sup>470</sup>. En este último caso la garantía se proyecta directamente sobre el objeto adquirido, cuyo valor podrá ser realizado por el acreedor pignoraticio o por el retenedor.

---

<sup>469</sup> El ejercicio del derecho de opción de naturaleza real o del retracto, supone la adquisición inmediata de la propiedad de la cosa, sin necesidad de tradición, con lo que a partir de ese momento corresponde al optante, propietario de la cosa, la acción reivindicatoria que, en su caso, podrá ejercitar el titular del derecho real de garantía (cfr. art. 1869.2º CC).

<sup>470</sup> Esto será posible en el derecho de opción, cuyo ejercicio no depende más que de la voluntad de su titular. En cambio, en el tanteo o en el retracto resulta necesario que el propietario del bien sobre el que el derecho recae haya decidido enajenar o haya enajenado a una tercera persona, por lo que, de no darse esta circunstancia, no podrán ser ejercitados. Esta diferencia entre el derecho de opción y el tanteo repercute en las facultades que corresponden al concedente en uno y otro caso, relativas a la posibilidad de realizar alteraciones materiales en la cosa en tanto no se ejerciten los referidos derechos; así, el concedente de un derecho de opción está obligado a mantener la cosa en su estado inicial, dado que el optante tiene derecho a adquirirla en las mismas condiciones en que se encontraba en la fecha de constitución de derecho de opción; en cambio, en el tanteo, que consiste en una preferencia, el concedente se encuentra facultado para actuar con relación a la cosa como considere conveniente, incluso, como indica **BOSCH CAPDEVILA**: “Drets...”, p. 398, destruyéndola o imponiendo gravámenes que subsistirán aunque posteriormente se ejercite el tanteo o el retracto.

También es posible constituir garantía real mobiliaria sobre un derecho real de prenda, con o sin desplazamiento de la posesión, sobre un derecho de hipoteca mobiliaria o sobre un derecho real de retención. En estos supuestos la garantía constituida queda siempre pendiente de la resolución del derecho real sobre el cual recae (cfr. art. 107.4 LH y 174.4<sup>a</sup> RH). Concretamente, en el caso de la prenda posesoria sobre el derecho de prenda –más teórico que práctico– no se infringe la prohibición del artículo 14.1 LDRG, según el cual una cosa empeñada no puede ser entregada de nuevo en prenda, porque lo que se grava no es la cosa, sino el derecho real que la afecta. En contra de esta opinión se argumenta que no es posible empeñar el derecho de prenda porque el artículo 18.2 LDRG lo prohíbe implícitamente, al imponer sobre el acreedor pignoraticio el deber de conservar diligentemente la cosa retenida y no utilizarla excepto en aquello que sea necesario para su conservación<sup>471</sup>. Sin embargo, además de que es posible la utilización autorizada de la cosa gravada, cuando el acreedor pignoraticio empeña su derecho de prenda no utiliza la cosa por éste afectada, que no empeña y que sigue poseyendo, sino su derecho sobre la misma<sup>472</sup>. Igualmente y por los mismos motivos, el derecho real de retención puede empeñarse. En cuanto a la posible pignorabilidad del derecho de retención, se podría objetar, erróneamente a mi juicio, que el único sujeto legalmente legitimado para ejercitar esta última garantía es la persona descrita en el artículo 3 LDRG, esto es, el poseedor de buena fe que devino acreedor por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones relacionadas en el artículo 5 LDRG. Sin embargo, dado que resulta legalmente posible la

---

<sup>471</sup> **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS:** *Institucions*, v. I..., p. 405.

<sup>472</sup> **CARRASCO PERERA:** *Tratado...*, p. 839: “El acreedor pignoraticio puede pignorar el derecho pignoraticio. A diferencia de la cesión y subrogación en el crédito no hay aquí transmisión alguna del derecho de prenda, sino constitución de una prenda sobre el derecho de prenda”. Este mismo autor, obra cit., p. 840, sostiene que “además de la constancia documental del art. 1865 CC, como la subprenda es una prenda sobre un derecho incorporal (el de prenda) que tiene por objeto una cosa corporal, el subpignorante (primer acreedor pignoraticio) está obligado a entregar la cosa corporal pignorada si es él quien tiene la posesión de la misma”; idea que no comparto dado que, como ha quedado dicho, el objeto de esta prenda (subprenda) no es la cosa corporal, que, por tanto, no ha de entregarse, sino el derecho de prenda que la grava, cuyos documentos acreditativos serán, en su caso, los que deban ponerse en posesión del acreedor pignoraticio (subpignorante).

transmisión del crédito (art. 2.3 LDRG), que supone un cambio subjetivo en la titularidad activa de la relación obligatoria y en la garantía que le es accesoria, ello no ha de resultar inconveniente para constituir una prenda sobre un derecho real de retención válidamente constituido.

Igualmente, resulta teóricamente posible, aunque altamente improbable en la práctica, retener un derecho real de retención. Este podría ser el caso del administrador a quien no se le abonan los gastos de gestión realizados por causa del derecho de retención titularidad del administrado (art. 5, a) LDRG). En este supuesto, no existe concurrencia de créditos asegurados por derecho real de retención sobre la misma cosa, dado que lo que se retiene no es la cosa, sino el derecho de retención que sobre ella recae.

## **8.5. El derecho de crédito como objeto de garantía real posesoria**

Resulta comunmente admitido que un derecho de crédito pueda ser objeto de garantía real posesoria. Se trata de situaciones que, según la doctrina, equivalen a las que se presentan en materia de cesión de créditos, dado que, en definitiva, consisten en una transmisión de crédito en garantía, notificando al deudor cedido a los efectos del artículo 1527 CC<sup>473</sup>. En estos

---

<sup>473</sup> **ROSENDE ONRUBIA:** “La prenda...”, p. 645; **PÉREZ-GONZÁLEZ – ALGUER:** *Tratado...*, p. 507; **CASTÁN TOBEÑAS:** *Derecho...*, p. 483; **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 509; **PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS:** *Derechos...*, p. 70; **ALBALADEJO:** *Derecho*, t. III., v. 2º, p. 267; **DÍEZ-PICAZO – GULLÓN:** *Sistema...*, v. III, p. 509; **SANCHO REBULLIDA:** *Elementos...*, p. 306; **PANTALEÓN:** “Prenda...”, p. 183; **SERRANO ALONSO:** *Comentario...*, p. 1878; **GIL RODRÍGUEZ:** “La prenda...”, p. 364; **MORENO DE LA SANTA GARCÍA:** *Prenda...*, p. 76. Para **ARANDA RODRÍGUEZ:** *La prenda...*, pp. 97 y ss., el derecho de crédito no es una cosa mueble incorporal y, por tanto, no puede ser objeto de un derecho real de prenda, sino de una cesión limitada a fines de garantía: “El significado jurídico de la palabra cosa ha sufrido una enorme extensión como consecuencia del desarrollo social y económico de nuestro tiempo. Esto permite afirmar que el concepto jurídico de cosa no es más que una abstracción de todo aquello que, por la utilidad que representa para el hombre según la concepción socioeconómica de la época, se considera como objeto de derecho. Esta consideración de la palabra cosa y la inclusión de los derechos en la clasificación de los bienes, no permite concluir que todos los derechos puedan ser objeto de otro derecho ni que el derecho de crédito es una cosa mueble incorporal que tiene un valor económico y puede ser objeto de las mismas relaciones que las cosas corporales, en concreto, que puede ser objeto de un derecho real de prenda” (p. 104); “El derecho de crédito no puede ser objeto de contrato de prenda porque no es susceptible de posesión ( arts. 1.863 y 1.864 Cc). Tampoco es objeto del derecho real de



casos, la cesión en garantía mediante la prenda no puede suponer perjuicio alguno al deudor del crédito cedido (p.e. gastos de gestión de pago), cuyo consentimiento no interviene para nada.

En torno a este tipo especial de garantía, por las peculiaridades del objeto sobre el que recae, se han planteado, fundamentalmente, dos cuestiones: la necesidad de que la garantía conste en instrumento público para que resulte oponible a terceros, y las facultades que corresponden al titular del derecho real sobre el objeto del crédito dado en garantía.

### **8.5.1. La formalización de la garantía. Su completa oponibilidad**

Respecto de la completa oponibilidad de la garantía a partir de su constancia en instrumento público, se ha afirmado contundentemente que la prenda de créditos no existe como tal en nuestro derecho y que no es sino “el efecto propio de los contratos de cesión de créditos en garantía”<sup>474</sup>, por lo que resulta aplicable por analogía lo dispuesto en los artículo 1526.1º CC, según el cual la cesión de un derecho surtirá efecto contra tercero “desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad con los artículos 1.218 y 1.227”. Desde esta perspectiva, la prenda de créditos tendría plena eficacia, también frente a terceros, aunque no se formalizara en instrumento público, por más que ello fuera conveniente<sup>475</sup>. Sin embargo, frente a esa tesis está la que considera

---

prenda, porque, además de que éste nace con la posesión, los derechos reales, como especie de derechos absolutos, sólo pueden tener como objeto cosas corporales y bienes inmateriales” (p. 108). Opinión reiterada en **ARANDA RODRÍGUEZ, REMEDIOS**: “La prenda de créditos según nuestra jurisprudencia más reciente. Comentario a la Sentencia de 13 noviembre 1999 (RJ 1999, 9046)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000, nº 5, pp. 375 a 380. Esta idea se rebate en **CARRASCO PERERA**: *Tratado...*, p. 862, quien considera que “con esta construcción no se gana nada, pues no existe un contrato de cesión de créditos como tal, sino un efecto jurídico (cesión) que se puede producir mediante una multiplicidad de tipos negociales”; considera que el crédito en garantía se cede precisamente mediante una prenda, que es el único negocio que permite vincular la preferencia, el privilegio de abstención o el derecho de ejecución separada al crédito garantizado.

<sup>474</sup> **PANTALEÓN**: “Prenda...”, p. 183.

<sup>475</sup> **PANTALEÓN**: “Prenda...”, p. 181: “Es perfectamente razonable sostener la aplicación a la prenda de créditos del párrafo primero del art. 1.526 del Código Civil en lugar del insensatamente riguroso art. 1.865 del mismo Código. Es perfectamente razonable, en consecuencia, afirmar la oponibilidad a terceros de una prenda de crédito

necesario que la prenda de créditos, igual que cualquier otra prenda, conste en instrumento público para ser plenamente oponible a terceros<sup>476</sup>. Desde esta última posición se entiende, por una parte, que la eficacia probatoria del documento público y el privado no es la misma. El documento público, de acuerdo con el artículo 1218 CC, hace prueba plena del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha del negocio, y origina una presunción de legalidad y veracidad del documento y de su contenido, con eficacia judicial y extrajudicial, en tanto otros elementos de prueba no demuestren lo contrario<sup>477</sup>. En cambio, la eficacia probatoria del documento privado es más limitada, porque sólo tiene efectos contra tercero en lo que respecta a la fecha de su otorgamiento cuando concorra alguna de las circunstancias de control público a las que se refiere el artículo 1227 CC, pero no respecto de los hechos, que habrán de ser demostrados a través de otros medios de prueba<sup>478</sup>. A ello se puede añadir que la forma del negocio no tiene sólo una eficacia probatoria, sino que también se exige como requisito de oponibilidad, esto es, como condición de publicidad legalmente impuesta para que determinados negocios puedan oponerse a terceros, en favor de su titular<sup>479</sup>. Y esto es lo que sucede en el contrato de

---

instrumentada en documento privado desde que su fecha deba tenerse por cierta: conforme a lo dispuesto en el art. 1.227 del Código Civil o, según una reiterada y notoria jurisprudencia, por resultar acreditada por cualquier medio de prueba distinto del documento privado mismo”.

<sup>476</sup> **ARANDA RODRÍGUEZ:** *La prenda...*, pp. 204 y ss.

<sup>477</sup> **RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO**, en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 334, quien, además, pone de relieve que el documento público despliega una eficacia fuera del proceso de mayor intensidad de la que tiene lugar en juicio; una manifestación de la eficacia extrajudicial del documento público es, precisamente, la necesidad de que cualquier acto inscribible en los Registros públicos vaya revestido de la fuerza autenticadora que otorga el documento público; **ARANDA RODRÍGUEZ:** *La prenda...*, p. 208.

<sup>478</sup> **ARANDA RODRÍGUEZ:** *La prenda...*, p. 208, y jurisprudencia citada.

<sup>479</sup> **ARANDA RODRÍGUEZ:** *La prenda...*, p. 211: “La oponibilidad significa prevalencia del título contractual de la adquisición sobre el título de un tercero. A través de ella se pretende tutelar al adquirente y garantizar la circulación jurídica. Si con el contrato como prueba documental se persigue, esencialmente, asegurar el interés de los terceros, en esta segunda fase el contrato se utiliza, tal y como señala DUCLOS, como una operación jurídica, es decir, para forzar a un tercero a respetar la titularidad que de él se desprende. en todo caso, no hay duda de que son fases interrelacionadas. Si el acreedor pignoraticio pretende hacer valer su titularidad frente a los acreedores del pignorante es necesario



prenda de crédito, donde prevalece el artículo 12.2 LDRG, precepto de aplicación especial que determina la eficacia plena de la prenda en general, frente al artículo 1526 CC, precepto de aplicación general a las cesiones de crédito con causa onerosa<sup>480</sup>. La constancia de la prenda en instrumento público es un requisito legal de oponibilidad de la garantía real y de las facultades que en ella se integran, de tal forma que sólo cuando la prenda, también la que recaiga sobre un crédito, se documente en instrumento público podrá ser opuesta con éxito por su titular en caso de conflicto con terceros.

### **8.5.2. La falta de simultaneidad entre el vencimiento del crédito asegurado por garantía real posesoria y el vencimiento del crédito que lo asegura: la subrogación real**

La otra cuestión fundamental que se plantea en torno a este tipo especial de garantía, por las peculiaridades del objeto gravado, es la que se refiere a las facultades que corresponden al titular del derecho real, atendiendo al distinto grado de efectividad del crédito asegurado y el crédito que lo asegura. Concretamente, cuando el derecho real de garantía posesoria recae sobre un derecho de crédito cuyo vencimiento no coincide con el de la obligación garantizada, se plantea la dificultad de determinar sobre qué objeto recae el gravamen una vez llegado el vencimiento de cualquiera de los créditos. Es posible, en esos casos, que vencida la obligación garantizada no haya vencido todavía el crédito gravado en su seguridad o, a la inversa, que el crédito gravado en garantía venza antes que la obligación que asegura.

---

comprobar primero la existencia cierta del contrato, que es la base de legitimidad jurídica, y esa verificación implica probar la realización del contrato de acuerdo con los requisitos legales de publicidad (arts. 1.526 y 1.865 del Cc)”.

<sup>480</sup> Así lo entiende **ARANDA RODRÍGUEZ**: *La prenda...*, p. 214, para quien la cesión en general se configura “como contrato de causa variable o categoría que aúna diversos contratos modalizados por su causa. La prenda de crédito, configurada como contrato de cesión limitada del crédito, goza de identidad de causa con el contrato de prenda ordinaria y tiene una serie de efectos semejantes a los de aquélla: limita las facultades de disposición y administración del titular del bien mueble afectado en garantía otorgando al acreedor pignoraticio-cesionario un derecho personal con eficacia real respecto a los terceros”. Para **CARRASCO PERERA**: *Tratado...*, p. 866: “En particular, no se puede remitir al régimen general de la cesión de créditos para deducir que la prenda –como forma de cesión- no está sujeta a las exigencias formales del contrato de prenda”.

### **8.5.2.1. El vencimiento del crédito garantizado, pendiente el vencimiento del crédito dado en garantía**

Cuando el crédito garantizado venza antes que el crédito afectado por la garantía, la opinión generalizada de la doctrina es que si el deudor no cumple con su obligación de pago, el titular de la garantía puede satisfacer su pretensión con cargo al crédito dado en garantía, pero sólo cuando éste haya vencido<sup>481</sup>. En estos casos se considera que el titular del derecho real debe esperar a que el crédito dado en garantía venza, para entonces reclamar su importe del deudor del mismo, imputando lo cobrado al pago de la deuda garantizada por el mecanismo de la prenda irregular<sup>482</sup>. Sin embargo, lo cierto es que el objeto del derecho real de garantía es el derecho de crédito, que todavía no es ejercitable, y no el objeto de éste. Por tanto, entiendo que, incumplida la obligación garantizada, el titular del derecho real puede realizar el valor del objeto sobre el que recae el gravamen, que en este caso es un concreto derecho de crédito, sin necesidad de esperar al vencimiento de éste para cobrarse con cargo a su prestación<sup>483</sup>. Considero que en estos casos procede la aplicación de los artículos 7 y 19 LDRG. Según estos preceptos el titular de la garantía no puede exigir ni el deudor imponer que el crédito o su objeto se adjudique en pago. Será entonces el rematante en subasta, o el

---

<sup>481</sup> **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 512; **SERRANO ALONSO**: *Comentario...*, p. 1878; **MORENO DE LA SANTA GARCÍA**: *Prenda...*, p. 80. **DÍEZ-PICAZO – GULLÓN**: *Sistema...*, v. III, p. 509, igualmente entienden que lo más aconsejable será que el acreedor espere a que venza el crédito dado en garantía y exigir su pago del deudor cedido, aunque admiten también la posibilidad de que el acreedor pueda acudir al procedimiento de realización legalmente previsto. En este último sentido **GIL RODRÍGUEZ**: “La prenda...”, p. 371. Al revés parece entenderlo **REGLERO CAMPOS**: “Ejecución...”, 457, para quien, aunque el crédito dado en garantía no haya vencido todavía, si su objeto es mueble se integra en el patrimonio del deudor pero queda sujeto a la garantía; si es inmueble el acreedor está facultado para exigir del deudor la constitución de una hipoteca; y si se trata de una cantidad de dinero debe destinarse directamente a la satisfacción del crédito asegurado.

<sup>482</sup> **ROSENDE ONRUBIA**: “La prenda...”, p. 663; **DÍEZ-PICAZO – GULLÓN**: *Sistema...*, v. III, p. 509; **SERRANO ALONSO**: *Comentario...*, p. 1878.

<sup>483</sup> En contra de esta opinión **SERRANO ALONSO**: *Comentario...*, p. 1878: “me parece dudosa la posibilidad de atribuir al acreedor la facultad de enajenación del artículo 1.872, pues en el supuesto de la llamada prenda de créditos no hay verdadero derecho de prenda sino una simple cesión de créditos”.

titular de la garantía en las condiciones señaladas por los artículos 7.3, f) y 19.4, c) LDRG, quienes adquieran el derecho de crédito y quienes, a su vencimiento, podrán hacer suyo su objeto<sup>484</sup>. De otra forma, el titular de la garantía siempre puede esperar a que llegue el vencimiento del crédito gravado, momento en el que el objeto de éste quedará subrogado y podrá instarse la realización de su valor en la forma legalmente prevista, excepto cuando el crédito afectado en garantía consista en el pago de dinero, en cuyo caso podrá “hacerlo suyo” en las condiciones demandadas por el artículo 19.5 LDRG<sup>485</sup>. Sólo cuando el titular del derecho real opte por esperar al vencimiento del crédito dado en garantía, para realizar el valor de su prestación, puede acudir al mecanismo de la subrogación real. Esta opción implica la modificación objetiva de la garantía, que se mantiene en todas las demás circunstancias, dado que de otra forma quedaría privada de su total efectividad, porque el objeto inicialmente afectado, el derecho de crédito, quedó extinguido por pago. Pero en este caso, el titular de la garantía no se cobra directamente con el objeto del crédito dado en garantía, sino con el valor que se obtenga de la realización del valor del mismo, a través de los procedimientos legalmente establecidos. En cambio, y como ha quedado dicho, entiendo que no es posible recurrir a la subrogación real e imputar el objeto del crédito dado en garantía al cumplimiento del crédito garantizado, excepto que ese objeto consista en una cantidad dineraria o título representativo de dinero, y siempre que sea por una

---

<sup>484</sup> Así lo entienden **PÉREZ-GONZÁLEZ – ALGUER**: *Tratado...*, p. 515: “II. Sólo cabe examinar aquí lo procedente cuando, vencida la prenda o sea la obligación asegurada, no ha vencido aún el crédito empeñado. 1. En tal supuesto, aunque la venta, como dijimos supra pr., no sea necesaria para la obtención de un precio justo, sí lo es para la realización del valor del crédito todavía ilíquido. Se aplicará, por tanto, el artículo 1.872.2. Ni el acreedor pignoraticio tiene derecho a exigir que se le adjudique el crédito en pago o para pago, ni el deudor o el acreedor gravado, en su caso, pueden imponer esta solución, porque podría implicar una demora del derecho a satisfacerse inmediatamente que esté vencida la obligación principal (cf. arts. 1.858 y 1.872). La adjudicación sólo puede tener lugar al ser el acreedor pignoraticio el mejor postor en la subasta, o en el supuesto del art. 1,872 ap. 1 prop. 3”. Igualmente **CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO**: *La posesión, el usufructo y la prenda de derechos*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992, p. 108: “en la prenda de un crédito, si el crédito pignoraticio vence antes que el garante y el primero se queda impagado, se realizará la prenda: ésta se referirá, no a la cosa debida, todavía no entregada al no haber vencido el crédito garante, sino al crédito mismo. El crédito garante se deberá vender en subasta pública. Y, independientemente del valor de la prestación adeudada, tal crédito valdrá por sí mismo”.

<sup>485</sup> De la misma opinión **ARANDA RODRÍGUEZ**: *La prenda...*, p. 137.

cantidad líquida y exigible, en cuyo caso el acreedor la puede hacer suya directamente, imputándola al pago del crédito asegurado, con el único requisito de notificarlo previamente al deudor y acreditando el contenido y la recepción de la comunicación (art. 19.5 LDRG).

### **8.5.2.2. El vencimiento del crédito dado en garantía, pendiente el vencimiento de la obligación garantizada**

Cuando el crédito dado en garantía vence antes que el crédito garantizado, el titular del derecho real tiene la facultad de exigir al deudor del crédito cedido que le ponga en posesión de su objeto, en cumplimiento del deber de conservación y administración en garantía que le incumbe (arts. 6.2 y 18.2 LDRG). Se entiende que la garantía sobre un crédito origina una situación de titularidad concurrente que justifica la actuación del titular del derecho real<sup>486</sup>. Como consecuencia, el deudor del crédito dado en garantía que haya sido notificado ha de abstenerse de pagar a su acreedor -al titular del crédito gravado- poniendo el objeto del crédito a disposición del titular de la garantía (cfr. arts. 12.1, b) LDRG y 1527 CC). Con esa conducta, el deudor del crédito dado en garantía extingue su obligación por cumplimiento, lo que, en puridad, habría de suponer la extinción de la garantía por ausencia de objeto. Sin embargo, un importante sector de la doctrina entiende que en estos casos resulta aplicable el modelo que el Código civil aporta sobre el usufructo de créditos y acciones (arts. 486 y 507)<sup>487</sup>. Aplicando este modelo la garantía no se extingue, porque su objeto se traslada del derecho de crédito al objeto de éste; situación que se mantiene hasta el vencimiento de la obligación

---

<sup>486</sup> **ARANDA RODRÍGUEZ:** *La prenda...*, p. 130: “El contrato de prenda del crédito, como cesión limitada, origina una situación de titularidad concurrente. El acreedor pignoraticio ostenta las facultades de conservación y administración del derecho de crédito mientras perdura la garantía. La exigencia de cumplimiento al deudor cedido es la facultad más patente que tiene el acreedor pignoraticio de conservar su garantía, porque el objeto en que consiste la prestación continúa como garantía del acreedor pignoraticio, una vez pagado el crédito, en virtud del fenómeno de la subrogación real”.

<sup>487</sup> **PÉREZ-GONZÁLEZ – ALGUER:** *Tratado...*, p. 507; **CASTÁN TOBEÑAS:** *Derecho...*, p. 483; **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 511; **ALBALADEJO:** *Derecho*, t. III..., v. 2º, p. 268; **ARANDA RODRÍGUEZ:** *La prenda...*, p. 132; **GIL RODRÍGUEZ:** “La prenda...”, p. 369.

garantizada. Así pues, por el mecanismo de la subrogación real se modifica objetivamente la garantía, de manera que, aunque el crédito garantizado no ha vencido, el titular del derecho real conserva sus facultades sobre el objeto en que consista la prestación, aunque ésta se considere extinguida como consecuencia del pago. En consecuencia, si al vencimiento del crédito garantizado su deudor cumple con la obligación de pago, el titular de la garantía deberá restituirle en la posesión del objeto del crédito gravado. Pero si se incumple la obligación garantizada, el titular del derecho real podrá proceder a la realización forzosa del valor del objeto sobre el que recaía el derecho de crédito dado en seguridad. Se estima que cuando el crédito dado en garantía recaiga sobre una cantidad dineraria, el titular del derecho real la adquirirá con la obligación de restituirla a su propietario, si al vencimiento del crédito asegurado la obligación resulta cumplida (cfr. art. 19.5 LDRG)<sup>488</sup>, o para aplicarla directamente al pago de la deuda garantizada, en caso de incumplimiento. Si la garantía recae sobre otra cosa, parte de la doctrina estima que su titular adquirirá sobre ella una prenda o una hipoteca, según se trate de mueble o inmueble, respectivamente, que habrá de realizar conforme a los procedimientos de enajenación legalmente previstos para tales derechos reales de garantía<sup>489</sup>.

Esta solución doctrinal, a la que me adhiero en términos generales, presenta, a mi juicio, un problema difícil de resolver. Es práctica y jurídicamente posible en este tipo de garantía que el gravamen se traslade del derecho de crédito al objeto de éste, cuando el derecho de crédito recaiga sobre bienes de

---

<sup>488</sup> **MORENO DE LA SANTA GARCÍA:** *Prenda...*, p. 79, considera también que no es el constituyente de la garantía quien ha de cobrar directamente el crédito dinerario: “Esto no parece lógico, puesto que si fuera el constituyente de la prenda el facultado para cobrar el crédito en su calidad de titular del derecho, parece claro que desde su origen poca garantía proporcionaría este derecho de crédito al acreedor, pues desde que se formaliza la operación de préstamo o crédito y el contrato de prenda el acreedor es consciente de que el derecho de crédito dado en prenda vence antes que la operación principal, y si la persona legitimada para el cobro del derecho es el constituyente de la prenda el acreedor estaría sometido a la voluntad y buena fe del constituyente de volver a aportar la cantidad en garantía, con el riesgo obvio que esto conlleva, desnaturalizándose, de alguna manera, la garantía real como tal”.

<sup>489</sup> **ALBALADEJO:** *Derecho*, t. III., v. 2º, p. 268; **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 511; **SALINAS ADELANTADO:** *El régimen...*, p. 350.

naturaleza mueble. En estos casos no parece haber inconveniente a la modificación objetiva de la garantía, que, a pesar de la sustitución, continúa recayendo sobre una cosa mueble. Sin embargo, me parece difícil que un derecho de garantía pignoratícia constituido sobre un derecho de crédito cuyo objeto sea un bien de naturaleza inmueble pueda llegar a convertirse en una hipoteca, sobre todo, porque ésta es una garantía cuya existencia requiere la inscripción registral ( arts. 145 LH y 1875 CC)<sup>490</sup>. Entiendo que para que ello fuera posible tendría que existir algún precepto legal que lo autorizara, como ocurre en el supuesto del artículo 93 LH. Este artículo 93 LH ofrece al acreedor refaccionario un mecanismo de seguridad para el cobro de su crédito puesto que, en determinadas circunstancias, le permite solicitar “la conversión de su anotación preventiva en inscripción de hipoteca”. Pero en este caso es la Ley Hipotecaria la que de forma expresa permite la conversión. En ausencia de un precepto específico, similar al contenido del artículo 93 LH, que de forma expresa autorice al titular de una garantía real sobre un bien de naturaleza mueble –el derecho de crédito- a convertirla en una hipoteca –que gravaría la finca objeto del derecho de crédito-, considero que, en el supuesto que nos ocupa, sería aconsejable que en el momento de constituir la prenda los constituyentes convinieran que, de producirse el cambio de objeto, el propietario quedara obligado a constituir una hipoteca sobre el mismo, lo que vendría a actuar como una promesa de hipoteca (art. 1862 CC). De otro modo, el acreedor que acepte constituir una garantía sobre un derecho de crédito cuyo objeto sea un bien inmueble debe asumir el riesgo que ello comporta y que, desde un principio, conoce.

Al margen de la cuestión anterior, la solución doctrinal propuesta es la que se acoge en la LDRG, cuyo artículo 17, dedicado al “Principio de subrogación real”, dice que “Si el objeto de la prenda es un derecho de crédito y éste resulta pagado antes del vencimiento del crédito garantizado con la

---

<sup>490</sup> De la misma opinión **SÁNCHEZ GONZÁLEZ**: “Derechos...”, p. 866: “no puede desconocerse las dificultades que puede tener la realización práctica de dicha transformación a falta de una norma que la establezca expresamente, ni la imposibilidad en los casos en que el bien con que se pague la cuota resultante de la liquidación no sea susceptible de prenda (v. gr. un inmueble)”.

prenda, la garantía recae sobre el objeto recibido como consecuencia del pago”. Parece, pues, que los criterios doctrinales anteriormente expuestos han sido tenidos en cuenta por el legislador catalán, para su positivización.

Sin embargo, la redacción del actual artículo 17 LDRG permite hacer las siguientes apreciaciones. En primer lugar, este el artículo ha sido introducido en el Capítulo III LDRG, dedicado exclusivamente a la prenda posesoria. Ciertamente, la subrogación real ha sido un mecanismo que normalmente se ha venido aplicando a la prenda de créditos. Pero dado que la LDRG atribuye a la retención idéntica naturaleza jurídica que a la prenda, entiendo que la aplicación del principio de subrogación real no ha de limitarse a esta última garantía real, sino que también puede aplicarse en el derecho de retención. Piénsese, por ejemplo en el mandato de gestión de valores, cuando la contraprestación resulte incumplida. Atendiendo a lo dispuesto por las letras a) y c) del artículo 5 LDRG, el gestor podría constituir derecho de retención sobre esos valores. En este caso la retención se ejercitaría sobre unos valores por amortizar o, incluso, cuya amortización tuviera lugar en el mes que media desde que el acreedor decide constituir la retención hasta que la LDRG le permite realizar el valor de su garantía, siempre que no haya habido oposición judicial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1 LDRG (art. 7.1 LDRG). Estos son supuestos paralelos a los de la prenda, donde la exigibilidad del derecho de crédito dado en garantía puede ser anterior o posterior al vencimiento de la obligación garantizada<sup>491</sup>. Por tanto, entiendo que en estos casos de retención la solución aplicable habría de ser la misma que en la prenda: la subrogación del objeto del crédito en lugar del crédito, manteniendo la garantía en el resto de circunstancias.

---

<sup>491</sup> A diferencia del derecho real de prenda, que se constituye en garantía del cumplimiento de una obligación todavía no exigible, el derecho real de retención se constituye siempre como respuesta ante un previo incumplimiento (arts. 3 y 5 LDRG). Por tanto, aunque en el derecho de retención no se plantea la hipótesis de vencimiento anterior del derecho de crédito gravado en garantía, este supuesto es semejante que el que surge cuando el derecho de crédito retenido vence antes de que el retenedor pueda realizar el valor de su garantía, por la necesidad de respetar el plazo legal de un mes que la LDRG le impone.



Por otra parte, el artículo 17 LDRG prevé el recurso a la subrogación real sólo para la hipótesis de que el crédito gravado en garantía resulte pagado antes del vencimiento del crédito garantizado. Pero considero que también cabe la misma solución cuando la hipótesis fuera la contraria, es decir, cuando el crédito dado en garantía venza o se pague con posterioridad al crédito garantizado, si el titular del derecho real ha preferido esperar hasta entonces<sup>492</sup>. Por tanto, aunque en la LDRG no se prevea expresamente esta hipótesis, su solución ha de venir dada por la aplicación analógica del mecanismo de la subrogación real previsto en el artículo 17 LDRG.

## **8.6. Consideración especial de la garantía sobre valores**

Dentro de las garantías reales posesorias sobre derechos cobra especial relevancia la que recae sobre valores. Frente a otros objetos de garantía, los valores enajenables presentan la ventaja de su fácil cuantificación en términos económicos y la posibilidad -en determinadas circunstancias- de realizar el derecho real por un procedimiento especial, de mayor agilidad que el ordinario. Estas circunstancias suponen un mayor atractivo para los eventuales acreedores y determinan que la prenda valores sea la más utilizada en la práctica y especialmente considerada por la LDRG.

Atendiendo a la importancia real que en el panorama crediticio representa la garantía real sobre bienes valores, la LDRG alude a la misma en varios puntos de su articulado. Así, el artículo 15.3 LDRG permite configurar como “objetos unitarios de prenda los conjuntos o paquetes de valores, como acciones, obligaciones, bonos, créditos o efectos en general” (cfr. Preámbulo, III, 4º LGP); el artículo 16.2 y 3 LDRG atiende la eventual sustitución de los valores empeñados; y los artículos 7.4, 19.6 y 20 LDRG se refieren al

---

<sup>492</sup> En este último supuesto, como anteriormente ha quedado dicho, el titular de la garantía tiene dos opciones: o proceder directamente a la realización del objeto gravado, que es el derecho de crédito, o esperar al vencimiento de éste y proceder entonces a realizar el valor de su objeto. En este último caso, lo que se realiza no es el valor del crédito, sino el de su objeto, que sustituye a aquél por aplicación del principio de subrogación real.



procedimiento de realización del derecho de retención y del derecho de prenda, respectivamente, cuando la garantía se constituya sobre valores sometidos a cotización oficial.

Cualquier clase de valores puede ser gravado por garantía real mobiliaria. Las especialidades a las que el artículo 15.3 LDRG se refiere no conforman una lista cerrada y excluyente de los valores que pueden ser objeto de garantía mobiliaria, sino una relación abierta, expuesta a modo de ejemplo, en la que han de entenderse incluidos todos aquellos valores que sean enajenables, con independencia de la fórmula de instrumentalización jurídica que les corresponda.

El abanico de categorías que se incluyen en la noción abstracta de valores es muy amplio. No obstante, atendiendo a la forma de representación que los valores adopten, es posible analizar con mayor precisión las especialidades de las garantías posesorias, según recaigan sobre valores representados por títulos o sobre valores representados por anotaciones contables<sup>493</sup>. En este ámbito concreto y por la especial naturaleza del objeto afectado por la garantía, resulta de aplicación la legislación específicamente prevista por razón de la materia, concretamente, las normas correspondientes del Código de Comercio, la normativa societaria y la del Mercado de Valores; normas a las que la propia LDRG se remite genéricamente (arts. 7.4, 19.6 y 20), y que, por tanto, integra como propias.

---

<sup>493</sup> En principio, la legislación del mercado de valores reconoce al emisor la facultad de elegir la forma de representación de los valores (art. 5.1º LMV), lo mismo que el derecho societario (arts. 9, g), 290.1 LSA). No obstante, también se establecen límites a esa facultad de elección, en favor de la representación anotada en cuenta (arts. 5.1º, 2º y 44 LMV, 29 RD 116/1992, Disposición adicional 1.5 LSA).

## 8.6.1. Garantías mobiliarias sobre títulos valor

### 8.6.1.1. Aspectos generales del título valor

Nuestro ordenamiento jurídico no ofrece un concepto ni una disciplina general del título valor, tal y como ha evidenciado la doctrina<sup>494</sup>. Si existe, no obstante, una teoría general sobre la noción de título valor, de elaboración doctrinal. A partir de la normativa existente, que de forma segmentaria y particular se ocupa de regular tipos concretos de títulos valor (letra de cambio, cheque, pagaré, acciones, obligaciones, etc.), ha sido posible extraer las características comunes a todos ellos y elaborar unos principios generales que orientan la interpretación y aplicación de las normas particulares sobre los títulos valor, completan su disciplina en aquellos puntos en los que sea deficiente y proporcionan un criterio de regulación para aquellos nuevos títulos valor que puedan aparecer en el tráfico<sup>495</sup>.

El título valor está integrado por un documento, que literalmente representa el derecho que en él se menciona<sup>496</sup>. Esta conexión entre el documento y el derecho que representa permite, a través de una ficción jurídica, que se aplique a éste un régimen semejante al de las cosas y que la circulación del título equivalga a la del derecho en él representado. El documento es, pues, en el título valor el medio instrumental que facilita el ejercicio y, por tanto, la circulación del derecho que incorpora, y que permite sustraerlo del régimen jurídico de la cesión de créditos ordinaria para aplicar,

---

<sup>494</sup> **BERCOVITZ**: *El Derecho...*, p. 83; **BROSETA PONT**: *Manual...*, p. 621; **URÍA**: *Derecho...*, p. 777; **SÁNCHEZ CALERO**: *Instituciones...*, v. II, p. 5; **MADRID PARRA**: “La circulación...”, p. 24.

<sup>495</sup> **SÁNCHEZ CALERO**: *Instituciones...*, v. II, p. 5.

<sup>496</sup> La literalidad es una de las características destacadas del título valor, según la cual lo escrito en el título delimita la naturaleza, el ámbito y el contenido del derecho que representa. Como consecuencia de ello, no es posible oponer al acreedor aquéllas excepciones que resulten ajenas a lo previsto en el título, de la misma manera que le impide exigir la prestación en términos distintos a los literalmente consignados. Al respecto, **MADRID PARRA**: “La circulación...”, p. 26; **BROSETA PONT**: *Manual...*, p. 623; **CAMPO GÜERRI**: “El embargo...”, p.77. La literalidad no opera de igual modo en todos los títulos valor, dado que en algunos de ellos (como puedan ser las acciones) el contenido y los límites del derecho vendrán determinados, además, por otras circunstancias ajenas a la descripción contenida en el documento (como puedan ser los estatutos sociales).

en su lugar, las normas del régimen de transmisión de las cosas muebles corporales y, concretamente, las normas de la LDRG en lo que a su ámbito se refiere, tanto para la constitución de la garantía como para la realización de su valor<sup>497</sup>.

Atendiendo a la naturaleza mueble del título valor, el régimen de transmisión que le resulta aplicable es el que establece el artículo 609 CC. Por lo tanto, para el nacimiento y la circulación del derecho que el título valor incorpora no basta con la entrega o tradición del documento –modo-, sino que, además, resulta necesaria la causa –título- que justifique la entrega, esto es, el negocio fundamental del que deriva la creación o transmisión del título valor. El derecho que se incorpora al documento no nace, pues, por la sola creación del título. La relación jurídica reflejada en el documento tiene su origen en un negocio propio, previo o coetáneo a la emisión del título -llamado fundamental o extracartáceo-, pero distinto de éste -llamado cartáceo o documental. La incorporación del derecho al documento supone la ejecución del negocio fundamental para la transmisión y ejercicio del derecho documentado<sup>498</sup>. Por tanto, cuando un título valor se grava en garantía de una obligación, lo que asegura el cumplimiento no es el documento ni el valor del título, sino el derecho que en éste se incorpora, que puede ser un derecho de crédito, como el derecho al pago de un dinero (letra de cambio, cheque, pagaré); un derecho

---

<sup>497</sup> Al considerar al título, al documento, como cosa mueble, se facilita la transmisión del derecho que se incorpora. De otra manera, el régimen aplicable sería el de la cesión de créditos, cuyas normas no satisfacen adecuadamente la rápida y segura transmisión de los derechos. **BROSETA PONT**: *Manual...*, p. 620: “Así se comprueba si se piensa que por el procedimiento de la cesión de créditos, cada cesión aconseja la redacción de un nuevo documento entre cedente y cesionario; que mediante ella el adquirente no está seguro de haberlo adquirido y está sometido al riesgo de la compensación que pueda alegar el deudor cedido; que el adquirente del crédito en el momento de exigir su importe está sometido a las excepciones personales que pueda alegar el deudor derivadas de su contrato origen del derecho de crédito cedido; y, finalmente, que el cedente no responde de la solvencia del deudor cedido”. En el mismo sentido, **MADRID PARRA**: “La circulación...”, p. 30; **JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO J.**: “Los títulos-valores”, en **AAVV**: *Derecho Mercantil*, coordinado por **JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO**, v. II, quinta edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1999, pp. 4 a 15, p. 5; **VERGEZ SÁNCHEZ, MERCEDES**: “La circulación de la letra de cambio”, en **AAVV**: *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, Dirigido por **MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO**, Editorial Civitas. S.A., Madrid, 1986, p. 449.

<sup>498</sup> **BROSETA PONT**: *Manual...*, p. 622.

de participación social, que incorpora un conjunto de derechos de distinta naturaleza (acción, obligación); o un derecho relativo a determinadas cosas corporales individualizadas unido a un derecho de crédito a la entrega de esas cosas (conocimiento de embarque, resguardo de depósito)<sup>499</sup>.

El documento que integra el título puede expresar literalmente la naturaleza, el ámbito y contenido del derecho representado. En otros casos, en los “títulos literales incompletos” la declaración contenida en el título habrá de ser completada con otros documentos a los que el propio título se puede remitir (p.e. estatutos de una sociedad, documento constitutivo de la garantía).

La circulación del título valor puede dar lugar a una transmisión plena o limitada del derecho que incorpora. La transmisión plena atribuye al adquirente la propiedad del documento y la titularidad del derecho que representa; mientras que la transmisión limitada únicamente legitima al adquirente para exigir la prestación que corresponda<sup>500</sup>. Por tanto, el tenedor o poseedor del título puede ser el titular del derecho o simplemente el poseedor legitimado para ejercitar el derecho representado cuya titularidad no le corresponde.

Cuando un título valor se grava con una garantía real mobiliaria, el acreedor, titular del derecho real de garantía pero no titular del derecho representado, se convierte en su poseedor y se encuentra legitimado para realizar el derecho representado, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. Pero, como se ha dicho, la constitución de un derecho real de garantía posesoria no sustrae al propietario su poder de disposición sobre el objeto gravado. Por tanto, el propietario del título dado en garantía puede disponer del derecho que en el mismo se representa y transmitirlo a un tercero, aunque con la carga del gravamen.

---

<sup>499</sup> En este último caso, a pesar de tratarse de un derecho relativo a determinadas cosas corporales individualizadas, el objeto de la garantía no son esas cosas –que, por tanto, no hay que movilizar ni poseer-, sino el derecho que sobre ellas recae y el título representa.

<sup>500</sup> **BROSETA PONT:** *Manual...*, p. 627

La circulación del título valor depende de la forma en que se legitime al poseedor, lo que permite distinguir entre títulos al portador, a la orden o nominativos. En todo caso, el traspaso posesorio del documento es un requisito indispensable, aunque no siempre suficiente, para el ejercicio del derecho incorporado<sup>501</sup>. Específicamente, la válida constitución de la garantía real mobiliaria sobre títulos valor exige que se cumplan los requisitos establecidos por los artículos 3 ó 12.1 LDRG. Por tanto, en el derecho de prenda es necesario que el acreedor reciba del constituyente la posesión material del título, mientras que en el derecho de retención el acreedor insatisfecho ha de poseer de buena fe el título representativo de un derecho ajeno que haya de entregar a otra persona.

El acreedor se encuentra obligado a facilitar al pignorante que lo requiera el ejercicio de los derechos expresados en el documento (cfr. art. 72.2 LSA), siempre que corresponda a su propietario (cfr. art. 72.1 LSA) y sea preciso presentar el título. Esta obligación de colaboración existe fundamentalmente en el caso de derechos representados por títulos al portador, dado que para el ejercicio del derecho se requiere la exhibición del documento o, en su caso, del certificado acreditativo de su depósito en una entidad autorizada (cfr. art. 58 LSA). Cuando se trate de títulos nominativos, la colaboración sólo resulta necesaria cuando la garantía haya de ser inscrita en algún registro especial, dado que por la inscripción ya queda constancia de su existencia y de quien es su titular (cfr. art. 58 LSA).

---

<sup>501</sup> Siendo la posesión del título un requisito indispensable para el ejercicio del derecho, se ha hecho preciso establecer normas para evitar que la pérdida accidental del documento ocasione daños irreparables al legítimo titular del derecho. A tal fin, se establecen procedimientos de amortización del título extraviado y la posibilidad de emitir uno nuevo, a la vez que se habilitan sistemas para el ejercicio cautelar del mismo (cfr. art. 457 y ss. C de C; 84 y ss., y 154 LCCh). Al respecto, véase **MILLÁN GARRIDO, ANTONIO**: "Los títulos al portador", en **AAVV: Derecho Mercantil**, coordinado por **JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO**, v. II, quinta edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1999, pp. 170 a 180, p. 178.

No obstante, en ciertos casos no es posible constituir la garantía por la entrega o posesión material del documento. Así ocurre en el caso de la prenda de acciones nominativas o al portador de una sociedad anónima cuyos títulos no hayan sido impresos ni entregados todavía. En estos casos hay que proceder según las normas sobre cesión de créditos y demás derechos incorporados (art. 56.1 y 2 LSA). Notificada la existencia del gravamen a la sociedad emisora, el titular de la garantía tiene derecho a que aquella expida a su favor una certificación provisional de la inscripción de su derecho en el libro registro de acciones nominativas; certificado que, no existiendo título, suplirá a éste y cumplirá el requisito del desplazamiento posesorio.

La constitución de la garantía posesoria sobre títulos valor requiere, además, que las partes –en el documento constitutivo de la prenda- o el retenedor –en la comunicación notarial- consignen las circunstancias propias del derecho que constituyen y las relativas al título o a los títulos afectados por el mismo –número, fecha, emisión, plazo, forma de amortización,...-, de manera que queden individualizados. La individualización de los títulos resulta absolutamente imprescindible para constituir derecho real de retención, pero en la prenda es posible la constitución de la garantía por la entrega de los títulos no individualizados mediante la consignación de sus circunstancias en el documento constitutivo, siempre que el acreedor se comprometa a devolver los mismos títulos y no otros equivalentes, porque de lo contrario se trataría de una prenda irregular.

Como norma general, la prenda sobre títulos valor será oponible a terceros desde que conste en instrumento público (art. 12.2 LDRG)<sup>502</sup>.

---

<sup>502</sup> **NAVARRO CHINCHILLA, JOSÉ JUSTO:** “La pignoración de la letra de cambio”, en **AAVV: Tratado de garantías de la contratación mercantil**, coordinado por **NIETO CAROL, UBALDO – MUÑOZ CERVERA, MIGUEL**, t. II, *Garantías reales*, v. 1 *Garantías mobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 487 a 521, p. 494, entiende que en la constitución de la prenda cambiaria no es aplicable el artículo 1865 CC –por tanto, tampoco el 12.2 LDRG- en virtud del principio *lex specialis derogat generalis*, y que la garantía “se constituirá válidamente con arreglo a lo preceptuado en la Ley Cambiaria y del Cheque, que será válida frente a terceros, incluso aunque el acto cambiario no esté intervenido por fedatario público, pudiendo el acreedor pignoraticio, conforme al artículo 918 del Código de Comercio, separar la prenda en

### 8.6.1.2. Garantías mobiliarias sobre títulos al portador

Los títulos al portador son aquellos en los que no aparecen consignados los datos personales del titular del derecho, sino que, en su lugar se incluye la cláusula “al portador”<sup>503</sup>. En esta clase de título se presume que el acreedor de la prestación es su actual tenedor, su “portador”, quien por la simple exhibición del documento se encuentra legitimado para el ejercicio del derecho representado frente al deudor. Recíprocamente, en los títulos al portador el deudor se obliga a cumplir en favor de quien ostente la posesión del título, en los términos que en el mismo figuren, quedando de esta forma liberado. Como en todos los demás títulos, la circulación del título valor al portador se somete al régimen de las cosas muebles, de manera que la tradición del documento supone la tradición del título y, por tanto, la posibilidad de ejercitar el derecho que incorpora.

Dado que en el título al portador la simple posesión del documento confiere al poseedor la legitimación para el ejercicio del derecho, la falta de causa que justifique la tradición o su vicio sólo afectará a la eficacia de la transmisión en la medida que no perjudique al tercero de buena fe y sin culpa grave que hubiera adquirido su posesión, frente a quien el título al portador no podrá ser reivindicado (art. 545 C de C, cfr. art. 464 CC)<sup>504</sup>. Esta circunstancia es precisamente la que hace que el título valor al portador no sea el

---

garantía de la masa de la quiebra”.

<sup>503</sup> Normalmente es ésta la cláusula que se utiliza, si bien es posible que no se indique nada al respecto, en cuyo caso se presume también al portador (art. 111, final LCCh: “El cheque que, en el momento de su presentación al cobro, carezca de indicación de tenedor, vale como cheque al portador”).

<sup>504</sup> **SÁNCHEZ CALERO:** *Instituciones...*, v. II, p. 16: “Sin embargo, la posición del tercero adquirente de buena fe reconocida en el artículo 545 (redactado de nuevo por la Ley 24/1988) de hecho queda debilitada al haberse mantenido vigente dentro de nuestro ordenamiento la posibilidad que tiene ese legítimo propietario desposeído de acudir al Juez para impedir que se pague a tercera persona el capital, los intereses o dividendos vencidos o por vencer, así como también evitar que se transfiera a otro la propiedad del título”. En todo caso “quedarán a salvo los derechos y acciones del legítimo propietario contra los responsables de los actos que le hayan privado del dominio” (art. 545, final C de C).



instrumento más idóneo para ser afectado en prenda. Atendiendo a lo dispuesto por el artículo 12.1, b) LDRG, la transmisión limitada del título al portador, aunque no implica un cambio de titularidad del derecho, puede revestir apariencia de ello frente a terceros de buena fe y sin culpa grave, con el riesgo que ello representa para el pignorante, titular del derecho incorporado al título, que puede verse absolutamente privado del mismo sin posibilidad de reivindicarlo. La posibilidad de la adquisición del título al portador a *non domino* es, pues, un riesgo con el que ha de contar el constituyente de la garantía<sup>505</sup>.

A la tradición del documento, como requisito para la circulación del título valor al portador, se refiere el artículo 545 C de C (cfr. art. 56.2 LSA)<sup>506</sup>. Este

---

<sup>505</sup> **SÁNCHEZ CALERO**: *Instituciones...*, v. II, p. 15: “La apariencia jurídica adquiere aquí su mayor sentido, porque el deudor ha de cumplir su prestación cuando le sea presentado el documento, sin tener que examinar si corresponde a su poseedor el derecho incorporado o no”; **MADRID PARRA**: “La circulación...”, p. 95: “el adquirente de un título al portador está sujeto a la posible reivindicación derivada de las vicisitudes de su relación jurídica con el transmitente. Pero no cabe la reivindicación en ningún otro caso. El adquirente no tiene que entrar a examinar en qué concepto el transmitente es poseedor del título. Si éste no había adquirido legítimamente, no poseía a título de dueño o había algún vicio en la adquisición anterior del título, todas ellas son situaciones respecto a las cuales el nuevo adquirente tiene la condición de tercero y, por tanto, su posición es inatacable. No cabe la reivindicación de los títulos al portador adquiridos”. En todo caso, si el acreedor utiliza el título valor extralimitándose en su derecho, además de las reclamaciones a que haya lugar (cfr. arts. 545, final y 548 C de C), el propietario podrá accionar por la vía de los artículos 6.2 y 18.2 LDRG, que impiden la utilización de la cosa retenida más allá de lo acordado o, en defecto de acuerdo, más allá de lo necesario para su conservación.

<sup>506</sup> En el supuesto de que el título no haya sido impreso ni entregado, su circulación procederá de acuerdo con las normas sobre la cesión de créditos y demás derechos incorporales (art. 56.1 LSA, 347 y 348 C de C). La doctrina admite la posibilidad de pignorar acciones al portador no representadas, a pesar de que el artículo 57.2 LSA sólo se refiera a los títulos nominativos. Así, **MEJÍAS GÓMEZ**: *Prenda...*, p. 184; **MORENO DE LA SANTA GARCÍA**: *Prenda...*, p. 110. Según **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 312: “admitida con carácter general la posibilidad de la prenda de créditos, y teniendo en cuenta la naturaleza de «derecho desnudo» que tienen las acciones no documentadas (art. 56.1 LSA); como no existe ningún precepto que prohíba dicha operación (art. 1112 Cc), debe considerarse posible. Para ello, sólo será necesario cumplir los requisitos establecidos para la cesión de créditos (arts. 1526-1527 Cc)”. El mismo argumento es utilizado por este autor para justificar la pignorabilidad de las acciones todavía no representadas por anotaciones en cuenta. A diferencia de lo que sucede con las acciones nominativas cuyos títulos no hayan sido impreso ni entregados, la LSA no prevé la existencia de un libro especial que recoja las notificaciones que la sociedad habrá de recibir conforme a la normativa de la cesión de créditos aplicable en estos casos (art. 56.1 LSA); lo que no impide, como indica **MEJÍAS GÓMEZ**: “Prenda...”, p. 625, que haya de existir tal libro en el que se haga constar las transmisiones realizadas y los derechos reales u otros gravámenes constituidos. Cuando no existan títulos emitidos y entregados pero sí existan



artículo ha sido modificado por la Disposición Adicional Novena y, sobre todo, por la Disposición Adicional Tercera LMV, que complementa la anterior. Como resultado de esta modificación, actualmente, la validez de la transmisión de los títulos al portador representativos de valores mobiliarios<sup>507</sup> que no estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, requiere siempre la participación o mediación de una sociedad o agencia de valores o de una entidad de crédito o, en defecto de ello, la intervención de fedatario público<sup>508</sup>.

### **8.6.1.3. Garantías mobiliarias sobre títulos a la orden**

El título valor a la orden es aquél cuyo derecho incorporado es exigible por la persona cuyo nombre y apellidos estén consignados en el documento o por los sucesivos poseedores legítimos del título igualmente designados. El título a la orden es, pues, el que permite la sustitución del titular y, por tanto, la circulación del derecho, por medio de la tradición del documento y de una cláusula de endoso en la que ha de figurar el nuevo titular, que será la persona cuyo nombre aparezca en último lugar de la cadena regular de endosos<sup>509</sup>.

---

resguardos provisionales, será precisa la entrega de estos (cfr. art. 57.2, 3º C de C) y la acreditación de la garantía ante la sociedad emisora para su debida inscripción.

<sup>507</sup> Tal y como aclara **MADRID PARRA**: “La circulación...”, p. 50, cita 67, “La Ley 24/88 se refiere a la suscripción o transmisión de «valores». Si bien el término «valor» puede ser utilizado en un sentido genérico para englobar tanto los efectos de comercio como los valores mobiliarios, la Ley 24/88 limita su uso para referirse a éstos últimos, en cuanto que se ocupa sólo de los emitidos en masa que son negociables, ya sea mediante títulos o mediante anotaciones en cuenta. Por tanto, el régimen propio de los efectos, para cuya transmisión no se requería intervención de fedatario, permanece inalterado”.

<sup>508</sup> **LOJENDIO OSBORNE, IGNACIO**: “La acción. Documentación y transmisión”, en **AAVV: Derecho mercantil**, coordinado por **JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO J.**, v. II, quinta edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1999, pp. 263 a 280, p. 273, recoge el criterio doctrinal mayoritario, seguido también por **MADRID PARRA**: La circulación..., p. 51, según el cual se debe “distinguir entre el negocio jurídico causal y el negocio de transmisión propiamente dicho. La exigencia de intervención no afecta al primero que está válidamente concluido sin esa formalidad sino al segundo. En consecuencia, el negocio causal produce el efecto previsto en el art. 1.279 del C.c. esto es, el de que las partes puedan «compelerse» recíprocamente a hacer lo necesario para que se opere la intervención del fedatario requerida para la transmisión”.

<sup>509</sup> **SÁNCHEZ CALERO**: *Instituciones...*, v. II, p. 14; **BROSETA PONT**: *Manual...*, p. 627. En los títulos valor a la orden, cuando el endoso está en blanco, se presume que el portador del documento es el legítimo titular del derecho (art. 19. 1º LCCh: “El tenedor de la letra de cambio se considerará portador legítimo de la misma cuando justifique su derecho por una serie no interrumpida de endosos, aun cuando el último endoso esté en

La circulación del título valor a la orden también puede ser plena o limitada. La circulación limitada requiere que el endosante declare expresamente que no transfiere la titularidad del derecho incorporado, sino que limita la transmisión del título a los efectos de garantía, haciéndolo constar así mediante las expresiones “valor en prenda”, “valor en garantía” o cualquier otra equivalente (cfr. art. 22 LCCh). Esta posibilidad hace que los títulos valor a la orden sean unos instrumentos perfectamente aptos para ser objeto de garantía pignoratícia. Por una parte, porque el pignorante tiene la seguridad de que el tenedor del título no puede realizar un endoso que le prive de su derecho (art. 22 LCCh); y, por otra parte, porque el acreedor-endosatario insatisfecho se encuentra legitimado para transmitir el título de forma plena mediante el ejercicio del *ius distrahendi*, efecto derivado, no de su condición de endosatario, sino del derecho real de garantía del que es titular (art. 19 LDRG).

El título valor a la orden es igualmente apto para ser objeto de derecho de retención. El acreedor de buena fe que decida retener un título valor a la orden puede mantenerse en la posesión del mismo y modificar su concepto posesorio por el de retenedor, aunque le falte el endoso que, en principio, habría de legitimarle para transmitir o realizar su derecho. La falta de endoso a favor del retenedor no ha de dificultar la efectividad de su garantía, especialmente el normal desenvolvimiento de la fase de realización a través de los procedimientos previstos o, en su caso, por la aplicación analógica del artículo 19.5 LDRG que permite al acreedor prescindir de la subasta y apropiarse directamente de los títulos representativos de dinero, siempre que sea por una cantidad líquida y exigible. El titular del derecho real de retención no necesita del endoso porque su legitimación para retener la posesión del

---

blanco. A tal efecto, los endosos tachados se considerarán como no escritos. Cuando un endoso en blanco vaya seguido de otro endoso, el firmante de éste se entenderá que adquirió la letra por el endoso en blanco”; cfr, arts, 14 y ss. LCCh). **CAMPO GÜERRI**: “El embargo...”, p. 79: “En un sentido amplio son títulos nominativos porque el titular resulta del mismo documento; pero la diferencia radica en que si hay transmisiones el último titular debe aparecer designado en el mismo título”.

título y realizar su garantía en la forma legalmente prevista proviene de la LDRG.

Una cuestión práctica que conviene resaltar, referida a la letra de cambio en particular, es que en la práctica comercial no es habitual la pignoración de este título valor mediante el endoso limitado. Por el contrario, cuando se garantiza un crédito con una letra de cambio ésta se suele transmitir mediante un endoso pleno, mediante un endoso en garantía encubierto, por las ventajas que supone para la seguridad del crédito<sup>510</sup>. Se trata de un negocio fiduciario que, si bien garantiza plenamente la satisfacción del interés del acreedor, no puede calificarse como derecho real de prenda. Por el endoso en garantía encubierto de una letra de cambio, si el deudor incumple en su momento, el acreedor puede resarcirse inmediatamente en su derecho aunque se haya obligado a retornar la letra al fiduciante una vez alcanzado el fin propuesto. Esto es así porque, con independencia de que el fiduciante conserve o no la propiedad de la letra, el acreedor adquiere un poder jurídico ilimitado sobre el documento y el derecho que éste representa (cfr. art. 17 LCCh), como consecuencia de la transmisión del título y del endoso pleno en el mismo consignado<sup>511</sup>. De otra manera, en la prenda ordinaria el constituyente de la garantía conserva en todo momento la propiedad del objeto pignorado -la letra de cambio-, del que incluso puede disponer si lo cree conveniente y la garantía lo permite, mientras que el acreedor se obliga a devolverlo una vez satisfecho su crédito o a entregarlo a

---

<sup>510</sup> **NAVARRO CHINCHILLA**: "La pignoración...", p. 516, considera que, en la práctica, esta modalidad de endoso en garantía encubierto suele darse cuando el importe de la deuda garantizada y el de la cantidad asegurada son semejantes, pero no cuando el valor de la letra pignorada sea superior al de la obligación garantizada.

<sup>511</sup> Con el endoso pleno el acreedor puede endosar de nuevo la letra o descontarla y aplicar su importe a la satisfacción del crédito en cualquier momento. Es decir, el acreedor puede realizar su crédito sin esperar al vencimiento de la letra e, incluso, sin esperar al vencimiento de la obligación garantizada. En este sentido **VERGEZ SÁNCHEZ**: "La circulación...", p. 500. Las teorías básicas sobre la naturaleza de este negocio de garantía vienen expuestas en **NAVARRO CHINCHILLA**: "La pignoración...", pp. 516 y 517. El Tribunal Supremo ha reconocido que se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se transmite la propiedad de un determinado bien para garantizar el pago de una deuda, con la obligación del adquirente de transmitirlo de nuevo a su anterior propietario cuando la obligación asegurada se haya cumplido (SSTS de 19 de mayo de 1982, FD Tercero; 8 de marzo de 1988, FD Segundo; 6 de abril de 1992, FD Segundo; 5 de julio de 1993, FD Segundo; 1 de febrero del 2002, FD Tercero).

quien lo adquiriera en pública subasta, si llegado el momento decide realizar la garantía. El acreedor pignoraticio no puede en ningún momento apropiarse de la prenda ni utilizarla en tanto no haya vencido la obligación garantizada. El acreedor sólo puede hacer suyo el objeto empeñado cuando, vencida e incumplida la obligación garantizada, la prenda recaiga sobre dinero o sobre título representativo de dinero, siempre que sea por una cantidad líquida y “exigible” (art. 19.5 LDRG). Por tanto y como ha quedado dicho, cuando mediante un endoso pleno se entrega una letra de cambio en garantía de un crédito, aunque ciertamente se constituya un negocio de garantía, éste no puede calificarse como negocio de garantía real pignoraticia.

#### **8.6.1.4. Garantías mobiliarias sobre títulos nominativos**

El título valor nominativo es el que designa como titular a una persona determinada. El poseedor del título que coincida con el nominado está legitimado para ejercitar el derecho representado exhibiendo el documento y acreditando su identidad, que ha de coincidir con la consignada en el documento<sup>512</sup>.

La transmisión del título valor nominativo precisa la cesión del derecho al adquirente y la transmisión posesoria del título con la anotación de la transmisión en el mismo documento (cfr. art. 57.2 LSA) o la expedición de otro nuevo a nombre del adquirente, aunque “también” se pueda transmitir por endoso, si así lo permite la ley (cfr. arts. 56.2.2º LSA; 120 LCCh. 2º y 3º)<sup>513</sup>. En

---

<sup>512</sup> **DÍAZ MORENO, ALBERTO:** “Los títulos nominativos directos”, en **AAVV: Derecho Mercantil**, coordinado por **JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO J.**, v. II, quinta edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1999, pp. 16 a 25, p. 19: “En ellos figura designada expresamente como titular una persona y sólo ella. Cualquier transmisión requerirá, o bien la emisión de un nuevo título o bien la consignación de un nuevo nombre en el propio documento. Obsérvese que la nota distintiva del título nominativo no está en el hecho de llevar el nombre del titular, puesto que también los títulos a la orden la llevan”.

<sup>513</sup> **DÍAZ MORENO,** “Los títulos...”, p. 19: “Los títulos directos están destinados a permanecer en manos de su primer titular y no a circular. Esta característica ha de ser tenida muy en cuenta al determinar el régimen aplicable (...) Todo ello explica por qué el crédito al que se refiere el título nominativo ha de ser transmitido siguiendo básicamente las reglas de la cesión de créditos (v., por ejemplo, art. 120 LC). Naturalmente será precisa la entrega del documento al adquirente (cesionario); pero, en realidad, lo que se transmite

cambio, los títulos a la orden, también nominativos, son, por definición, transmisibles por endoso, aunque no se diga así expresamente (cfr. art. 14.1 LCCh).

La constitución de un derecho de prenda sobre un título valor nominativo requiere, además del negocio constitutivo de la garantía, la transmisión posesoria del documento al acreedor<sup>514</sup>. La cesión en garantía se puede hacer constar en el mismo título, pero, si así no fuera, el acreedor pignoraticio queda igualmente legitimado para el ejercicio de su derecho por la posesión del documento y el negocio de prenda (cfr. art. 1526 CC). En el caso del derecho de retención, la constitución del gravamen implica la inexistencia de un negocio de cesión en garantía, porque la voluntad en este sentido del propietario del título no existe. En este caso, es también la propia LDRG la que legitima al acreedor insatisfecho para constituir su derecho sobre el título valor nominativo que retiene y que podrá realizar en los términos legalmente previstos.

---

es el derecho al que el título se refiere. El cesionario adquiere el derecho de propiedad sobre el título porque adquiere el crédito; no adquiere el crédito por adquirir la propiedad del título”; **SÁNCHEZ CALERO**: *Instituciones...*, v. II, p. 13: “Se habla en este caso de título nominativo «directo», para distinguirlo del título a la orden, que también es nominativo pero que tiene un régimen diverso”.

<sup>514</sup> Mientras el título no haya sido impreso y entregado su transmisión se hará de acuerdo con las normas sobre la cesión de créditos y demás derechos incorporeales (arts. 56.1 LSA, 347 y 348 C de C). Para **MORENO DE LA SANTA GARCÍA**: *Prenda...*, p. 113, el artículo 57.2, 3º LSA admite implícitamente la posibilidad de pignoración de los resguardos provisionales, por lo que, aún cuando no existan títulos emitidos y entregados, si existen resguardos provisionales, será precisa su entrega (cfr. art. 57.2, 3º C de C); en este caso considera que “como los resguardos provisionales serán en todo caso nominativos, resultará imprescindible la inscripción de la constitución del derecho de prenda en el Libro registro de acciones nominativas de la Sociedad emisora”. En cambio, **REGLERO CAMPOS**: “Ejecución...”, p. 470, entiende que, aunque parezca que el artículo 57 LSA permite implícitamente la pignoración de los resguardos provisionales nominativos que se emiten hasta que sean entregados los títulos representativos de las acciones, “no deja de ser dudosa esta posibilidad, en la medida en que para la transmisión de este tipo de acciones la LSA se remite a las normas sobre la cesión de créditos y demás derechos incorporeales (cfr. art. 56.1), con lo que, implícitamente, no está confiriendo efectos traslativos a las eventuales entregas de resguardos provisionales. De esta manera, parece que la solución más pausable es la de considerar la pignoración de acciones cuyos títulos no hayan sido impresos ni entregados como una prenda de créditos (para el caso de acciones al portador), mientras que en el caso de acciones nominativas debe entenderse constituido el derecho real de prenda con su inscripción en el libro registro previsto para este tipo de acciones”.

La notificación de la cesión en garantía al deudor del derecho representado en el título o la constancia de la garantía en su correspondiente registro (cfr. art. 57.2.2º LSA) no son en ningún caso requisito de constitución del derecho real (art. 1526 CC y 24 LCCh)<sup>515</sup>. La notificación tiene la eficacia que se deriva de los artículos 347 C de C y 1527 CC (cfr. art. 1198 CC): es indispensable para acreditar frente al deudor la existencia y titularidad de la garantía, al objeto de procurar su operatividad y eficacia, especialmente en caso de incumplimiento de la obligación garantizada<sup>516</sup>. En términos generales, el deudor que conociendo la cesión pague al cedente no queda liberado de su obligación, que puede serle exigida por el cesionario. Por otra parte, en esta clase de títulos valor, el deudor sólo puede liberarse pagando al legítimo poseedor del título, aunque no se le hubiere notificado la cesión operada<sup>517</sup>. En cualquier caso, la falta de notificación no exime al deudor de comprobar la legitimación de quien pretenda el cumplimiento.

---

<sup>515</sup> **MORENO DE LA SANTA GARCÍA:** *Prenda...*, p. 115; **MEJÍAS GÓMEZ:** *Prenda...*, p. 177. **PRIES PICARDO:** “Prenda...”, p. 691, considera que cuando los títulos de las acciones nominativas no hayan sido impresos ni entregados, “como no existe título, no cabe constituir la prenda con el desplazamiento posesorio o el endoso en garantía, constituyéndose ésta mediante la inscripción en el libro registro de socios exclusivamente, que en este caso sí ha de tener efectos constitutivos”.

<sup>516</sup> Ni el Código Civil (art. 1526), el Código de comercio (art. 347) ni la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 55, 56 y 57) determinan quien tiene la obligación de notificar la existencia de la garantía. Dado que la constitución de la garantía posesoria se formalizará habitualmente con la intervención de un fedatario público (cfr. arts. 4.1 y 12.2 LDRG), será éste quien normalmente se encargue de notificar, a requerimiento de las partes.

<sup>517</sup> **BROSETA PONT:** *Manual...*, p. 629: “Este precepto (347 C de C) parece inaplicable a estos títulos valores, no sólo porque no los menciona, sino, además, porque el efecto de la no comunicación previsto en su segundo párrafo (el deudor se libera si paga al acreedor cedente), es inaplicable a cualquier obligación incorporada a un título valor: el pago sólo libera si se verifica al poseedor del documento. Precisamente por ello los títulos valores son de presentación o de rescate. Otra interpretación violaría, además, el mandato contenido en el artículo 1.170, *in fine*, del Código Civil”. Igualmente, **DÍAZ MORENO:** “Los títulos...”, p. 24: “¿es aplicable a los títulos nominativos el art. 347.2ª C. de c.? Creo que no, al menos en su literalidad. Si se admitiera que antes de recibir la notificación de la cesión operada el deudor puede liberarse pagando al antiguo acreedor incluso aunque ya no tuviera en su poder el título estaríamos poniendo en entredicho la pertenencia de los títulos directos a la categoría de los títulos-valores. La posesión y exhibición del documento es una condición mínima del ejercicio del derecho incorporado”. Igualmente, **SÁNCHEZ CALERO:** *Instituciones...*, v. II, p. 148, considera posible que la cesión del derecho no se haga constar en el documento cuya posesión se transmite al adquirente, pero, como el derecho incorporado se cede con el título, éste queda igualmente legitimado frente al deudor por la posesión del documento.

De forma específica, cuando el título valor nominativo hubiera sido emitido en serie, tampoco resulta necesaria la comunicación de la cesión en garantía al emisor para que ésta quede válidamente constituida. El derecho real de garantía mobiliaria se constituye de acuerdo con sus propias normas (arts. 4.1 y 12 LDRG). La comunicación de la existencia de la garantía al emisor del título tiene, simplemente, un alcance legitimador para el ejercicio del derecho frente a la entidad emisora, es decir, no incide entre las partes del negocio de garantía, sino que incide en las relaciones de éstas con la entidad que, a través de la comunicación y consiguiente inscripción de la garantía en su libro registro, conoce la situación de los títulos y puede obrar en consecuencia (cfr. arts. 55.2, 56.1, 2º y 57.2, 2º LSA)<sup>518</sup>. Incluso, en algunos títulos nominativos, como puedan ser las cédulas o los bonos nominativos, la relevancia de la inscripción es todavía menor, dado que el emisor debe efectuar el pago al tenedor que acredite ser el último cesionario del título, sin que la previa toma de razón de la transmisión o de la pignoración sea condición necesaria para ello<sup>519</sup>. No obstante, en cualquier caso, resulta evidente que la toma de razón de la constitución de la garantía facilitará su ejercicio al titular de la misma y evitará que el emisor pueda liberarse cumpliendo frente al propietario del título (cfr. art. 347 C de C)<sup>520</sup>.

---

<sup>518</sup> MEJÍAS GÓMEZ: "Prenda...", p. 627; SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones...*, v. II, p. 13; DÍAZ MORENO: "Los títulos...", p. 20; SALINAS ADELANTADO: *El régimen...*, p. 163.

<sup>519</sup> Así lo dispone el Real Decreto núm. 685/1982, de 17 de marzo, que desarrolla determinados aspectos de Ley 2/1981, de 25 marzo, reguladora del Mercado Hipotecario, en su art. 53, incluido en la Sección 4ª, dedicada al "Pago de capital e intereses" (cfr. art. 67.3): "1. En los títulos emitidos al portador, la Entidad emisora reconocerá a su tenedor como propietario de los mismos. 2. En los nominativos o emitidos a la orden, el importe del capital y el de los intereses o primas se pagarán, previa la presentación de los títulos o cupones correspondientes, al tenedor que acredite ser la persona designada en el título nominativo o, en los expedidos a la orden, aquella a cuya orden estuviese librado. 3. Si el título nominativo o la orden hubiera sido objeto de alguna transmisión, la Entidad deudora deberá efectuar el pago al tenedor que acredite ser el último cesionario del título nominativo o, en los librados a la orden, el último endosatario formalmente legitimado por la cadena de endosos, o que justifique ser legítimo causahabiente de uno o de otro, o de las personas que menciona el número dos de este artículo 4. La Entidad emisora tomará razón de las transmisiones de títulos a que se refiere el número anterior, si se les presentaren tal finalidad; pero la previa toma de razón de la transmisión o transmisiones anteriores no será condición necesaria para el pago".

<sup>520</sup> RD 685/1982, art. 53.5: "En ningún caso la Entidad deudora será responsable



## **8.6.2. Garantías mobiliarias sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta**

### **8.6.2.1. Ideas generales sobre el sistema de representación contable de los valores**

Los valores pueden estar representados por anotaciones en cuenta. El sistema de representación contable de los valores, que coexiste con el sistema de representación documental, se fue implantando paulatinamente en los distintos países de nuestro entorno cultural, propiciado por los espectaculares avances conseguidos en el mundo de la informática, “que permite la acumulación y el tratamiento masivo de información conectando en tiempo real a operadores geográficamente distanciados”<sup>521</sup>; y a raíz de la llamada “crisis del título valor”, cuya principal causa reside en las graves dificultades y en los inconvenientes que origina la emisión masiva y movilización de los valores así representados, especialmente cuando han de ser objeto de transmisión en grandes volúmenes, por la necesidad de la entrega física al adquirente<sup>522</sup>.

Actualmente, la anotación contable es la forma prevalente de representación de los valores, tanto por su agilidad como por su funcionalidad.

---

de la validez de las transmisiones ni de la autenticidad de las firmas que en ellas figuren”; del mismo texto legal, art. 67, incluido en la Sección 7ª, referida a las “Participaciones hipotecarias”: “3. La Entidad emisora llevará un libro especial en el que anotará las participaciones emitidas sobre cada crédito, así como las transferencias de las mismas que se le notifiquen, siendo de aplicación a las participaciones lo que para los títulos nominativos establece el art. 53 de este Real Decreto. En el propio libro anotará los cambios de domicilio que le hayan sido notificados por los titulares de las participaciones. 4. Ninguna responsabilidad será imputable a la Entidad emisora que efectúe las notificaciones que estén a su cargo a la persona que figure en sus libros como último titular de la participación y en el domicilio de dicho titular que conste en aquellos”.

<sup>521</sup> **MADRID PARRA, AGUSTÍN**: “Repercusión de las nuevas tecnologías en la reforma del mercado de valores”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, enero-marzo 1999, nº 73, pp. 31 a 66, p. 41.

<sup>522</sup> **MADRID PARRA**: “La circulación...”, p. 72, y, del mismo autor: “Repercusión...”, p. 33; **BERCOVITZ**: “El Derecho...”, p. 83; **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 98; **GARCÍA-PITA Y LASTRES, JOSÉ LUIS**: “Naturaleza jurídica de los valores tabulares”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, abril-junio 1999, nº 74, pp. 7 a 64, p. 33.



En el sistema de anotación en cuenta se sustituye el documento-papel, elemento característico del título valor, por el apunte contable del valor en un soporte informático. Por la práctica de las correspondientes inscripciones o anotaciones, previa la oportuna acreditación, es posible recoger y conocer las referencias indispensables que permiten atribuir la titularidad de los valores y conocer el estado de los mismos de una forma ágil y poco complicada<sup>523</sup>. Por su funcionamiento, la anotación contable es un sistema inmaterial de representación de valores y de las circunstancias que afectan a su titularidad: la circulación y el gravamen de los valores así representados es puramente jurídica, no física, ya que se realiza por medio de la anotación de las transmisiones en las cuentas correspondientes, en las que también se consignan las circunstancias que les afectan<sup>524</sup>.

La regulación básica de los valores representados por anotaciones en cuenta se encuentra actualmente establecida por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, posteriormente complementada por la Ley

---

<sup>523</sup> Como indican **URÍA**: *Derecho...*, p. 777; y **BERCOVITZ**: "El derecho...", p. 82, a través de la anotación en cuenta, y de una manera más ágil, se consigue la misma función básica que despliegan los títulos valores: facilitar la circulación del derecho expresado en el documento, con garantías suficientes para su titular, para los que ostenten algún derecho sobre aquél, así como para los sucesivos adquirentes. La mayor agilidad y funcionalidad del sistema de anotaciones en cuenta es precisamente lo que ha hecho que sea el preferido por el ordenamiento jurídico: como regla general, el emisor tiene libertad para elegir la modalidad de representación, pero se establece el carácter irreversible de la anotación contable y la posibilidad de transformación de la representación por medio de títulos (cfr. art. 5 LMV y arts. 3 y 4 RD 116/1992). Por otra parte, tras la Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea, la práctica totalidad de los valores que pretendan acceder o permanecer cotizados en mercados secundarios tienen que representarse por anotaciones en cuenta (cfr. Disposición Transitoria Primera a Cuarta RD 116/1992). Todo ello ha llevado a la utilización generalizada de la forma de representación por anotación contable, que ha supuesto la pérdida de importancia del título valor, considerado hoy como una forma residual de representación, tal y como legalmente se había pronosticado: "conducirá a una previsible pérdida de importancia de los tradicionales títulos" (Exposición de Motivos, 5º, 2. LMV). En este mismo sentido la Disposición Transitoria Primera de la Ley 37/1998: "Los valores negociables representados mediante títulos admitidos a cotización en un mercado secundario oficial podrán seguir representados de dicha forma, en tanto la normativa de desarrollo de esta Ley no imponga su representación mediante anotaciones en cuenta".

<sup>524</sup> **MEJÍAS GÓMEZ**: "Las acciones...", p. 110: "La notación en cuenta vendría a ser el apunte contable que materializado a través de un sistema informatizado, previa la oportuna acreditación documental, atribuye el derecho real pleno, así como ciertos derechos reales limitados y otra clase de gravámenes sobre valores negociables".

19/1989, de 25 de julio, de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la CEE en materia de Derecho de Sociedades, y, reproducida y completada por el Real Decreto 116/1992, de 14 de febrero, de Representación de valores por medio de anotaciones en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles<sup>525</sup>. La Ley 24/1988 fue la que por primera vez acometió de una forma global la regulación del mercado de valores. Según su Exposición de Motivos “La presente Ley pretende abordar esos múltiples y variados problemas asociados con la ordenación vigente de nuestros mercados de valores. Pero además, aspira a dotar a todo el ordenamiento de los mercados de valores de una coherencia interna que hoy se echa en falta” (EM, 3º); “Otro objetivo básico de esta Ley consiste en la necesidad de potenciar nuestro mercado de valores ante la perspectiva, en 1992, de un mercado europeo de capitales y de una toma previa de posiciones a este respecto por diversos Estados miembros de la Comunidad Económica Europea. El objetivo final es que nuestro mercado de valores esté en condiciones apropiadas cuando dicho mercado europeo llegue a ser una realidad” (EM, 4º)<sup>526</sup>. Se trata, pues, de una Ley marco que “contiene

---

<sup>525</sup> En cuanto a los valores negociados en el Mercado de Deuda Pública en Anotaciones, el RD 116/1992 declara su carácter meramente supletorio respecto de las normas establecidas por el Real Decreto 505/1987, por el que se dispuso la creación de un sistema de anotaciones en cuenta para la Deuda del Estado, cuyo funcionamiento se considera satisfactorio (Preámbulo, 4º RD 116/1992). Igual solución se ha seguido para los valores admitidos a negociación en otros mercados secundarios oficiales distintos de las Bolsas de Valores, “por su especificidad y habida cuenta de la circunstancia general de que el establecimiento de los mismos exige, de conformidad con el art. 59 de la Ley del Mercado de Valores, el correspondiente Real Decreto en el que se podría matizar la regla de supletoriedad” (Preámbulo, 4º RD 116/1992).

<sup>526</sup> La implantación en España de un sistema de anotación contable no ha sido resultado de un cambio brusco, sino de la paulatina evolución normativa que progresivamente lo ha ido configurando. El proceso comenzó con el Decreto 1128/1974, de 25 de abril, sobre liquidación y compensación de operaciones en bolsa y de depósito de valores mobiliarios. Este Decreto instituyó un sistema corrector, que mantuvo la existencia de los títulos, pero que evitaba su manipulación al prescindirse del documento, que no había de entregarse ni exhibirse ni para el ejercicio del derecho ni para su transmisión. La circulación de los títulos, que se declaraban fungibles, no era material sino jurídica, ya que simplemente se entendían entregados cuando el Servicio de Liquidación y Compensación de la Bolsa correspondiente procedía a la oportuna anotación contable de abono y cargo. El siguiente paso hacia la situación actual de representación de los valores por anotación contable tuvo lugar en el ámbito de la Deuda Pública. Conforme al Real Decreto 656/1982, de 3 de abril, sobre emisión de deuda pública interior y amortizable, los pagarés del Tesoro podían materializarse en anotaciones en cuenta en el Banco de España. A partir de ahí, y atendiendo a la autorización contenida en la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de

únicamente los elementos fundamentales del régimen jurídico sustantivo de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta, del diseño del sistema registral que implica y del modo en que debe producirse la transformación de los títulos” (Preámbulo, 2º RD 116/1992). De ahí que fuera necesario un posterior desarrollo normativo que complementara adecuada y suficientemente las previsiones legales, en función de las necesidades y problemas que en cada momento se fueran manifestando, y diseñara, en su conjunto, el régimen jurídico aplicable a toda emisión y negociación de los valores sometidos a su ámbito (Preámbulo 2º, final). Este desarrollo normativo se llevó a cabo con la entrada en vigor del RD 116/1992<sup>527</sup>. La Ley 24/1988 ha sido modificada por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma del Mercado de Valores, fundamentalmente para trasponer al ordenamiento interno determinadas directivas de la Comunidad Económica Europea (EM, 1º)<sup>528</sup>.

---

Presupuestos Generales del Estado, se dictaron otras disposiciones destinadas a implantar el sistema de anotación contable en el ámbito de la Deuda Pública. En este proceso, tuvo especial importancia el Real Decreto 505/1987, de 3 de abril, por el que se creó un sistema de anotaciones en cuenta para la Deuda Pública, y por el que se pasó de un sistema “corrector” a un sistema “sustitutivo”: al permitir que la Deuda del Estado se emitiera mediante anotaciones en cuenta, este sistema sustituyó al soporte documental. A partir de ahí, el régimen jurídico del título valor resultó de difícil adaptación al sistema de anotación contable, por lo que se sintió la necesidad de afrontar una reforma general que propiciara la modernización sistemática de todo el Derecho del Mercado de Valores, tal y como quedó expresado en el Informe emitido por la Comisión para el estudio del Mercado de Valores en el año 1978, en el que se puso de relieve la existencia de “múltiples problemas y carencias de dicho mercado” (EM, 1º LMV). Este objetivo fue asumido por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que con una visión global de la ordenación de este mercado, consagró definitivamente la posibilidad de emitir valores mediante el sistema de representación en cuenta (art. 5). El desarrollo reglamentario de la LMV se llevó a cabo por el Real Decreto 116/1992, de 14 de febrero, de Representación de valores por medio de anotaciones en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles. Sobre la evolución y la situación actual del sistema de anotación contable tanto en España como en el Derecho comparado, véase **MADRID PARRA**: “Repercusión...”, pp. 35 y ss, y, del mismo autor: “La circulación...”, pp. 77 y ss; **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, pp. 101 y ss.; **PRIES PICARDO**: “Prenda...”, p. 677, cita 2.

<sup>527</sup> Como en el mismo texto se reconoce “puede llamar la atención el amplio número de remisiones que contiene la Ley a ulteriores desarrollos reglamentarios (Preámbulo, 5º, 1).

<sup>528</sup> Directiva 93/22/CEE, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, modificada por la Directiva 95/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 1995; y Directiva 97/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los sistemas de indemnización de los inversores. Asimismo, la reforma “da respuesta al pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto a la Ley 24/1988, incorporando los cambios necesarios en el texto legal para ajustarse al régimen de distribución de competencias entre el Estado y las

Igualmente, el Real Decreto 116/1992 ha sido modificado por los artículos 13 a 19 del Real Decreto 2590/1998, de 7 de diciembre, sobre modificaciones del régimen jurídico de los mercados de valores.

La LMV no incluye todo valor incorporal en el ámbito objetivo de su disciplina. Uno de los “principios o rasgos esenciales” que según la propia LMV “conviene destacar” (EM, 5º) es que su disciplina “reposa sobre el concepto de «valores» o, para mayor precisión, de «valores negociables». (EM, 5º, 2). Pero la LMV no ofrece una definición de lo que deba entenderse por valor negociable. El propio legislador reconoce que se trata de un “concepto difícil de definir de forma escueta en el articulado de un texto legal”<sup>529</sup>, aunque ello no impida determinar legalmente las “notas adicionales” que definen los valores a los que la LMV se refiere, a los efectos de su aplicación, y que son la negociabilidad y la agrupación en emisiones (EM 5º, 2 y art. 2 LMV)<sup>530</sup>.

---

Comunidades Autónomas, conforme a la Sentencia de 16 de julio de 1997” (EM, 10º).

<sup>529</sup> Igualmente, los estudios doctrinales sobre la materia resaltan la dificultad de determinar el alcance de esta expresión, así como la realidad de su novedad frente al concepto tradicional de “valor mobiliario”. Así, **SALINAS ADELANTADO: *El régimen...***, p. 40: “Si se lee la Exposición de Motivos de la Ley (n. 2), parece que este concepto deba ser uno de los pilares de la nueva normativa. Sin embargo, la doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre el alcance de esta novedad (...) algunos autores han defendido que el «valor negociable» no es sino una «subespecie» de los «valores mobiliarios». O sea, que estamos ante una forma distinta de decir lo mismo. Otros, aun negando la equiparación con los valores mobiliarios, han sostenido que no se puede dar un concepto único de valor negociable, válido para todo el Derecho del Mercado de Valores (...), sólo alguna voz aislada ha admitido que estemos ante un concepto nuevo y único para toda la LMV”. **CACHÓN BLANCO, JOSÉ ENRIQUE: *Derecho del Mercado de Valores***, t. I, Dykinson, S.L., Madrid, 1992, p. 130: “A mi juicio, el valor negociable es esencialmente un concepto análogo al de valor mobiliario, poniendo especial énfasis en la admisibilidad de diversas formas representativas sometidas a diverso régimen jurídico y en su específica aptitud de negociación, pero esto no es un elemento por sí solo plenamente identificativo, pues en todo caso, el elemento diferenciador es la *aptitud de negociación abierta o pública*, es decir, a través de un mercado organizado”. Con criterio diferente, **MORENO DE LA SANTA GARCÍA: *Prenda...***, p. 49, considera que “podría entenderse este concepto de valor negociable como una evolución del concepto de valor mobiliario; sin embargo, como indicábamos, ambas categorías coexisten, sin que una sustituya a la otra, siendo contempladas casi simultáneamente en diferentes normas por el legislador”, y añade, en obra cit., p. 53, que “Aunque existan criterios variados sobre el concepto de «valor negociable», parece que lo más correcto es considerarlo una subespecie de los valores mobiliarios, es decir, que tan sólo serán valores negociables aquellos valores mobiliarios que cumplan las exigencias y las características establecidas por la LMV”.

<sup>530</sup> Características éstas que tampoco precisa la LMV por entender que “se trata de temas de imposible concreción sin un casuismo que resultaría impropio de una disposición

Según la LMV, la idea de negociabilidad hace “referencia a algo más amplio que la mera transmisibilidad, propia de prácticamente todos los derechos, y que deberá definirse en términos de un mercado que, aunque sea de proporciones reducidas, se caracterice por el predominio de los términos económicos en que se produzca la transmisión sobre las características personales de los contratantes” (EM, 5º, 2). Por tanto, según parece, para que un valor se pueda calificar como “negociable” es necesario que sus condiciones económicas sean objeto de suficiente difusión pública, de manera que el volumen impersonal de la oferta y la demanda permita hablar de la existencia de un mercado impersonal<sup>531</sup>. Sin embargo, esta aclaración legal queda en cierta manera matizada por lo dispuesto en el artículo 2.1 del Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores, que concreta las distintas categorías que quedan incluidas en el concepto de valor negociable<sup>532</sup>. El apartado f) de este artículo 2.1 contiene una cláusula abierta por la que se incluye “Cualquier otro derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea la denominación que se le dé, que, por su

---

de rango legal” (EM, 5º, 2). En cualquier caso, eso significa que habrán valores no representados por títulos e incluso valores representados por medio de anotaciones en cuenta que no estarán sometidos a la normativa especial del mercado de valores, sino que, como simples derechos incorporeales, quedarán sometidos a las reglas generales de la cesión de créditos.

<sup>531</sup> **SALINAS ADELANTADO:** *El régimen...*, p. 62: “Estas expresiones hacen referencia claramente al concepto económico de mercado. Esto es, un lugar (no necesariamente físico) de encuentro de la oferta y la demanda, donde, por la mejor circulación de la información, el precio de sus «productos» es un elemento fundamental, y que funcionan con más «eficiencia» conforme mayor sea su *profundidad, amplitud y flexibilidad*”. **DÍAZ MORENO:** “La prenda...”, p. 360: “Son negociables -y no meramente transmisibles- aquellos valores respecto de los cuales existe una oferta y una demanda que definen globalmente las condiciones de las transmisiones realizadas (señaladamente el precio) sin dejar lugar a discusión individual -cada oferente con cada demandante- basadas en las características de transmitentes y adquirentes”.

<sup>532</sup> A pesar de que el RD 291/1992 advierte que su definición de valor negociable es relevante sólo “a los efectos del presente Real Decreto”, la ausencia de otro criterio normativo ha supuesto que sea acogido con un carácter general. Así, **RECALDE CASTELLS, ANDRÉS:** Los «valores negociables»: “¿Concepto delimitador del Derecho del Mercado de Valores?”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, abril-junio 1999, nº 74, pp. 95 a 163, p. 117: “De hecho no se concreta lo que sea un “valor negociable” en otras normas que desarrollen reglamentariamente las previsiones de la LMV. Ello ha dado lugar a que se haya entendido que la definición de valor negociable del citado Real Decreto posee un alcance mayor al estricto ámbito al que se refiere”.

configuración jurídica propia y su régimen de transmisión, *sea susceptible* de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera<sup>533</sup>. De ello se puede deducir que no resulta necesario que el valor en cuestión haya de ser efectivamente objeto de suficiente difusión pública, sino que basta con que *sea susceptible* de generarla<sup>534</sup>.

Además, los valores negociables, es decir, los valores susceptibles de tráfico generalizado en un mercado de índole financiera, han de estar agrupados en emisiones (EM, 5º, 2 y art. 2 LMV)<sup>535</sup>. Según la Exposición de Motivos, 5º, 2 LMV el requisito de la agrupación en emisiones de los valores no sustrae del ámbito objetivo de la Ley a determinados instrumentos que, a pesar de diferir en alguna de sus características económicas (plazo, tipo de interés,...), pueden ser considerados agrupados en una “emisión”, tal y como venía ocurriendo en la práctica de los mercados financieros. Por tanto, para que los valores negociables se agrupen en emisiones, no resulta necesario que

---

<sup>533</sup> **SALINAS ADELANTADO, CARLOS**: “El concepto de valor negociable”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1996, nº 63, pp. 609 a 648, p. 633, considera que la referencia a un “mercado de índole financiera” incluye a todo mercado secundario organizado, sea o no oficial, siempre y cuando el valor de que se trate sea uno de los enumerados para la determinación del mercado primario por el artículo 2.1. del RD 291/92.

<sup>534</sup> De esta opinión **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 64: “de esta forma se consigue dar una mayor determinación al concepto de valor negociable, al no hacerlo depender de un criterio tan mutable como la efectiva y suficiente difusión entre el público”. A pesar de ello, este mismo autor, obra cit., p. 65, se cuestiona si “de esta forma dicho requisito quedaría vacío de contenido. Esto es, que no serviría para distinguir las categorías concretas de valores que, a pesar de cumplir las características intrínsecas antes descritas, no sean valores negociables”, concluyendo que, para desvanecer esa impresión, sólo hace falta pensar, por ejemplo, en las acciones de una sociedad cerrada, en las acciones de una sociedad anónima con limitaciones a su libre transmisibilidad, o en las acciones de las sociedades rectoras de los mercados secundarios oficiales, que no pueden ser calificadas de valores negociables “porque no son susceptibles de tener la suficiente difusión para ser «negociables en términos de mercado». Igualmente, de este mismo autor: “El concepto...”, pp. 630 y ss. **MORENO DE LA SANTA GARCÍA**: *Prenda...*, p. 51: “En conclusión, parece poder concebirse la «negociabilidad» como un concepto más restringido que el de «transmisibilidad» que se circunscribe dentro de éste. Es, por tanto, una forma de transmisibilidad que no debe verse afectada por limitaciones o restricciones en el tráfico”.

<sup>535</sup> **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 67, entiende que “no hay razón objetiva para la distinción legal entre «negociabilidad» y «agrupación en emisiones», ya que, en realidad, esta última no es sino una característica (extrínseca) de la negociabilidad. Esto, porque sólo cuando los valores en cuestión cumplan este requisito se podrá hablar de la existencia de un mercado en el que haya un «predominio de los términos económicos sobre las características personales de los contratantes».



todos ellos respondan a un mismo título jurídico, sino que basta con que entre los mismos se presente cierto grado de homogeneidad<sup>536</sup>, cuyos criterios vienen establecidos por el artículo 4. 2 y 3 RD 291/1992<sup>537</sup>.

A pesar de todo ello, el sistema de representación en cuenta no sólo es aplicable a los valores negociables, es decir, no sólo es aplicable a los valores reseñados en el artículo 2 RD 291/1992. Ya antes de la reforma introducida por la Ley 37/1998, la LMV admitía implícitamente la posibilidad de que los valores anotados en cuenta no fueran susceptibles de ser negociados en mercado alguno (art. 7.2º)<sup>538</sup>. Actualmente, la amplitud de términos del artículo 2.3º LMV

---

<sup>536</sup> **DÍAZ MORENO**: "La prenda...", p. 361. El legislador justifica su opción por considerar que el planteamiento contrario podría sustraer de la aplicación de la LMV a esos otros instrumentos "heterogéneos en algunas de sus características" (EM, 5º, 2). Concretamente, según **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 68, la razón práctica se encuentra en "la inclusión de los certificados de depósito, letras financieras y pagarés de empresa, que, a pesar de su importante utilización en los mercados, por no cumplir el requisito de la «emisión en serie», podía pensarse que se encontraban excluidos del ámbito de aplicación de esta disciplina".

<sup>537</sup> Artículo 4.2º LMV: "Se entenderá a estos efectos por emisión cada conjunto de valores negociables procedentes de un mismo emisor y homogéneos entre sí por formar parte de una misma operación financiera o responder a una unidad de propósito, incluida la unidad sistemática de financiación, por ser igual su naturaleza y régimen de transmisión, y por atribuir a sus titulares un contenido sustancialmente similar de derechos y obligaciones". Artículo 4.3º LMV: No obstante lo señalado en el número anterior, la homogeneidad de un conjunto de valores no se verá afectada por la eventual existencia de diferencias entre ellos en lo relativo a su importe unitario; fechas de puesta en circulación, de entrega material o de fijación de precios; procedimientos de colocación, incluida la existencia de tramos o bloques destinados a categorías específicas de inversores; o cualesquiera otros aspectos de naturaleza accesorio. En particular, la homogeneidad no resultará alterada por el fraccionamiento de la emisión en tramos sucesivos o por la previsión de ampliaciones". Sobre los criterios de homogeneidad establecidos por estas normas **SALINAS ADELANTADO**: "El concepto...", p. 635; **ZUNZUNEGUI PASTOR**: "El valor...", p. 637. Para **MORENO DE LA SANTA GARCÍA**: *Prenda...*, p. 52, "mientras la nota de «agrupación en emisiones» puede ser algo intrínseco al propio valor y definido por criterios de homogeneidad que presente el mismo valor junto con el resto de valores que forman parte de la emisión, la nota de «negociabilidad» en términos de mercado es algo extrínseco al valor, y la existencia o no de esa nota depende de factores externos al propio valor, como es el destino o difusión que al mismo se pretenda dar".

<sup>538</sup> El apartado 2º del artículo 7 LMV se refería en general a los mercados oficiales, puesto que disponía "Cuando se trate de valores no admitidos a negociación en mercados oficiales (...)", lo que no implicaba necesariamente que los valores hubieran de ser susceptibles de negociarse en mercado alguno, aunque esto sí resultase ser requisito imprescindible para que pudieran calificarse como "negociables". De esta opinión **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 72. Actualmente este artículo 7 LMV ha sido modificado por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, que, en este punto, se refiere exclusivamente a los "mercados secundarios oficiales".

permite aplicar a los instrumentos financieros “con las adaptaciones precisas, las reglas previstas en esta Ley para los valores negociables”<sup>539</sup>. En consecuencia, ni todos los valores negociables han de estar representados por anotaciones en cuenta (art. 5 LMV), ni todos los valores representados por anotaciones en cuenta han de ser valores negociables<sup>540</sup>. Pero, dado que el sistema de anotación contable es una forma de representación de los valores cuya regulación se encuentra contenida en la LMV, las normas de esta Ley resultan aplicables, a estos efectos y como norma general, a todos los valores que elijan este sistema como instrumento jurídico de representación<sup>541</sup>.

#### **8.6.2.2. Constitución de la garantía sobre valores anotados en cuenta. La inscripción del derecho y la inmovilización de los valores.**

Los valores anotados en cuenta pueden ser objeto de garantía real mobiliaria, atendiendo a la disciplina general contenida en la LMV, así como a las normas que la desarrollan, especialmente, atendiendo al RD 116/1992 en aquellos aspectos que se encuentren íntimamente relacionados con la forma de representación de los valores<sup>542</sup>.

---

<sup>539</sup> Igualmente, **GARCÍA-PITA Y LASTRES**: *Naturaleza...*, p. 34.

<sup>540</sup> Como ejemplo, la LSA establece sin ningún tipo de limitación que todo tipo de acciones -que no siempre son valores negociables-, o de obligaciones pueden adoptar la anotación en cuenta como forma de representación (arts. 51, 60 y 290). Por otra parte, según la Disposición Adicional Primera, 4º RD 291/1992, resulta imprescindible que los valores negociados no se sometan a ningún tipo de restricción a la transmisibilidad (cfr. art. 63 LSA).

<sup>541</sup> **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 72: “la regulación de las anotaciones en cuenta contenida en la LMV, a pesar de su inclusión en esta Ley, es una «normativa general del Derecho Mercantil», aplicable a todo tipo de valores”. **RECALDE CASTELLS**: “Los «valores...”, p. 141: “El régimen previsto para las anotaciones en cuenta en los arts. 5 a 12 LMV y en el R.D. 116/1992 es aplicable directa o supletoriamente –en defecto de normas específicamente previstas para determinados valores- a todos los valores negociados en los mercados secundarios oficiales (arts. 43 y 44 R.D. 116/1992). No obstante, el artículo 5º RD 116/1992 hace una reserva de denominación, disponiendo que “Las expresiones «valores representados por medio de anotaciones en cuenta», «anotaciones en cuenta» u otras que puedan inducir a confusión con ellas sólo podrán utilizarse con referencia a valores negociables que sean objeto de representación por medio de anotaciones en cuenta con arreglo a lo establecido en el presente Real Decreto o en las disposiciones a que se refiere la Sección Tercera de su Capítulo II”. Al respecto **CARRASCO PERERA**: *Tratado...*, p. 901.

<sup>542</sup> La forma de representación de los valores es lo que determina la aplicación de



A partir de lo legalmente dispuesto, es el derecho de retención, por la naturaleza jurídica que en Cataluña se le asigna, el que puede presentar mayor dificultad a la hora de aplicar las normas generalmente previstas por la legislación del mercado de valores, y el que mayor número de cuestiones prácticas plantea. En el ámbito estatal el derecho de retención no es un derecho real de garantía, por lo que no puede acceder al registro. Por tanto, en ese ámbito territorial no se ha de plantear cuestión alguna relacionada con el régimen jurídico de los valores representados por medio de anotaciones contables sobre los que, hipotéticamente, pudiera ejercitarse retención; razón por la que ni la LMV ni las normas dictadas en su desarrollo aluden expresamente a esta garantía cuando se refieren a la “constitución de derechos reales limitados” sobre valores representados en cuenta, (art. 10.1º LMV y art. 13.1 RD/116/1992). En cambio, la LDRG mantiene en Cataluña la eficacia tradicionalmente asignada a la prenda, participando con el resto del ordenamiento estatal de su configuración como derecho real de garantía. Esta circunstancia explica que cuando la legislación del mercado de valores se refiere a los derechos reales limitados piense básicamente en el derecho de prenda, como demuestra la literalidad del inciso final del párrafo primero del artículo 10.1º LMV, reproducido en el artículo 13.1 RD 116/1992: “La inscripción de la prenda equivale al desplazamiento posesorio del título”. Sin embargo, tanto el artículo 10.1º LMV como el artículo 13.1 RD 116/1992 se refieren, como se ha dicho, a la “constitución de derechos reales limitados y otros gravámenes” (cfr. art. 51 RD 116/1992). Por tanto, cuando concurren los presupuestos demandados por la LDRG, el acreedor podrá constituir derecho real de retención sobre valores anotados en cuenta aplicando de forma directa las normas generalmente previstas al efecto en la legislación del mercado de valores, sin más especialidades que las que se deriven de las propias del derecho que se constituye (cfr. art. 7.4 LDRG).

---

la LMV y en el RD 116/1992, donde se contiene la disciplina general de constitución y transmisión de los derechos reales sobre valores anotados en cuenta.

La identificación de los valores sobre los que ha de recaer la garantía mobiliaria se encuentra en la escritura de constitución de los valores, que en su caso será la de emisión. En esta escritura ha de constar necesariamente la denominación, número de unidades, valor nominal y demás características y condiciones de los valores integrados en la emisión (arts. 6.1º LMV y 6.1 RD 116/1992). En cambio, no se requiere que en la escritura conste el carácter nominativo o al portador del valor, dado que la anotación en cuenta es una forma de representación de los valores que siempre requiere la identificación de su titular, el nombre del propietario de los valores, así como el nombre de los titulares de los derechos limitados o gravámenes que sobre ellos recaigan (arts. 11 LMV; 21.2, 31.2 y 5 RD 116/1992). En consecuencia, la tradicional distinción entre valores nominativos o al portador resulta sólo aplicable cuando los valores se encuentren representados por títulos. Así se prevé respecto de las acciones, que en caso de estar representadas por medio de títulos podrán ser nominativas o al portador, y así deberá indicarse (arts.6, g); 52 y 53, c) LSA)<sup>543</sup>.

Tanto la entidad emisora, como la entidad encargada del registro, así como, en su caso, los organismos rectores de los mercados se encuentran obligados a tener copia de la escritura de constitución de los valores a disposición de cualquier interesado que desee consultarla (art. 8.1 RD 116/1992), quienes, además, tienen derecho a obtener, a su costa, una

---

<sup>543</sup> En este mismo sentido la DGRN de 18 de marzo de 1993, FD Tercero: “en relación con la exigencia de especificación del modo de representación de las acciones, ha de destacarse que la indicación, en el documento calificado, de que las acciones son nominativas satisface cumplidamente la exigencia de especificación sobre el modo en que se hallan representadas, por cuanto aquélla calificación de nominativas sólo puede predicarse de las que han sido representadas cartularmente”. Para **ZUNZUNEGUI PASTOR**: “El valor...”, p. 838, los problemas de interpretación que pueden surgir de la lectura del artículo 52 LSA se salvan a través del artículo 60.2 del mismo texto legal. Aunque el artículo 52 LSA establece que las acciones “revestirán necesariamente la forma nominativa mientras no haya sido enteramente desembolsado su importe, cuando su transmisibilidad esté sujeta a restricciones, cuando lleven aparejadas prestaciones accesorias o cuando así lo exijan disposiciones especiales”; el artículo 60.2 LSA dispone que la modalidad de representación de acciones mediante anotaciones en cuenta “también podrá adoptarse en los supuestos de nominatividad obligatoria previstos por el artículo 52”. Por tanto, se trata de acciones representadas por anotaciones en cuenta, cuyos títulos han de ser nominativos por disposición legal (art. 22.1 RD 116/1992).

reproducción de las mismas (art. 8.2 RD 116/1992)<sup>544</sup>. Igualmente, los datos de identidad de los valores se encuentran consignados en el registro contable donde se hubieran constituido como tales en virtud de su primera inscripción (arts. 8.1º LMV y 11 RD 116/1992)<sup>545</sup>.

Una vez practicada la primera inscripción en el correspondiente registro, la circulación de los valores tiene lugar por medio de anotación de la transferencia contable (arts. 9.1º LMV y 12 RD 116/1992), mientras que la constitución de derechos reales o gravámenes sobre ellos se lleva a cabo por medio de su inscripción en la cuenta que les corresponda (arts. 10.1º LMV y 13 RD 116/1992). En el supuesto de “Transformación de títulos sujetos a derechos

---

<sup>544</sup> La entidad emisora ha de remitir una copia de esa escritura, para su depósito, a las entidades que se especifican en el artículo 7 RD 116/1992, antes de practicar la inscripción de los valores a los que se refiera. Estas entidades habrán de conservar las copias a disposición de cualquier interesado que desee consultarlas (arts. 7 y 8 RD 116/1992 y 6.2º y 33 con relación al art. 92, e) LMV). Tratándose de emisiones de entidades públicas (Deuda del Estado, de las Comunidades Autónomas, o de otras entidades públicas y Organismos internacionales), los requisitos de constitución y publicación quedan eximidos si las características de la emisión se publican en los Boletines oficiales respectivos (art. 10 RD 116/1992). No obstante, el contenido de los valores no siempre vendrá determinado sólo por la escritura. Cuando los valores se encuentren incluidos en un programa que permita emisiones sucesivas de valores de diferentes características durante un cierto plazo, la escritura pública sólo reflejará las características comunes a todos ellos. Las características diferenciadas y complementarias han de contenerse en una certificación que a tal efecto se expide y que, al igual que la escritura, habrá de ser depositada y puesta a disposición del público para su consulta (art. 6.2 y 3 RD 116/1992). Cualquier modificación de las características deberá constar también en escritura pública, que igualmente deberá ser remitida a las entidades referidas y podrá ser consultada por cualquier interesado, conjuntamente con la escritura inicial en el caso de que no la sustituyan (art. 9.1 RD 116/1992), sin perjuicio de que tal modificación se haga pública en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia en que la entidad emisora tenga su domicilio y, si procede, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (art. 9.2 RD 116/1992, cfr. art. 122 RRM). Atendiendo a esta circunstancia, se pone de manifiesto, como observa **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 137, el “debilitamiento” del carácter de la literalidad de las anotaciones en cuenta respecto de título valor.

<sup>545</sup> Una vez realizada la inscripción no podrá rectificarse por inexactitud sino en virtud de resolución judicial, salvo que se trate de “errores puramente materiales o aritméticos que resulten del propio registro o de la mera confrontación con el documento en cuya virtud se haya practicado la inscripción” (art. 23 RD 116/1992). **SÁNCHEZ CALERO**: *Instituciones...*, v. II, p. 23, entiende que “desde el punto de vista jurídico, la inscripción no tiene eficacia constitutiva del valor, sino eficacia declarativa de su modo de estar representado. En efecto, el valor negociable (acción, obligación, etc.) nace tras su suscripción, que puede producirse en un momento anterior al de su registro contable (...) Lo que sucede es que, a partir del momento en que se produce la contabilización de los valores anotados, quedan sometidos al régimen específicamente previsto para ellos en la L.M.V. y en el R.D. 116/1999”.

reales” en anotaciones en cuenta, “deberán inscribirse estos en las cuentas correspondientes” (Disposición Transitoria Cuarta RD 116/1992). Una vez inscritos los derechos derivados de las anotaciones en cuenta, sus titulares tienen la posibilidad de ejercitarlos por medio de los certificados de legitimación (cfr. arts. 12.1 y 18.3 RD 116/1992), de alcance meramente legitimador (arts. 12.2º LMV y 20 RD 116/1992).

Concretamente, la afección de los valores anotados en cuenta en garantía del cumplimiento de una obligación se constituye mediante la inscripción de la constitución del gravamen en la cuenta correspondiente al propietario y a favor del acreedor. La inscripción de la prenda o del derecho de retención la practica la entidad encargada del registro cuando el derecho real quede suficientemente acreditado (arts. 39.1, 50 y 51 RD 116/1992)<sup>546</sup>.

En el caso de la prenda, el gravamen se inscribe cuando se presente documento público o documento expedido por una sociedad o agencia de valores acreditativo de la pignoración (art. 50.1 RD 116/1992), o cuando la entidad tenga constancia del consentimiento del acreedor y del pignorante, excepto que le conste que no existe título verdadero, válido y bastante para inscribir el derecho real, supuesto en el que no se practicará la inscripción (art.

---

<sup>546</sup> El sistema de registro no es el mismo según se trate de valores admitidos o no a negociación en mercados secundarios oficiales. Para los valores admitidos a negociación se prevé un sistema de registro doble, ya que existe un registro central a cargo del Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, y otros registros de las entidades adheridas. En el registro central se llevan dos cuentas, una que refleja el saldo del que sea titular en cada momento la propia entidad adherida (31.1, a) RD 116/1992) y otra que refleja el saldo global de los valores que la entidad adherida tenga registrados en sus cuentas a nombre de terceros (art. 30.1, b) RD 116/1992). Por tanto, en este registro no queda identificada la identidad del titular individual de los valores. En los registros de las entidades adheridas, que son con las que se relacionan los titulares de los valores, “se llevarán, con referencia a cada valor, las cuentas correspondientes a cada titular, que expresarán en todo momento el saldo de los que le pertenezcan” (art. 31.2 RD 116/1992). En consecuencia, es en estos registros donde ha de constar la información relativa a los derechos reales limitados u otro tipo de gravámenes que se constituyan sobre los valores anotados. Para los valores no admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales existe un sólo registro, único para cada emisión, cuya llevanza corresponde a la entidad que designada por la emisora (art. 45.1 RD 116/1992) y donde ha de quedar reflejado el saldo de los valores pertenecientes a cada titular, con los desgloses que sean procedentes (art. 47.1 RD 116/1992).

50.2 RD 116/1992). La LRLMV, en su Disposición Adicional Sexta, 2, recoge expresamente la posibilidad de constituir el derecho real limitado sobre valores anotados cotizados en mercados secundarios mediante la presentación de documento privado. Por tanto, como se aprecia, no cabe hablar de *traditio*<sup>547</sup> en su sentido físico ni resulta necesaria la escritura pública para la constitución de la prenda sobre valores anotados en cuenta<sup>548</sup>.

---

<sup>547</sup> Estos supuestos no se apartan del esquema tradicional prescrito en el artículo 609 CC sobre el título (art. 50 RD 116/1992) y el modo (arts. 9.1º LMV y 13.1 RD 116/1992) dado que la transmisión se realiza mediante el apunte contable, haciendo constar que un valor determinado queda gravado en favor de una persona. Igualmente, **DÍAZ MORENO**: “La prenda...”, p. 392; **MADRID PARRA**: “La circulación...”, p. 88. **GARCÍA-PITA LASTRES**: “Naturaleza...”, p. 64, entiende que no estamos ante un supuesto de *traditio ficta*: “¿se trata de una *traditio* material o real, o bien estamos ante una *traditio ficta*? A nuestro modo de ver, se trata de lo primero, porque, cuando se efectúa una transferencia de valores representados por anotaciones en cuenta, lo que se “da” y lo que se “recibe” es, precisamente, el mismo objeto, porque el valor negociable tabular *no existe fuera de su representación contable*, de forma que no cabe “fingir” su *traditio*. A decir verdad: no es la *traditio* lo que se ha espiritualizado, sino la propia cosa u objeto “*tradible*”.

<sup>548</sup> **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 197, también concluye la no necesidad de escritura pública para la constitución del gravamen, no obstante hacer la siguiente reflexión: “Sin embargo, queda un importante obstáculo por superar, que es como la LMV no se pronuncia sobre este tema, *podríamos estar ante un caso de extralimitación del desarrollo reglamentario de la Ley*. En efecto, si tenemos en cuenta el carácter esencial que tiene el requisito de la escritura pública para la regulación de la prenda en el Código Civil, parece que el silencio de la LMV debería haberse completado con el art. 1863 Cc. Sin embargo, no creemos que ésta sea la interpretación más adecuada (...) creemos que es preferible entender que, vistas las especialidades que presentan las anotaciones en cuenta, la LMV *dejó abierta* esta cuestión, que sólo ha sido resuelta por la *interpretación auténtica* que del tenor del art. 10 LMV han hecho los arts. 51 y 50 del RD 116/1992”. No obstante, el mismo autor, obra cit., p. 199, reconoce que “esta tesis, aunque soluciona el problema de la correcta constitución de la prenda, deja sin resolver el del procedimiento que deba utilizarse para su ejecución. Todo ello porque aunque se admita la constitución sin escritura pública, el art. 320 Cco sigue exigiendo el documento público para poder utilizar el procedimiento de ejecución previsto en el art. 322 Cco. Esta situación podría llevar a la paradoja de que en los casos en que la prenda de valores necesita de una ejecución más rápida se tuviese que acudir al procedimiento notarial previsto en el art. 1872 Cc”. Por otra parte, este mismo autor, obra cit., p. 183, niega que sea posible la constitución de la prenda “no ya sin necesidad de escritura pública, sino incluso sin necesidad de documento alguno” afirmación que basa en el artículo 50.4 RD 116/1992, según el cual “Las entidades deberán procurarse siempre la debida acreditación documental de la concurrencia de los consentimientos”. **CARRASCO PERERA**: *Tratado...*, p. 906, quien califica este extremo legal de caótico, supone que “En la práctica, dado que los acreedores serán en su mayoría entidades financieras, que seguramente serán igualmente entidades adheridas conforme al art. 76 RD 116/1992, exigirán normalmente que los valores se encuentren depositados en sus propios registros, para mayor seguridad del acreedor, lo que evitará los riesgos de una defectuosa calificación del contrato y de los bienes ignorados”.

En el caso del derecho real de retención, no basta, a mi juicio, con que el acreedor cumpla con el requisito de la comunicación notarial que establece el artículo 4.1. LDRG. En este caso, la comunicación notarial no resulta suficiente para constituir derecho real de retención sobre valores anotados en cuenta, aunque sí lo sea en el resto de supuestos. Entiendo que aquí también, igual que en la prenda, resulta aplicable el artículo 10 LMV, según el cual “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 entidad adherida o encargada está autorizada para practicar la correspondiente inscripción “cuando se presente documento público o documento expedido por una Sociedad o Agencia de Valores acreditativo del acto o contrato traslativo” (art. 51.1 con relación a art. 50.1 RD 116/1992). Tratándose de un derecho real de retención sobre valores anotados en cuenta, cuya constitución permite de forma expresa la LDRG (art. 7.4), la comunicación notarial a la que se refiere el artículo 4.1 LDRG es el documento público “acreditativo del acto o contrato traslativo”, porque esta eficacia le viene dada por la LDRG para las relaciones sometidas a su ámbito. La comunicación notarial es el “título verdadero, válido y bastante” que autoriza a la entidad encargada del registro correspondiente para practicar la inscripción del derecho de retención en la cuenta del titular del valor, constituyéndose así la garantía (art. 50.2 RD 116/1992). Si posteriormente se formula oposición judicial a la retención constituida (cfr. arts. 4.1 y 7.1 LDRG), la inscripción podrá ser modificada o cancelada atendiendo al resultado de la decisión judicial y en los términos en ésta contenidos<sup>549</sup>.

También respecto del derecho de retención, debido a su origen legal y a su constitución unilateral, no cabe pretender la colaboración del titular de los valores anotados “retenidos” para que preste su consentimiento a la práctica de la inscripción (cfr. art. 50.2 y 4 RD 116/21992), ni para que restituya su

---

<sup>549</sup> La decisión judicial consecuencia de la oposición a la decisión de retener no sólo ha de resolver sobre la existencia o inexistencia del derecho, sino que declarándolo existente puede fijar su extensión, reduciéndolo o ampliándolo según sea finalmente “la liquidación practicada y la determinación del importe de las obligaciones” (art. 4.1 LDRG).

certificado de legitimación, que permitiría el levantamiento de la inmovilización registral de los valores y la inscripción del derecho real (cfr. art. 21.1 RD 116/1992). Por ello, también cabría hacer una interpretación extensiva del inciso final del artículo 21.1 RD 116/1992, que permite a las entidades adheridas o encargadas dar curso a transmisiones o gravámenes o practicar las correspondientes inscripciones, cuando éstas “deriven de ejecuciones forzosas, judiciales o administrativas”, aunque los certificados de legitimación no hayan sido restituidos<sup>550</sup>.

El derecho de garantía mobiliaria sobre valores representados por anotaciones en cuenta queda constituido, como se ha dicho, una vez realizada la inscripción en la cuenta correspondiente (arts. 10.1º LMV y 13.1 RD 116/1992), con plena eficacia (arts. 10.2º LMV y 13.2 RD 116/1992). A partir de ese momento, los valores gravados se identifican e individualizan y dejan de ser fungibles con los valores no gravados correspondientes a una misma emisión y con las mismas características (art. 17.3 y 31.3 RD 116/1992)<sup>551</sup>. El acreedor podrá solicitar de la entidad encargada del registro que expida un certificado acreditativo de la existencia del derecho real constituido sobre los valores anotados así como de la identidad de su titular, y que le legitime para el ejercicio de su derecho (arts. 18 y 19 RD 116/1992). Una vez expedido el certificado de legitimación, los valores empeñados o retenidos quedaran registralmente inmovilizados (art. 21 RD 116/1992) y, en su caso, desglosados de la cuenta correspondiente (art. 18.2 RD 116/1992).

La “inmovilización registral de los valores” anotados a la que se refiere la legislación del mercado de valores (cfr. art. 21 RD 116/1992) no impide que puedan ser transmitidos, en determinadas condiciones. El propietario de los valores anotados afectados por un derecho real de garantía siempre puede transmitirlos, pero el adquirente no recibe la titularidad plena de ellos, sino que la recibe limitada por el gravamen, según conste “en los asientos del registro

---

<sup>550</sup> Sobre la naturaleza y efectos de los certificados de legitimación, véase CAP II, § 1, 2.3.4.



contable” (art. 9º.3 LM y 12.3 RD 116/1992). No obstante, según lo dispuesto en el artículo 39.2 RD 116/1992, una vez que los valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales se encuentren gravados y se haya procedido a su desglose “no podrán ser objeto de negociación a través de los sistemas de contratación que las Bolsas tengan establecidos”. Según este artículo 39, la transmisión del valor afectado por un derecho real limitado ha de inscribirse en el registro de la entidad adherida, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 50 y 51 del mismo cuerpo legal, quien practica la inscripción y el correspondiente desglose. Una vez efectuado el desglose, los valores gravados no pueden ser negociados a través de los sistemas de contratación que las Bolsas tengan establecidos, sino que las eventuales transmisiones de los mismos han de regirse por lo dispuesto en el artículo 38 RD 116/1992, especialmente previsto para las transmisiones de valores que deriven de operaciones liquidadas directamente entre las partes y para las transmisiones contempladas en el artículo 36.5 LMV<sup>552</sup>. Las sucesivas transmisiones de los valores gravados y desglosados “deberán notificarse a los organismos rectores del correspondiente mercado, en la forma que reglamentariamente se determine. En tanto no tengan lugar dichas comunicaciones, el adquirente no podrá negociar los correspondientes valores ni ejercer los derechos que los mismos comprendan” (38.2 RD 116/1992). A su vez, los organismos rectores de los correspondientes mercados “habrán de dar cuenta de ello a la Comisión Nacional del Mercado de Valores” (art. 36.6 LMV)<sup>553</sup>.

La transmisión voluntaria o forzosa de los valores anotados por causa distinta de la realización de la garantía ha de ser notificada al titular del derecho real, que deberá devolver el certificado de legitimación que tenga expedido a su

---

<sup>551</sup> Cfr. art. 2 RD 505/1987, para la Deuda Pública anotada.

<sup>552</sup> Art. 36.5 LMV: “Las transmisiones a título oneroso diferentes a las previstas en el número 1 anterior y las transmisiones a título lucrativo de valores o instrumentos financieros admitidos a negociación en un mercado secundario oficial no tendrán la consideración de operaciones del mismo (...)”.

<sup>553</sup> Por tanto, no es que los valores admitidos a negociación en mercados secundarios sobre los que recaiga derecho real de garantía no sean transmisibles, sino que su transmisibilidad se encuentra sometida a las condiciones especiales que establece el artículo 38 DR 116/1992.

favor, salvo que se trate de transmisiones que deriven de ejecuciones forzosas judiciales o administrativas, sin perjuicio de que pueda solicitar y obtener la expedición de uno nuevo donde figure la identidad del adquirente (art. 21.2 RD 116/1992)<sup>554</sup>. Como en los demás casos, la obligación de restituir el certificado decae cuando éste caduque, momento en que los valores dejan de estar inmovilizados.

Por otra parte, el propietario de los valores anotados no puede solicitar “la transferencia entre Entidades adheridas de valores sujetos a derechos reales limitados o gravámenes sin que lo solicite también el titular de los mismos o se acredite que concurre su consentimiento” (art. 41.3 RD 116/1992). Esta es una medida legislativa que no comparte la doctrina, por entender que si bien resulta lógico que el acreedor titular del gravamen conozca la transferencia, para saber a donde dirigirse en el ejercicio de su derecho, no lo es tanto que la transmisión de los valores dependa de su consentimiento, dado que, siendo sus intereses contradictorios con los del propietario, no será difícil que entren en conflicto<sup>555</sup>.

Los efectos de la inmovilización de los valores gravados se mantienen incluso producida la amortización de éstos, por subrogación real<sup>556</sup>. Si la amortización de los valores anotados se produce antes del vencimiento de la obligación con ellos garantizada, la garantía tendrá por objeto el capital devuelto por el emisor. El importe recibido como consecuencia de la amortización de los valores no se reembolsa a su propietario, sino que se retiene bloqueado (en una cuenta de "garantías en efectivo") y afecto al cumplimiento de la obligación asegurada en tanto no se acredite el levantamiento del gravamen real. Mientras esta situación se mantenga, el propietario

---

<sup>554</sup> Tratándose de valores cotizados, el artículo 36 LMV considera operaciones de un mercado secundario oficial la transmisión por título de compraventa; operación que deberán realizarse con la necesaria participación de un miembro del correspondiente mercado, bajo pena de nulidad.

<sup>555</sup> **SALINAS ADELANTADO:** *El régimen...*, p. 181.

<sup>556</sup> Véase CAP. II, § 3, 8.5.2.

no podrá disponer del importe retenido por causa de la amortización sin el consentimiento del acreedor<sup>557</sup>. Si la obligación garantizada vence antes de que se produzca la amortización de los valores anotados afectados por la garantía y el deudor incumple su obligación de pago, el acreedor podrá proceder a la enajenación de los mismos según lo previsto en los artículos 7 y 14 LDRG, si se trata de valores no cotizables, o según el procedimiento específico previsto en la legislación aplicable a esta materia, si se trata de valores sometidos a cotización oficial (arts. 7.4, 19.6 y 20 LDRG)<sup>558</sup>.

Esta situación de inmovilización se mantiene hasta que proceda la cancelación de la garantía por “consentimiento de su titular o la acreditación del hecho determinante de su extinción y, en su caso, la restitución de los certificados expedidos” (art. 51.2 RD 116/1992). Específicamente, la realización de la garantía sobre valores anotados supone la extinción del derecho real y, por tanto, el desbloqueo por esta causa de los valores.

## **9. “RÉGIMEN DE LA PRENDA CON RELACIÓN AL OBJETO EMPEÑADO”**

Es posible que por causa de una misma garantía se afecte un solo objeto o varios objetos determinados. En el primero de los casos el objeto individualmente afectado por la garantía responde del pago de la totalidad de la deuda, y sobre él se ejercitan las distintas facultades que se integran en el derecho real mobiliario. Pero cuando por una misma garantía se afecten dos o más objetos, la LDRG atiende no tanto al número de cosas afectadas ni a su

---

<sup>557</sup> **MANZANARES SECADES:** "Prenda...", p. 1401. **DÍAZ MORENO:** "La prenda...", p. 419, observa, además, que éste parece ser el criterio seguido por el artículo 17 de la Orden de 19 de marzo de 1987 y por la norma sexta de la Circular del Banco de España número 16/1987, de 19 de mayo, con referencia a la Deuda Pública anotada, así como el artículo 5 LHM y el 40 LCS que se refiere a las indemnizaciones que correspondan por razón de los bienes hipotecados o pignorados.

<sup>558</sup> Recuérdese que la normativa contenida en la LMV para las anotaciones en cuenta es de carácter general para todos aquellos valores que elijan la forma de representación contable, pero sólo en aquellos aspectos directamente relacionados con ésta, con independencia de que por sus propias características –negociabilidad y agrupación en emisiones- queden totalmente integrados en el ámbito objetivo de aquélla.

respectiva individualidad (cfr. art. 15.1 LDRG), sino al deseo de las partes y a la importancia que el conjunto pueda tener en el tráfico, por razones económicas y/o de mayor efectividad (cfr. arts. 15.2 y 16.3 LDRG). Se trata, pues, como dijo la LGP, de pasar “del concepto de «prenda de objeto» al de «prenda de valor» (Preámbulo III, 3º LGP), de anteponer el criterio de “valor” al de “cosa”, ya que la finalidad de la garantía se cumple no por ésta, sino por aquél.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 15 LDRG, dedicado al “Régimen de la prenda con relación al objeto pignorado”, “Cuando los objetos dados en prenda sean más de uno”, cabe distinguir cuatro especialidades distintas, según que las partes pacten o no la distribución de la responsabilidad real (art. 15.1 LDRG), según que mantengan la consideración del conjunto como un “único objeto de prenda” (art. 15.2 LDRG), o según lo configuren como “objeto unitario” (art. 15.3 LDRG). En cualquier caso, todas las normas contenidas en el artículo 15 LDRG responden al mismo principio rector, que es la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que sólo cuando éstas no establezcan nada en otro sentido, los criterios legalmente establecidos son los que resultan subsidiariamente aplicables.

### **9.1. La afectación de más de un objeto. La eliminación del principio de especialidad**

Cuando por razón de una misma garantía se afecte una diversidad de objetos la LDRG prevé una especialidad en el sistema de responsabilidad real. La hipótesis se encuentra prevista en el artículo 15.1 LDRG, que posibilita el establecimiento de un sistema de responsabilidad distribuida convencional. Según este precepto “Cuando los objetos dados en prenda sean más de uno, la persona deudora o, en el caso que sea distinta, la propietaria y la acreedora pueden fijar la parte de crédito que cada uno de ellos garantiza; en este caso, se entienden constituidos tantos derechos de prenda como objetos haya ” (cfr. art. 1860.4º CC, 119 LH y 216.1º RH).

La previsión contenida en el artículo 15.1 LDRG supone un cambio radical de criterio respecto del que informo el paralelo artículo 11.1 de la derogada LGP. En la LGP se establecía la obligación de que las partes en la prenda distribuyeran la responsabilidad pignoratícia entre los “diversos” objetos gravados por la misma garantía, en aplicación del principio de determinación o especialidad que caracteriza a los derechos de naturaleza real. Así, según el artículo 11.1 LGP, en estos supuestos “se ha de fijar”. Actualmente, la LDRG “elimina el principio de especialidad” por considerar que “en un sistema de publicidad que se basa principalmente en la posesión y, de forma secundaria, en la existencia de un instrumento público, el principio de especialidad puede ser de difícil concreción en la práctica. En este sentido, la distribución de responsabilidad entre los distintos objetos dados en prenda debe ser meramente voluntaria, en vez de venir impuesta por la Ley” (Preámbulo, 9º LDRG). En consecuencia, según la LDRG, cuando una garantía afecte a más de un objeto las partes pueden acordar el reparto de la responsabilidad de pago entre los mismos, de suerte que cada uno o alguno de los objetos responda sólo de la parte de crédito que le corresponda.

## **9.2. El sistema de responsabilidad solidaria<sup>559</sup>**

En la prenda de más de un objeto, las partes pueden convenir la distribución de la responsabilidad real fijando la parte de crédito de la que cada uno de ellos haya de responder (art. 15.1 LDRG). En consecuencia, las partes que lo prefieran pueden constituir la garantía de manera que todos y cada uno de los objetos afectados garanticen la obligación en su totalidad.

En principio, el cambio de criterio de la LDRG en favor de la flexibilidad, no imponiendo la necesidad de repartir la responsabilidad entre los distintos objetos afectados, parece oportuno en una garantía convencional, en la que las

---

<sup>559</sup> La expresión “solidaria” es propia de las obligaciones, aunque la práctica totalidad de la doctrina la utilice también para referirse a cierto supuesto de responsabilidad objetiva, que, quizás con más propiedad, podría llamarse de responsabilidad indistinta.

partes asumen libre y voluntariamente los acuerdos alcanzados, según convenga a sus intereses, con pleno respeto a la legalidad.

Sin embargo, la LDRG, no especifica el régimen que ha de regir el desenvolvimiento de la prenda cuando las partes no acuerden la distribución de la responsabilidad. Ante el silencio de la Ley cabe pensar en dos opciones: la responsabilidad conjunta, según la cual todos los bienes, en su conjunto, responden del cumplimiento de la obligación garantizada, de forma que el acreedor ha de ejercitar su derecho contra todos ellos a la vez; o la responsabilidad solidaria, también llamada “solidaridad objetiva”, que supone la posibilidad de hacer efectivo el crédito sobre el objeto u objetos del pignorante que el acreedor pignoraticio elija para la realización de su valor<sup>560</sup>.

En principio, relacionando los tres preceptos contenidos en el artículo 15 LDRG, entiendo que la segunda opción, la de la responsabilidad objetiva solidaria, es la que se impone. Esta conjetura se deduce de las previsiones de la propia LDRG, dado que el segundo y el tercer apartado del artículo 15 prevén la configuración de los objetos como un “único objeto” o como un “objeto unitario”, respectivamente, atribuyéndose en estos casos una responsabilidad conjunta o unitaria.

Si esto fuera así, significaría, a mi juicio, un retroceso importante respecto del sistema de garantías que vino a establecer la derogada LGP<sup>561</sup>. El

---

<sup>560</sup> **GONZÁLEZ LAGUNA, MIGUEL – MANZANO SOLANO, ANTONIO**, en **AAVV: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales**, dirigidos por **ALBALADEJO, MANUEL – DÍAZ ALABART, SILVIA**, t. VII, v. 6º, segunda edición, Edersa, Madrid, 2000, p. 413: “la hipoteca solidaria –en un concepto inducido de los arts. 119 y 123 L. H.- es aquella por la que quedan sujetas varias fincas simultáneamente en garantía de un mismo crédito, sin determinarse la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder, pudiendo el acreedor repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las fincas gravadas o contra todas ellas”.

<sup>561</sup> En una prenda solidaria el acreedor tendría derecho a distribuir el crédito entre los varios objetos, según su criterio, y a elegir libremente cuál de ellos quiere realizar, con lo que el resto de los acreedores posteriores dependerían de esa elección. Para evitarlo, la LGP aplicó los mismos criterios que en la legislación hipotecaria, que, como exponen **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL: Derecho Hipotecario**, t. IV, v. 2º..., p. 610, “Exige, pues, nuestra legislación hipotecaria que en este caso sea cumplido el *sistema de*

fundamento de la aplicación del principio de especialidad en estos supuestos se encuentra, precisamente, en el deseo de evitar la inseguridad jurídica que la responsabilidad objetiva solidaria supone, no tanto para el propietario de los bienes como para los terceros. En definitiva, el fundamento del principio de especialidad se encuentra en la protección del crédito y la circulación de los bienes. Se atiende al interés de que la garantía se encuentre especialmente delimitada respecto de los bienes gravados, de manera que sea posible conocer, no sólo de qué crédito responden, sino, también, cuál es la concreta responsabilidad que a cada uno se le asigna. De esta manera resulta más fácil y segura la disposición del objeto, tanto por su propietario, en la fase de seguridad de la garantía (cfr. art. 1869.1º CC), como por el acreedor pignoraticio que decida realizar su derecho y obtener el valor de los diversos objetos gravados procediendo a su venta (arts. 19 LDRG y 1872 CC). Especialmente, si uno de los objetos afectados por la prenda es enajenado vigente la garantía, el tercero adquirente conocerá la afección y su límite, que ciertamente deberá soportar, pero seguro, a la vez, de que de que no habrá de verse afectado por lo que acontezca respecto del resto del crédito no asignado al bien adquirido (cfr. art. 120 LH)<sup>562</sup>.

---

*responsabilidad hipotecaria distribuida* entre los varios elementos hipotecados, a base de responder cada uno de ellos de *una parte del crédito hipotecario, con sus accesorios*. Con ello queda rechazado el sistema opuesto de la *responsabilidad hipotecaria no distribuida*, en el que cada elemento hipotecario *responde por la totalidad del crédito hipotecario*, originándose la llamada *hipoteca solidaria*, denominada también a veces, en el antiguo Derecho hipotecario alemán, *hipoteca correal*". En el mismo sentido **ALBALADEJO: Derecho**, t. III..., v. 2º, p. 300, 52 quater: "nuestro Derecho rechaza las hipotecas solidarias, que, a semejanza de las obligaciones solidarias, se darían en caso de que para responder del cumplimiento de una misma obligación, se gravasen varias fincas con distintas hipotecas, de modo que todas respondiesen por el todo de la obligación asegurada (hasta su satisfacción completa), y el acreedor pudiese ejecutar a su voluntad cualquiera de las hipotecas hasta el cobro íntegro de su crédito"; **SANCHO REBULLIDA: Elementos...**, p. 339: "En tales hipótesis no cabe la llamada solidaridad objetiva (el crédito puede hacerse efectivo sobre la finca o fincas hipotecadas que elija el acreedor ejecutante) del Derecho histórico, que se consideraba una traba en el tráfico y consiguiente recesión del crédito territorial". Igualmente **CHICO Y ORTIZ: Estudios...**, p. 1438.

<sup>562</sup> En este sentido **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL: Derecho Hipotecario**, t. IV, v. 2º..., p. 619: "En conjunto, todo ello da a esta hipoteca (solidaria) un matiz de incertidumbre. Cada finca ha de temer en cada instante una ejecución por el total, con lo que, naturalmente, se hace más difícil realizar su valor, e incluso poder encontrar acreedores para ulteriores hipotecas, todos los cuales han de considerar en sus cálculos el riesgo de que la ejecución recaiga sobre la finca a ellos hipotecada, y haya de extraerse de su valor la suma total debida. Igualmente **SANCHO REBULLIDA: Elementos...**, p. 339; **CHICO**



En cambio, en la prenda solidaria, aunque en principio se apele a la libertad negocial de las partes, de ambas, de manera que puedan conseguir sus intereses a través del acuerdo libre y voluntario, lo habitual será que el acreedor haga prevalecer su interés, imponiendo al deudor una garantía solidaria que le permita retener todos los bienes empeñados hasta el completo pago de la deuda y dirigirse contra todos o cada uno de ellos, según su criterio, en la fase de realización de la garantía. Por su parte, el propietario de los bienes empeñados, que no puede volver a empeñar (art. 14.1 LDRG), no podrá recuperar ninguno de ellos en tanto no se levante el gravamen pignoraticio que, como se ha dicho, requiere el pago completo del crédito garantizado.

Por otra parte, la eliminación del principio de especialidad en estos supuestos obedece, según la LDRG, a la dificultad de concretar en la práctica el reparto de la responsabilidad real en un sistema de publicidad que, como el de la prenda, se basa principalmente en la posesión de la cosa (Preámbulo, 9º LDRG). Sin embargo, aunque sea cierto que la dinámica del Registro y los efectos de su publicidad demandan la aplicación del principio de especialidad, no es menos cierto que en un sistema de publicidad basado en la posesión –en ocasiones tan espiritualizada como la que corresponde a la prenda sobre ciertos derechos (cfr. arts. 10 LMV y 13 RD 116/1992)- resulta todavía más adecuado velar por la seguridad jurídica, en interés tanto de las partes como de terceros, ya que este sistema no se encuentra protegido por la fe pública registral.

Por todo ello, entiendo que si la LDRG diseñara en este punto la prenda solidaria estaría acogiendo un recurso desproporcionado en interés del acreedor, que no se justifica ni en el principio de libertad contractual, ni en el sistema de publicidad en que se basa la garantía pignoratícia. Considero que, cuanto menos, el propietario de los bienes ha de tener la posibilidad de poder ir recobrándolos y, por tanto, de reducir su garantía paulatinamente, a medida

que el crédito garantizado se vaya reduciendo. De esta manera quedan igualmente protegidos los intereses del acreedor, que no han de ser más que el cumplimiento íntegro de la obligación, y los del deudor, que tiene mayor posibilidad de disponer libremente de su objeto y volver a afectarlo en garantía (cfr. art. 14.1 LDRG; arts. 2 y 55.2 LHM)<sup>563</sup>.

Probablemente, para paliar los inconvenientes que conlleva una prenda solidaria, la LDRG introduce el artículo 19.7, según el cual “Si los objetos dados en prenda son varios, la persona deudora puede exigir que su realización finalice cuando la enajenación de algunos de los objetos ya haya cubierto la deuda garantizada y los gastos de la ejecución”. En este precepto la LDRG, por descuido o intencionadamente, emplea la expresión “objetos diversos” que la LGP utilizó en su artículo 11.1 para referirse a la prenda de “más de un” objeto. Esta circunstancia coadyuva en la interpretación del artículo 19.7 LDRG, en el sentido de que cuando la prenda grave varios objetos, “mas de uno”, y el precio obtenido en la realización del valor de alguno o algunos de ellos resulte suficiente para cubrir el total del crédito garantizado más los gastos originados por el procedimiento, la venta se dará por terminada porque “la realización de la garantía” habrá finalizado con éxito.

En definitiva, se entiende que la realización de la garantía ha de ser exactamente eso: la obtención del valor suficiente para forzar el cumplimiento del crédito garantizado, al menor coste posible (cfr. Preámbulo, 6º LDRG). Proceder a la enajenación de todos los objetos sólo está justificado cuando ello resulte absolutamente necesario para cubrir el crédito en su totalidad o cuando el valor de los objetos empeñados, en su conjunto, fuera superior al de la suma del valor de cada uno de ellos (cfr. arts. 15.2 y 15.3 LDRG)<sup>564</sup>. Si estas circunstancias no se dan, resulta un exceso y, por tanto, una medida

---

<sup>563</sup> Como indica **FUGARDO ESTIVILL**: “Consideraciones...”, p. 358, “cabe presumir que raramente se planteará el acreedor dicha «exigencia», pues esta cuestión le resulta indiferente y, en su caso, en la realización del valor siempre preferirá que «sobre» dinero a quedarse corto”.

<sup>564</sup> Del mismo parecer **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 365; **FUGARDO ESTIVILL**: “Consideraciones...”, p. 357.

injustificada proceder por la totalidad de los objetos empeñados, lo que puede suponer un grave perjuicio para su propietario sin reportar ningún beneficio para el acreedor, quien habrá de entregar el remanente a quien corresponda (cfr. arts. 19.4, d) y 19.9 LDRG).

Con este entendimiento, el artículo 643 LEC dispone en el mismo sentido que “La subasta tendrá por objeto la venta de uno o varios bienes o lotes de bienes, según lo que resulte más conveniente para el buen fin de la ejecución” (art. 643.1), y que “No se convocará subasta de bienes o lotes de bienes cuando, según su tasación o valoración definitiva, sea previsible que con su realización no se obtendrá una cantidad de dinero que supere, cuando menos, los gastos originados por la misma subasta” (art. 643.2 LEC).

En definitiva, el artículo 19.7 LDRG, lo mismo que el artículo 643 LEC, permite que, aunque la subasta se celebre en un solo acto, los bienes puedan venderse por separado o formando lotes, siempre que sea previsible que el precio que se obtenga de su venta será suficiente para cubrir la deuda garantizada más los gastos del procedimiento. Como observa la doctrina, el lote sólo debería formarse cuando sea previsible que el precio del mismo superará al precio que se obtenga de la venta separada de cada uno de sus componentes<sup>565</sup>

A mi parecer, la novedad introducida en el artículo 19.7 LDRG es un ejemplo de ponderación y equilibrio entre las necesidades de la garantía y el interés a que la misma sirve.

---

<sup>565</sup> FUGARDO ESTIVILL: “Consideraciones...”, p. 358.

### **9.3. El sistema de responsabilidad distribuida**

#### **9.3.1. El acuerdo de distribución**

Cuando se entregue en prenda más de un objeto las partes pueden convenir la distribución de la responsabilidad pignoraticia especificando la parte de crédito que a cada uno de los objetos corresponda (art. 15.1 LDRG). El acuerdo de distribución al que lleguen las partes en la prenda puede alcanzar a todos los bienes gravados o sólo a uno o algunos de ellos. En el primer caso a cada bien se le asigna una parte de la responsabilidad, de forma que la suma de todas ellas coincide con el valor del crédito asegurado –o el máximo establecido (cfr. art. 13.2 y 3 LDRG). En el segundo supuesto, sólo alguno o algunos de los bienes responde de una parte cierta del crédito garantizado, mientras que el resto responde solidariamente de la parte de deuda que no haya sido especialmente asignada en el reparto<sup>566</sup>.

Las partes en este tipo de prenda pueden acordar la distribución de la responsabilidad real como mejor les convenga. La LDRG no obliga a las partes a fraccionar la responsabilidad de forma proporcional al valor de cada objeto, por lo que pueden proceder con entera libertad<sup>567</sup>. Igualmente, es indiferente a la distribución tanto el carácter mancomunado o solidario del crédito u obligación pluripersonal, así como que los bienes pertenezcan a un mismo propietario o a varios o que estén inscritos en distintos registros<sup>568</sup>.

El acuerdo puede de ser previo, coetáneo o posterior a la constitución de la prenda, y, ha de constar en forma solemne para que tenga efectos frente a

---

<sup>566</sup> Este podría ser el supuesto en el que, entre los distintos objetos afectados por la garantía, uno de ellos destacara por su alto valor o importancia, y se decidiera responsabilizarle del pago de una parte concreta del crédito, sin hacer mención alguna respecto de la responsabilidad de los demás objetos.

<sup>567</sup> Véase lo señalado para la hipoteca por **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario***, t. IV, v. 2º..., p. 621; **GONZÁLEZ LAGUNA – MANZANO SOLANO: *Comentarios...***, p. 411

<sup>568</sup> Véase lo señalado para la hipoteca por **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario***, t. IV, v. 2º..., p. 611.

terceros (art. 12.2 LDRG). No obstante, cuando se trate de prendas constituidas en garantía de títulos al portador o constituidas por la sola disposición del propietario la distribución la hace el constituyente, de forma unilateral. En estos casos, aunque pueda decirse que el tenedor del título o el sucesor acepten con la prenda la distribución realizada, considerándose entonces que concurre su voluntad tácita, en realidad, se adhieren a una distribución previamente efectuada<sup>569</sup>.

La LDRG prevé el pacto de distribución de la responsabilidad cuando de inicio se entregue en prenda más de un objeto. Es posible, no obstante, que la cosa gravada se divida posteriormente, en cuyo caso la garantía afectará solidariamente a los distintos objetos resultantes de la división, de manera que el titular del derecho real podrá repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de los objetos resultantes de la división o contra todos a la vez (cfr. art. 123 LH). No obstante, las partes pueden siempre acordar el fraccionamiento de la responsabilidad y repartirlo entre los objetos en que el inicialmente único ha quedado dividido, aunque el acuerdo sólo será oponible a terceros desde que conste en instrumento público (art. 12.2 LDRG).

En cualquier caso, cuando una parte de la responsabilidad real fraccionada afecte a algún objeto cuyas circunstancias hayan de ser publicadas en un registro específico (acciones, participaciones sociales,...) deberá hacerse constar también en ese registro la parte de crédito de la que en concreto responden (cfr. art. 246 LH). Tratándose de valores anotados en cuenta, la distribución objetiva de la responsabilidad deberá hacerse constar a través de la correspondiente inscripción registral practicada de conformidad a lo dispuesto en los artículos 50 y 51 RD 116/1992.

---

<sup>569</sup> **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL:** *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., p. 621, con relación a la Hipoteca: "No cabe hacer otra cosa en estos supuestos, pues, por ejemplo, en los títulos-valores al portador queda constituida la hipoteca a favor de los *tenedores* de las obligaciones, siendo estas personas indeterminadas y desconocidas en el momento de la constitución de la garantía. Claro que cabe decir que al adquirir los títulos, dichos tenedores ya aceptan la distribución, considerándose hecha ésta mediante acuerdo tácito; pero con todo, no hay más que una adhesión a una distribución previamente efectuada". Igualmente, **CHICO Y ORTIZ:** *Estudios...*, p. 1484.

La posibilidad de acordar el fraccionamiento de la responsabilidad real entre los diversos objetos afectados por la garantía se encuentra legalmente prevista sólo para el supuesto en que se constituya un derecho real de prenda, pero no para el derecho de retención, lo cual es del todo lógico considerando el origen convencional de aquélla y el legal y unilateral de éste (cfr. art. 3 con relación a los arts. 15.1 12 LDRG). En la prenda, la LDRG faculta a las partes para distribuir la responsabilidad real entre los distintos objetos afectados atendiendo al origen convencional y, por tanto, sin oposición a la constitución de la garantía, que las partes constituyen, en beneficio de ambas. En cambio, los caracteres de constitución unilateral y de oposición a la devolución del derecho real de retención probablemente impidan o, cuanto menos, dificulten un acuerdo en este sentido. La poca probabilidad de que el retenedor y el propietario alcancen un pacto en este sentido hace que legalmente se prescindiera de la posibilidad y que esta garantía se configure inicialmente en un sistema de responsabilidad solidaria. Sin embargo, esta configuración inicial no impide un posterior acuerdo entre las partes. Es decir, lo que en el derecho de retención se elimina es el consentimiento de aquél que tenga el poder de disposición sobre la cosa (cfr. art. 12.1, a LDRG), sustituido por el título que la misma Ley crea, en orden a la constitución del derecho. Pero el silencio de la LDRG en este punto no limita la autonomía de la voluntad de las partes afectadas por la garantía, quienes podrán acordar un sistema de responsabilidad distribuida siempre que lo consideren conveniente.

En el derecho de retención, si las partes llegan a un acuerdo para distribuir la responsabilidad entre los diferentes objetos retenidos resultará también necesario proceder previamente a la valoración individual de los mismos, para determinar, finalmente, la cantidad concreta de la que cada uno responde. En previsión de ello, sería conveniente que el constituyente de la retención interesado en el reparto adjuntara a la notificación notarial una propuesta de distribución de la responsabilidad real, que sólo vincularía al propietario si éste la aceptara expresamente. En ningún caso es posible valorar

el silencio del propietario como un acuerdo a la distribución unilateralmente practicada (cfr. art. 4.1 LDRG). Si el destinatario de la comunicación no acepta la propuesta, lo mismo que si se opondrá, el acreedor habrá de ejercitar su derecho sobre el conjunto de los bienes retenidos. No obstante, no es imposible que notificada al propietario la decisión de retener éste se avenga a ella y decida, no sólo no oponerse, sino facilitarla (p.e. porque no disponga de otro medio de pago). También en el derecho de retención las partes pueden acordar la distribución con entera libertad, sin necesidad de ajustarse al criterio de proporcionalidad.

### **9.3.2. Efectos de la distribución**

#### **9.3.2.1. En cuanto a la indivisibilidad del crédito y de la garantía**

Una vez fijada la parte de crédito que corresponda a cada uno de los objetos afectados por la garantía “se entienden constituidos tantos derechos de prenda como objetos haya” (art. 15.1, final LDRG). Parece, pues, que en este supuesto la LDRG sienta una excepción al principio de indivisibilidad de la garantía<sup>570</sup>. Sin embargo, a pesar de la apariencia, el principio de indivisibilidad no queda tampoco alterado en estos supuestos específicos, como más adelante se argumenta.

---

<sup>570</sup> En realidad la excepción al principio de indivisibilidad de la garantía sirve al mantenimiento del principio de especialidad. Así es como lo entienden para la hipoteca **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL: Derecho Hipotecario**, t. IV, v. 2<sup>º</sup>..., p. 614, para quienes “La indivisibilidad, como fuente de la solidaridad, no es de *esencia* en la hipoteca, como lo es en la servidumbre. La indivisibilidad de la hipoteca no es algo constitucional, pues se produce más bien que por su propia naturaleza, por determinación de la ley, al objeto de la mayor utilidad del acreedor, o sea, del eficaz aseguramiento del crédito y tan sólo por el lado pasivo de la hipoteca”; mientras que “El principio de especialidad, con su criterio de registración por fincas, exige la distribución o concreción de la responsabilidad hipotecaria sobre cada una de ellas. La finca es la unidad registral; ella ha de estar bien individualizada, y a la vez la extensión del derecho real sobre la misma ha de ser bien determinada. Esta determinación, que rige para el dominio y los derechos reales, debe actuar específicamente en la hipoteca. Es, pues, necesario que con relación a cada finca se concrete la cantidad en que la hipoteca la afecta”. La misma idea en **CHICO Y ORTIZ: Estudios...**, p. 1483; **GONZÁLEZ LAGUNA – MANZANO SOLANO: Comentarios...**, p. 407.



El principio general de indivisibilidad de la garantía se encuentra expresamente proclamado en el artículo 14.2 LDRG, según el cual “La garantía es indivisible, aunque se dividan el crédito o la deuda” La indivisibilidad pretende el mantenimiento de la garantía, que ha de permanecer inalterada en los términos en que se constituyó hasta la total satisfacción del crédito asegurado. En aplicación de este principio resulta intrascendente tanto la eventual división física de la cosa como la jurídica de la obligación, de forma que, a pesar de ello, la garantía subsiste íntegra y el bien o bienes gravados continúan respondiendo en su totalidad de la totalidad de la obligación asegurada y de cada una de sus partes<sup>571</sup>.

Para defender el respeto a la indivisibilidad en la prenda, que parece contradicho en los supuestos de distribución objetiva de la responsabilidad, un sector doctrinal considera que se trata de una nota que si bien beneficia el buen desenvolvimiento de la garantía, no es una característica esencial, sino natural a la prenda, por lo que puede ser objeto de supresión por pacto o renuncia<sup>572</sup>. A partir de esa idea, parte de la doctrina mantiene la tesis de que cuando existen varias cosas empeñadas en seguridad de distintas porciones de crédito “no cabe hablar de una sola garantía ni de una única obligación, sino que, por el contrario, ha de considerarse que existen tantas obligaciones cuantas sean las porciones en que se ha dividido el crédito y el mismo número de derechos reales de garantía. No cabe por ello hablar de excepción al principio de indivisibilidad de ésta, pues, en realidad, nace ya dividida”<sup>573</sup>.

---

<sup>571</sup> **SCAEVOLA:** *Código...*, p. 317; **MANRESA Y NAVARRO:** *Comentarios...*, p. 532; **CASTÁN TOBEÑAS:** *Derecho...*, p. 473; **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 463; **MEJÍAS GÓMEZ:** *Prenda...*, p. 119.

<sup>572</sup> **SCAEVOLA:** *Código...*, p. 318; **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 464; **MEJÍAS GÓMEZ:** *Prenda...*, p. 119.

<sup>573</sup> **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 465. Este mismo autor, obra cit., p. 466, aclara que “existiendo desde el momento mismo de su constitución varios derechos reales de garantía, carece de sentido aplicar las consecuencias de la indivisibilidad que presupone la existencia de un solo vínculo de prenda o hipoteca y no una pluralidad de ellos y que, en suma, persigue impedir que se divida lo que está unido, o las consecuencias de esta división, y no unir lo que ya inicialmente aparece dividido”. **SÁNCHEZ ROMÁN:** *Estudios...*, t. III, p. 778: “cualquiera que sea la *unidad del crédito*, por la totalidad de las parte del mismo garantizadas separadamente y por la identidad de personas de acreedor y deudor, para la constitución de las garantías pignoraticias ó

Sin embargo, el principio de indivisibilidad de la garantía puede también defenderse en este supuesto, desde otro punto de vista: entendiendo que la distribución de la responsabilidad no conlleva ni la división del crédito ni la de su garantía, es decir, negando que el artículo 15.1 LDRG establezca que existen tantos derechos de prenda como objetos se afecten. La LDRG sólo dice que “se entienden constituidos”, no que se constituyan. Por tanto, el reparto de la responsabilidad real sólo trae como consecuencia la existencia de un gravamen fraccionado en tantas partes como objetos se encuentren afectados por la misma garantía. Esto es, cuando la LDRG habla de “parte de crédito” es porque existe *una sola obligación* cuyo cumplimiento se garantiza con un *sólo derecho real* que recae sobre *varios objetos*, respecto de los cuales únicamente la responsabilidad es la que se fracciona e individualiza, de forma que *han de entenderse constituidas, no que se constituyan*, tantas garantías como objetos existan<sup>574</sup>. A este argumento podría añadirse que sólo existe una

---

hipotecarias y á los fines de dicho carácter de *indivisibilidad*, se trata no sólo de una, sino de varias relaciones jurídicas de prenda é hipoteca, en cada una de las cuales es donde será preciso que la nota de *indivisibilidad* se cumpla; pero no en todas ellas, cualesquiera que sean los motivos que además las ofrezcan *exteriormente* bajo cierta especie de *conjunción*. Lo uno es tan indispensable como vicioso sería lo otro”; **SCAEVOLA: Código...**, p. 320: “Ni se trata de un solo crédito, ni se trata de una hipoteca o una prenda. Por el pacto y por el juego de una novación pactada y expresa, han surgido diversos créditos, diversas correlativas obligaciones y diversas garantías”. De la misma opinión **MANRESA Y NAVARRO: Comentarios...**, p. 533.

<sup>574</sup> Esta misma tesis es la que se acoge respecto de la hipoteca en la RDGRN de 1 de octubre del 2001: “es evidente que el reforzamiento de un crédito con la garantía hipotecaria de varias fincas y la consiguiente determinación de la parte del gravamen de que cada una de éstas debe responder (por exigirlo así el artículo 119 Ley Hipotecaria), no implica división del crédito asegurado en tantos créditos como fincas se dan en garantía; el crédito conserva su unidad originaria y con ella la facultad del acreedor de excluir pagos parciales (cfr. artículo 1169 Código Civil) y la facultad de exigir el todo al deudor (cfr. 1157 Código Civil)” (FD Segundo); “cuando el acreedor insta a través del procedimiento judicial sumario la ejecución de las fincas dadas en garantía, no está haciendo valer hipotecas diferenciadas de créditos independientes, sino la garantía real única de un único crédito; está persiguiendo la satisfacción de ese crédito frente a las varias fincas que lo garantizan” (FD Tercero). Al respecto **GONZÁLEZ-MENESES, MANUEL**: “Comentario a la Resolución de la DGRN de 1 de octubre del 2001” *La Notaria*, noviembre-diciembre 2001, nº 11-12, pp. 205 a 210. **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL: Derecho Hipotecario**, t. IV, v. 2º..., p. 631: “La cuestión de la trascendencia que sobre la unidad del crédito asegurado pueda tener la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las varias fincas hipotecadas por razón del mismo, hay que resolverla en el sentido de que, la regla general es que tal distribución o reparto de la suma de responsabilidad real *no divide el crédito*, o sea, *no destruye la unidad del crédito total garantido*”. Estos autores, obra cit., pp. 632 y ss., fundamentan esta

prenda porque, de querer varias, las partes hubieran podido constituir tantas como objetos a afectar.

### 9.3.2.2. En cuanto a la facultad de retener

Según dicen los artículos 6.1 y 18.1 LDRG, el acreedor puede negarse a la restitución del objeto afectado por la garantía en tanto no haya cobrado totalmente el crédito garantizado. En consecuencia, y sin perjuicio de lo que en su momento se dirá, el propietario no puede exigir la devolución de la cosa gravada, ni siquiera de parte de la misma si fuera divisible, mientras no haya sido satisfecho íntegramente el crédito garantizado, aunque lo hubiera sido en su mayor parte.

Sin embargo, en el caso específico de que los objetos afectados por la garantía sean “más de uno”, donde cada uno de ellos responde únicamente de la parte del crédito que le ha sido asignada, ¿es posible que una vez pagada la parte correspondiente a uno de los objetos su propietario pueda recuperarlo, aunque el resto del crédito no haya sido satisfecho todavía? (cfr. art. 1860.5º CC). La cuestión surge si se tiene en cuenta que el acuerdo de distribución

---

afirmación en una serie de consideraciones, alguna de las cuales, trasladables a la prenda, se reproducen brevemente: “Que a la Ley Hipotecaria no le preocupa en ningún modo la división del crédito, sino la concreción de la responsabilidad hipotecaria”; que tanto el artículo 117 como el 124 LH aluden a la existencia de un solo crédito; “Que limitada la competencia de la legislación Hipotecaria al sector de los derechos reales, y concretamente en este caso a los problemas de *responsabilidad, afección o gravamen hipotecario*, no altera en lo más mínimo el Derecho de obligaciones, dejando intacto, por consiguiente, todo cuanto haga específica referencia al *crédito*”; que del artículo 123 LH “sólo cabe extraer “la norma de que es factible que *la distribución se efectúe incluso en el crédito hipotecario*, pero no prohíbe de modo alguno que tal distribución se concrete a la garantía”. **MANRESA Y NAVARRO: Comentarios...**, p. 533, reconoce que los autores de la Ley Hipotecaria permitieron el pacto de distribución de la responsabilidad en interés del crédito territorial y que: “A este fin responde el artículo 119 de dicha ley, que de hecho estableció la distribución de la garantía entre los varios bienes hipotecados, mediante cuya división o distribución el acreedor no puede repetir contra ellos, con perjuicio de tercero, más que por la cantidad de que responda cada uno, sin que por eso pierda su condición de indivisible la hipoteca, pues como consecuencia del principio de la indivisibilidad subsiste íntegra la misma, a pesar de dicha distribución sobre la totalidad de los bienes hipotecados, mientras no se cancele, aunque se reduzca la obligación garantizada y sobre cualquier parte de ellos que se conserve, aunque la restante haya desaparecido”.

objetiva de la responsabilidad no tiene por qué implicar necesariamente la autorización del acreedor para que el deudor efectúe pagos parciales<sup>575</sup>.

En el ámbito del Código Civil la cuestión está resuelta en sentido afirmativo, atendiendo al contenido del artículo 1860.5º CC, según el cual “El deudor tendrá derecho a que se extinga la prenda o la hipoteca a medida que satisfaga la parte de deuda de que cada cosa responda especialmente”. Igualmente, en el ámbito hipotecario a tenor del artículo 124 LH que admite la posibilidad de cancelación parcial de la hipoteca, cuando se hubiera pagado la parte del crédito con que alguna de las fincas estuviera gravada (cfr. art. 80.2º LH). Pero no existe en la LDRG un precepto que se refiera expresamente a la recuperación del objeto pendiente parte de la deuda. No obstante, aunque la LDRG no se exprese en este sentido, considero que también lo permite al disponer que “se entiende constituidos tantos derechos de prenda como objetos haya”. Es decir, entiendo que fraccionada la responsabilidad con relación a los objetos afectados, cualquiera de éstos podrá ser recuperado por su propietario si se satisface la parte que le ha sido asignada, como si de una única garantía se tratara. Esta solución no contradice lo dispuesto en el artículo 1169 CC, según el cual “A menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación”, porque el acreedor, al prestar su consentimiento a la constitución de este tipo de garantía, acepta su funcionamiento y asume la posibilidad de que el crédito se pague de forma fraccionada, de acuerdo con las asignaciones estipuladas en relación con cada uno de los objetos afectados<sup>576</sup>.

---

<sup>575</sup> Así lo entienden **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL: Derecho Hipotecario**, t. IV, v. 2º..., p. 633.

<sup>576</sup> **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL: Derecho Hipotecario**, t. IV, v. 2º..., p. 633, consideran que no existe ninguna contradicción entre los artículos 124 LH y 1169 CC: “cuando el art. 124 de la ley, así como la jurisprudencia, hablan del indiscutible derecho de exigir la cancelación parcial de la hipoteca que grava una de las varias fincas en que ha sido distribuida, *cuando se haya pagado* la cantidad con que la misma ha sido gravada, no se quiere significar que esto modifique dicho artículo 1.169 del Código civil, sino simplemente que cuando el acreedor ha aceptado voluntariamente el pago de dicha cantidad, estará obligado a consentir la cancelación parcial de la responsabilidad hipotecaria de la finca respectiva. Tanto este precepto como la jurisprudencia que lo

Así pues, la distribución de la responsabilidad real entre los diversos objetos gravados por la garantía afecta, también, al desenvolvimiento de la facultad de retener que la LDRG atribuye al titular del derecho real (arts. 6.1 y 18.1), quien no puede mantenerse legítimamente en la posesión del objeto individualizado una vez satisfecha la parte del crédito que a éste le ha sido asignada. Efectuado el pago parcial correspondiente, el acreedor no puede negarse a la devolución de ese objeto alegando que todavía no ha cobrado el resto del crédito garantizado; resto que continúa específicamente asegurado con los demás bienes retenidos, según su concreta asignación. En este punto, la garantía sobre “más de un objeto” presenta una especialidad en la forma de ejercitar la facultad de retención respecto de la norma general establecida en los artículos 2.1, a), 6.1 y 18.1 LDRG, porque, como se ha dicho, el acreedor no puede retener la posesión del objeto liberado “hasta que le sea pagado totalmente el crédito garantizado”<sup>577</sup>.

Por el pago correspondiente el objeto afectado al mismo queda totalmente liberado del gravamen de la garantía, incluso aunque el acreedor no logre posteriormente cobrar el resto de su crédito porque el valor del resto de los objetos resulte insuficiente para cubrir la totalidad del importe de la deuda. El propietario puede reclamar la devolución del objeto y, en su caso, la cancelación registral de la garantía (p.e. en el caso de valores anotados) una vez efectuado el pago parcial del crédito. El acreedor no puede mantener su retención en previsión de que, finalmente, no consiga cobrar la totalidad del crédito, al objeto de proceder a su realización para el cobro de la diferencia. No obstante, efectuado el pago parcial del crédito y devuelto el objeto especialmente afectado a esa parte, la garantía no se extingue, sino que se mantiene en seguridad del resto del crédito. La extinción de la garantía por

---

interpreta, presuponen como ya aceptado el pago de dicha cantidad”. En el mismo sentido, **CHICO Y ORTIZ**: *Estudios...*p. 1488; **BLASCO GASCÓ**: *La hipoteca...*, p. 249.

<sup>577</sup> No es una excepción, sino una especialidad en la forma de ejercitar la facultad de retención, puesto que el acreedor puede seguir reteniendo el resto de los bienes que aseguran el cumplimiento hasta que cobre la parte de crédito que en concreto cada uno de ellos garantiza y del que responden.

pago sólo tendrá lugar cuando se satisfaga totalmente el crédito que asegura (cfr. art. 122 LH)<sup>578</sup>.

### **9.3.2.3. En cuanto a la aplicación del valor de cada uno de los objetos afectados por la garantía**

La proyección del pacto de distribución de la responsabilidad en la fase de ejecución está mediatizada por la existencia de terceros, de manera que en caso de que éstos no existan la distribución efectuada no produce efectos y el acreedor se encuentra facultado para aplicar a su crédito el valor de cualquiera de los distintos objetos, no sólo por su porción respectiva de responsabilidad, sino por el importe íntegro que se obtenga de su realización<sup>579</sup>. Es decir, mientras no existan terceros interesados, si el valor conseguido en la realización de la cosa no basta para cubrir el crédito asegurado, el titular de la garantía puede dirigirse contra el resto de los bienes para el cobro de lo que le falta. Esto significa que, no habiendo terceros, la regla de la distribución no funciona, de forma que se aplica el sistema de responsabilidad solidaria entre todos los bienes afectados. Interesa, entonces, analizar los efectos del pacto de distribución en el supuesto de existencia de terceros (cfr. arts. 120 y 121 LH).

---

<sup>578</sup> Si se considera que en estos casos existen pluralidad de garantías, la extinción será total, de cada una de ellas.

<sup>579</sup> Por tanto, cuando exista algún tercero interesado no podrá aplicarse al pago del crédito más cantidad que la asignada a cada objeto al efectuar la distribución de la responsabilidad, y ello aunque el objeto en cuestión se enajene por un precio superior, porque el posible exceso de precio debe quedar siempre a disposición de ese tercero o de los terceros (cfr. art. 692.1.1º LEC). Pero entre acreedor y deudor cada uno de los objetos afectados por la garantía responde de la totalidad de la deuda asegurada, con independencia del máximo de responsabilidad que se le hubiera asignado en la distribución (cfr. art. 692.1.2º LEC). En este sentido, en relación a la hipoteca, decide la RDGRN de 1 de octubre del 2001, FD Tercero. **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL: Derecho Hipotecario**, t. IV, v. 2º..., p. 628: "De los arts. 120 y 121 de la ley se deduce que la limitación o concesión sobre cada finca, de la cantidad o parte del gravamen de que responde, sólo actúa a los efectos de terceros. Luego, si con posterioridad a la hipoteca no se hubiere otorgado ninguna enajenación o gravamen, aquella limitación de la responsabilidad hipotecaria queda inoperante entre los contratantes, funcionando la hipoteca entre ellos como si fuera solidaria. La distribución es para garantía de terceros adquirentes; si éstos no existen no hay razón para que dicha garantía funcione". Igualmente **CHICO Y ORTIZ: Estudios...**, p. 1487; **BLASCO GASCÓ: La hipoteca...**, p. 237.

En caso de incumplimiento, el titular de la garantía puede realizarla y proceder a la enajenación de cada uno de los objetos gravados en seguridad del mismo crédito, cuyas responsabilidades se correspondan con la parte incumplida de la obligación<sup>580</sup>. De proceder contra más de un objeto (cfr. art. 19.7 LDRG), el valor de los mismos puede realizarse por separado, si se considera conveniente –para facilitar su enajenación–, pero el procedimiento legalmente establecido al efecto ha de instarse de una vez, siempre y cuando no se encarezca de forma que perjudique al propietario<sup>581</sup>. El acreedor no puede proceder a la enajenación de parte de los objetos gravados y continuar con la retención de los restantes, obligando al deudor a sufragar los gastos de más de un procedimiento (cfr. arts. 7.3, c); 9, 19.4, c); y 19.9 LDRG). El acreedor puede decidir sobre la conveniencia de realizar su derecho de garantía. Pero si decide proceder habrá de hacerlo con la finalidad de extinguir su crédito o reducirlo al máximo en aquello que fuera posible. Este es el objetivo de la garantía, que no ha de ser "utilizada" con otra finalidad que beneficie a su titular -o perjudique al deudor- más allá de los límites legalmente establecidos (cfr. arts. 6.2 y 18.2 LDRG). En este mismo sentido, la realización de la garantía se dará por concluida cuando el valor obtenido de la enajenación de alguno o algunos de los objetos resulte suficiente para cubrir la deuda y los gastos de procedimiento devengados (art. 19.7 LDRG).

Realizado el valor, el acreedor sólo puede cobrarse por cada uno de los objetos el importe de la responsabilidad que concretamente le haya sido asignado. Si el importe obtenido en la realización de cualquiera de los objetos excede del límite de su concreta responsabilidad, el propietario debiera poder elegir entre recibir el exceso (cfr. arts. 7.3, e); 9, 19.4, d) y 19.9 LDRG) o aplicarlo a la liberación de cualquier otro objeto gravado por la misma garantía,

---

<sup>580</sup> Véase CAP III, § 5.

<sup>581</sup> De considerarse que existen tantas garantías como objetos, podría procederse separadamente por cada una de ellas, para realizarlas; no obstante, los diferentes procedimientos de realización podrían ser simultáneos, al derivar todos ellos de una misma obligación.



también a su elección, siempre y cuando este exceso cubriera el total de la responsabilidad que concretamente le hubiera sido asignada (cfr. art. 124 LH).

El deudor continúa respondiendo de la cantidad debida y finalmente no satisfecha. Si la garantía no alcanzara finalmente a cubrir la totalidad del crédito (por ejemplo, si se hubieran generado más intereses o gastos de conservación de los previstos, o el valor del objeto se hubiera depreciado)<sup>582</sup> podría pensarse en la aplicación analógica de los artículos 120 y 121 LH, que permiten al acreedor perseguir indistintamente todos los bienes afectados, sin perjuicio para los terceros que con posterioridad a la constitución de la garantía real hubieran adquirido algún derecho real sobre ellos, es decir, sin ningún tipo de prelación en cuanto a la diferencia. En este caso, si existen terceros interesados, el titular de la garantía podrá dirigirse contra todos los bienes afectados, pero con distinta preferencia: es preferente frente a cualquier tercero respecto de la cantidad asignada al pago del crédito según las reglas de la distribución, pero los terceros son preferentes en cuanto a la diferencia de valor, de manera que el titular de la garantía sólo cobrará si queda remanente después de cobrar los terceros<sup>583</sup>.

Cuando voluntariamente se hubiera pagado parte de la deuda garantizada y la cantidad finalmente reclamada fuera inferior al total de la responsabilidad inicialmente asignada a los distintos objetos afectados, el

---

<sup>582</sup> **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL:** *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., p. 630: "cuando no haya terceros adquirentes posteriores, el acreedor tiene derecho a perseguir ejecutivamente todas y cada una de las fincas indistintamente, por la cantidad global del crédito"; **CHICO Y ORTIZ:** *Estudios...*, p. 1487; **BLASCO GASCÓ:** *La hipoteca...*, p. 237. **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 467, admite la aplicación analógica de esta solución a la prenda: "el acreedor está facultado para trabar la cosa liberada de la garantía real, si sigue estando en el patrimonio del deudor, para cobrar con cargo a ella la cantidad no pagada".

<sup>583</sup> En este sentido **GONZÁLEZ LAGUNA – MANZANO SOLANO:** *Comentarios...*, p. 431. Para **GONZÁLEZ-MENESES:** "Comentario...", p. 209, el propietario del bien afectado por el derecho real debería ser considerado como tercero a estos efectos, ya que es un sujeto extraño a la deuda garantizada aunque haya participado voluntariamente en el contrato de constitución de la garantía.

crédito resultante debería poder imputarse a cada uno de los objetos de forma proporcional a la responsabilidad inicialmente asumida<sup>584</sup>.

#### **9.3.2.4. En cuanto a la facultad de sustitución**

Finalmente, por lo que al tema de la afección en garantía de “más de un” objeto se refiere, y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante<sup>585</sup>, debe tenerse en cuenta que el propietario o propietarios de los bienes gravados siempre pueden sustituirlos ateniéndose a lo legalmente dispuesto para ello (arts. 11 y 16 LDRG). Cuando se trate de un derecho de retención, el deudor personal o el propietario pueden imponer al retenedor “la sustitución de la cosa retenida por una garantía real o por el afianzamiento solidario de una entidad de crédito, que sean suficientes” (art. 11.1 LDRG). Parece, pues, que también cuando el derecho de retención recaiga sobre más de un objeto se puede imponer la sustitución de este derecho real por una prenda considerada “suficiente” sobre cualquiera de los objetos inicialmente retenidos o sobre parte de los mismos, siempre que su justo valor cubra el importe del crédito asegurado por la retención más un veinticinco por ciento (art. 11.2 LDRG). En este caso, el hasta entonces retenedor se encuentra obligado a devolver el resto de los bienes muebles retenidos.

Paralelamente, en la garantía pignoratícia la LDRG concede al deudor o al propietario la facultad de “sustituir la totalidad o parte de las cosas fungibles dadas en prenda” si así se hubiera pactado de forma expresa (art. 16.1). Por tanto, mediando pacto expreso en este sentido, cuando la prenda recaiga sobre más de un objeto y se haya fijado la parte de responsabilidad que a cada uno de ellos corresponde, la sustitución de alguno de los objetos fungibles supone

---

<sup>584</sup> De esta opinión **GONZÁLEZ-MENESES**: “Comentario..., p. 210: “cuando es el Juez el que hace la imputación al único crédito de las cantidades obtenidas en la venta de varias fincas hipotecadas, creo que no puede seguir un criterio caprichoso, sino que habrá de ajustarse a un criterio de proporcionalidad, por aplicación –si se quiere analógica- del criterio del artículo 1.174 CC”.

<sup>585</sup> Véase CAP III, § 3.

para el sustituto la misma responsabilidad que en concreto había sido asignada al bien sustituido.

Específicamente, cuando entre los distintos objetos pignorados se afecten valores cotizables, la LDRG dispone que “la sustitución de unos valores por otros se hace por el precio de las respectivas cotizaciones en el mercado oficial el día de la sustitución” (art. 16.2). Entre el precio del valor sustituto y el del valor sustituido no puede haber una diferencia que exceda del cinco por mil (art. 16.3, final LDRG). Por tanto, según dispone la LDRG, la sustitución ha de realizarse atendiendo siempre al precio oficial de los respectivos valores, sustituido y sustituto.

#### **9.4. La afección de un “conjunto de cosas”**

Según el artículo 15.2 LDRG “Se considera como un único objeto de prenda el conjunto de cosas cuyo valor en el tráfico se determina en consideración al número, al peso o al tamaño”. Es decir, cuando con una misma garantía se afecten más de un objeto cuyo valor de conjunto se determine con relación a las circunstancias a las que el artículo 15.2 LDRG se refiere, se considerarán como un “único objeto” a efectos de responsabilidad. Se parte de la base de que al constituir una garantía sobre cosas inicialmente genéricas –porque en la prenda, al producirse el traspaso posesorio se convierten en “cosas específicas”-, las partes atienden, no a su valor individual, sino al valor del conjunto, que es el que asegura el pago. En consecuencia, atendiendo a la lógica de las figuras jurídicas, la LDRG considera constituida la garantía sobre un único objeto, formado por el conjunto de cosas en el que concurren las circunstancias reseñadas. En este caso, a pesar de tratarse de más de una cosa afectada por la misma garantía en seguridad de la misma obligación, la norma general contenida en el artículo 15.1 no se aplica, de manera que no hay lugar a la responsabilidad solidaria, porque todos los objetos se consideran como un “único objeto”, de forma que todos responden conjuntamente del cumplimiento de la obligación. Todo ello partiendo del

principio rector según el cual la autonomía de la voluntad de las partes es la que establece el régimen aplicable con relación a los diferentes objetos afectados por la garantía.

No obstante, la LDRG no impide que los constituyentes de la prenda especifiquen el objeto inicialmente genérico creando una pluralidad de objetos, si así lo estimen conveniente. Cuando esta concreción se produzca, el supuesto queda fuera del ámbito del apartado segundo del artículo 15 LDRG, debiendo aplicarse lo dispuesto en el apartado primero del mismo artículo, de tal forma que las partes pueden acordar la distribución de la responsabilidad real entre los diversos objetos resultantes de la especificación del objeto inicialmente genérico. Si las partes no acuerdan en este sentido, el acreedor podrá dirigirse indistintamente contra todos los objetos especificados o contra cualquiera de ellos, aunque ello no le reporta ventaja alguna respecto de la consideración del conjunto como “único objeto”, atendiendo al valor añadido que como tal conjunto probablemente tendrá. Igualmente, cuando un conjunto de cosas genéricas se afecte junto con otro u otros objetos distintos en garantía de una misma obligación, las partes pueden proceder al reparto de la responsabilidad, considerando a las cosas genéricas en su conjunto, esto es, aplicando primero el artículo 15.2 LDRG, que las considera como un único objeto, para proceder seguidamente conforme a lo dispuesto por el artículo 15.1 LDRG.

En esta norma, a diferencia de la anterior y de la posterior (arts. 15.1 y 15.3), la LDRG configura de inicio un tipo de responsabilidad real, dependiendo de las características del objeto en su conjunto, que las partes pueden variar por pacto. Es decir, en los otros dos supuestos de este mismo artículo 15 LDRG, se prevé un tipo de responsabilidad real que precisa de pacto entre las partes para que actúe, mientras que en la norma contenida en el número 2 del artículo 15 se parte, a la inversa, de la necesidad de pacto para que la misma no despliegue su eficacia.

Este artículo 15.2 LDRG se encuentra sistemáticamente ubicado en sede de prenda, y sólo a esta garantía se refiere expresamente. No obstante, atendiendo a su funcionalidad, la norma habría de resultar igualmente aplicable cuando el derecho real de garantía sea un derecho de retención, por cuya causa quede afectado un conjunto de cosas genéricas. Cuando así sea, no existe la necesidad de acordar el reparto de la responsabilidad -porque no aporta mayor seguridad jurídica ni beneficia a ninguna de las partes. El acreedor ha de constituir la garantía sobre un “único objeto” formado por el conjunto, cuyo valor es superior a la suma del valor de los objetos que lo componen. Como resultado, excepto que las partes lleguen a un acuerdo especificando el objeto inicialmente genérico y distribuyan la responsabilidad real, el derecho de retención se ejercerá sobre el conjunto, atendiendo a su valor como tal.

### **9.5. La configuración de un “objeto unitario”**

Dice el artículo 15.3 LDRG que “Pueden configurarse como objetos unitarios de prenda los conjuntos o paquetes de valores, como acciones, obligaciones, bonos, créditos o efectos en general, de acuerdo con la legislación aplicable en esta materia”. Por tanto, cuando la diversidad inicial de objetos formen un conjunto, una cartera de valores mobiliarios, las partes pueden configurarla como un “objeto unitario”<sup>586</sup>. Esto es, la LDRG permite que los diferentes valores o “efectos”<sup>587</sup> ofrecidos en garantía, cada uno de ellos

---

<sup>586</sup> **FUGARDO ESTIVILL:** “Consideraciones...”, p. 283: “el concepto de «conjunto o paquete e valores» a los que se refiere el preámbulo, cabe reconducirlo –aunque *mutatis mutandis* análogamente cabe referirlo en el supuesto de los valores no negociables- a lo que en el ámbito bursátil se conoce como «cartera de valores» (*stock portfolio, assets portfolio*) (...) En la cartera puede existir cierta unidad de fin, al menos intencional, pero esto no es imprescindible. La cartera suele referirse a parte del patrimonio de una persona; no es necesariamente única (pueden tenerse varias carteras de valores); ni ha de comprender todos los valores negociables del interesado ni toda su tesorería, sino solamente aquel conjunto de valores o tesorería a los que el interesado atribuye una característica o especial destinación de unidad económica”.

<sup>587</sup> A pesar de que las participaciones sociales no son valores (art. 5 LSRL) ni están propiamente consideradas como un efecto de comercio, pueden entenderse integradas en el artículo 15.3 LDRG, si atendemos a la finalidad del precepto –determinar la responsabilidad del objeto-, a su amplia formulación y a que el artículo 26 LSRL se refiere

susceptible de ser considerado en su individualidad como objeto de diferentes derechos reales posesorios, puedan configurarse por las partes como un único objeto a efectos de responsabilidad real.

Atendiendo a la redacción actual del artículo 15 LDRG y relacionando los preceptos contenidos en el mismo, se deduce que el acuerdo de las partes para la configuración del objeto como unitario ha de ser expreso. Según la redacción del derogado artículo 11 LGP, que obligaba a distribuir la responsabilidad entre los diversos objetos entregados en prenda, si las partes no pactaban en este sentido y los objetos entregados reunían las características exigidas, se entendía que las partes convenían tácitamente la configuración del objeto unitario, porque no existía otra posibilidad. En cambio, el artículo 15.1 LDRG, punto de partida del sistema de responsabilidad en la prenda, permite entender que a falta de acuerdo expreso entre las partes que configure el conjunto como objeto unitario (art. 15.3 LDRG), los diferentes objetos entregados en prenda que no puedan considerarse como “único objeto de prenda” responden solidariamente del pago de la obligación garantizada<sup>588</sup>.

Cuando el conjunto se configure como un objeto unitario, los valores o “efectos en general” integrados en el mismo quedarán afectados en garantía como si de uno solo se tratara. Esto significa, básicamente, que todas las cosas que forman el “conjunto o paquete” responden conjuntamente, unitariamente de la totalidad del crédito. Como consecuencia, el titular del derecho real posesorio ejercita sus facultades sobre el conjunto de los bienes

---

a la constitución del derecho real de prenda sobre “las participaciones”, en plural.

<sup>588</sup> A diferencia del actual artículo 15.1 LDRG, el artículo 11.1 LGP obligaba a las partes a fijar (“ha de fijarse”, decía) la parte de crédito que cada uno de los “diversos” objetos dados en prenda garantizaba (art. 11.1). Si las partes no distribuían la responsabilidad se entendía que era porque los configuraban como “objetos unitarios” (art. 11.3), dado que para considerarlos como un “único objeto” habían de tratarse de cosas genéricas (art. 11.2). Es decir, para que los “objetos diversos” no quedasen configurados como conjunto unitario las partes sólo tenían que fraccionar la responsabilidad entre ellos, fijando la parte de crédito que cada uno de los distintos “efectos” correspondiera. En definitiva, si no se distribuía la responsabilidad se presumía constituida una garantía sobre objeto unitario, excepto que se demostrara que fue otra la intención de las partes, en cuyo caso el derecho real no quedaba válidamente constituido por no haberse procedido a la distribución obligatoria.

hasta que se extinga totalmente la obligación que garantiza. Lo que, a su vez, significa que el acreedor ejercita su facultad de retención sobre el conjunto, de manera que ni el propietario ni los respectivos propietarios<sup>589</sup> pueden exigir la devolución de una parte de las cosas o valores afectados, aunque se haya pagado una parte del crédito -aunque sea la mayor parte-, porque la garantía subsiste íntegra sobre el “objeto unitario” aunque se reduzca la obligación garantizada. Igualmente, en la fase de realización de la garantía, el acreedor no puede deshacer ese objeto unitario. La enajenación debe perseguir la realización del valor del objeto en su conjunto, que ha de ser vendido o adjudicado unitariamente.

Igual que en resto de preceptos contenidos en el artículo 15 LDRG, la aplicación del párrafo tercero presupone la constitución convencional de una garantía en concreto: de una prenda. La propia LGP reconoció que la constitución de una prenda sobre un conjunto o paquete de valores es una “operación frecuente en el tráfico jurídico actual”, razón por la que su regulación se consideró de “una trascendencia especial” (Preámbulo, III, 4º LGP). Sin embargo, también es posible aplicar la norma contenida en el artículo 15.3 LDRG a los supuestos de derecho de retención. Así, el acreedor que previamente a la constitución de la garantía poseyera el conjunto de cosas como objeto unitario (p.e. por haberle sido encargada la gestión de una cartera de valores) habrá de constituir derecho de retención respetando esa configuración objetiva. En otro caso, el acreedor que decida retener el conjunto de cosas como “objeto unitario” deberá expresarlo así en la notificación notarial. Los destinatarios de la comunicación notarial que estén de acuerdo con la configuración propuesta por el acreedor habrán de expresarse en este sentido, porque, de lo contrario, la prenda se proyectará de manera solidaria sobre los distintos objetos afectados por la garantía. Igualmente, los destinatarios de la comunicación notarial pueden hacer su propia propuesta al

---

<sup>589</sup> Cada uno de los objetos puede pertenecer en propiedad a distintas personas. Igualmente, cada propietario conserva su facultad dispositiva, que puede ejercitar transmitiendo la cosa afectada en el conjunto considerado como objeto unitario de garantía.



acreedor, tanto en el sentido del artículo 15.1 LDRG, esto es, proponiendo la distribución de la responsabilidad entre los distintos objetos que componen la cartera de valores, como en el sentido del artículo 15.3, proponiendo la configuración de la misma como objeto unitario.

En cualquier caso, tanto la constitución de la garantía, como el ejercicio de sus facultades, así como su realización se hará de acuerdo a lo dispuesto en las normas específicamente aplicables por razón de la materia (art. 15.3, final LDRG).



### **CAP. III.- EFICACIA DE LAS GARANTÍAS POSESORIAS SOBRE MUEBLES**

Las garantías reales mobiliarias constituidas de acuerdo con lo dispuesto en la LDRG comparten las características propias de los derechos de la misma naturaleza. Dentro del capítulo I LDRG, de “Disposiciones generales”, el artículo 2 LDRG atribuye expresamente a ambos derechos reales los siguientes efectos: “La retención de la posesión de la cosa hasta el pago completo de la deuda garantizada” (art. 2.1, a); cfr. art. 6.1 y 18.1 LDRG), facultad que conlleva para su titular las obligaciones de conservar diligentemente el objeto retenido, no utilizarlo (arts. 6.2 y 18.2 LDRG) y acceder a su sustitución en determinadas circunstancias (arts. 11 y 16 LDRG); “La imputación de los frutos de la cosa a los intereses de la deuda garantizada y, si procede, al capital” (art. 2.1, b) LDRG ); y “La realización del valor de la cosa, en los casos establecidos legalmente” (art. 2.1, c); cfr. arts. 7 y 19 LDRG), para el pago del concreto crédito asegurado, con independencia del patrimonio en el que se integre (art. 2.3 LDRG) y de acuerdo con lo dispuesto en “las reglas generales sobre prelación de créditos” (art. 2.3 LDRG).

#### **§ 1. LA TRANSMISIÓN DE LA GARANTÍA**

Por su propia naturaleza de garantía, los derechos de prenda y de retención se constituyen en favor del crédito del que son accesorios y del que dependen, cualquiera quien sea su titular. La disponibilidad del acreedor sobre su crédito implica la facultad de transmitirlo a una tercera persona, y con él la garantía, por el principio de accesoriedad<sup>590</sup>. Igualmente, el crédito garantizado puede ser objeto de embargo, en cuyo caso tanto éste como su posterior adjudicación afectan al derecho de garantía accesorio.

---

<sup>590</sup> Véase CAP II, § 1, 1.2.

El principio de accesoriedad de la garantía se encuentra formulado en el artículo 2.3 LDRG, dentro del capítulo de “Disposiciones generales” y, por tanto, como norma común a los derechos reales de garantía que la LDRG regula. En la LGP no existía una norma de contenido similar, aunque la noción de la accesoriedad se encontraba implícitamente formulada en su artículo 4.1 , según el cual “Las obligaciones que originan retención son:” (cfr. art. 5 LDRG), y en su artículo 9, según el cual “la prenda puede garantizar cualquier obligación”(cfr. art. 13 LDRG).

Por el principio de accesoriedad, cuando el crédito garantizado se transmite el cambio subjetivo en la titularidad del crédito implica necesariamente el cambio en la titularidad de la garantía, de manera que el adquirente pasa a ocupar la posición jurídica de titular del crédito garantizado y titular del derecho de garantía validamente constituido. En este supuesto, no puede hablarse, en puridad, de la incorporación de un nuevo sujeto en la relación real, ya que el acreedor inicial desaparece y el adquirente del crédito asegurado pasa a ser titular de la garantía; pero sí de la intervención de una nueva persona en la relación jurídica establecida por causa del derecho real.

La transmisión voluntaria de un crédito es posible por negocio *inter vivos* o *mortis causa*, y tanto a título oneroso como gratuito (arts. 1526 y ss. CC)<sup>591</sup>. Cuando se trate de un crédito asegurado por garantía real la transmisión implica una “doble” cesión: por una parte, la cesión de un derecho de naturaleza personal, que es el crédito, y, por otra, la cesión del derecho real constituido en garantía de aquél (art. 2.3 LDRG, cfr. arts. 1212, 1258, 1528 CC). El principio de accesoriedad del derecho real de garantía impide la cesión independiente de uno de esos elementos, de manera que no es posible ceder el crédito sin ceder la garantía mientras ésta mantenga su vigencia al momento del traspaso; ni, a la inversa, ceder el derecho de garantía sin ceder, a la vez, el crédito que garantiza. No obstante, siempre es posible ceder solamente el

---

<sup>591</sup> Específicamente, el artículo 1878 CC admite la posibilidad de ceder un crédito garantizado con hipoteca.

crédito, renunciando o extinguiendo previamente el derecho de garantía constituido en su seguridad<sup>592</sup>. En definitiva, la cesión de un crédito asegurado por derecho real de garantía implica, necesariamente, la cesión o la extinción de la garantía, puesto que ésta no puede subsistir de manera aislada.

Cuando a la cesión del crédito acompañe la de la garantía mobiliaria es preciso que el cedente transmita al cesionario la posesión del objeto gravado, en concepto de acreedor pignoraticio o de retenedor, según corresponda, dado que es esta posesión la que permite al titular de la garantía ejercer las facultades propias de la misma (cfr. arts. 2, 3, 6, 18 y, especialmente, 6.3 y 18.3 LDRG)<sup>593</sup>. Como titular del derecho real, el cesionario tiene derecho a poseer y a mantenerse en la posesión del objeto empeñado. Por tanto, podrá exigir del cedente la entrega, sin necesidad de que el propietario lo consienta, y defender su posesión contra cualquier tercero que le inquiete (arts. 6 y 18 LDRG). En tanto el cedente no entregue la posesión de la cosa el derecho real de garantía no se transmite, de manera que el cesionario no puede ser calificado como titular del mismo. Si el cedente no entrega, el cesionario únicamente puede exigir la posesión de la cosa basándose en el incumplimiento del acuerdo de cesión si en el mismo no se previó lo contrario; pacto que provocaría la extinción de la garantía por su carácter esencialmente accesorio<sup>594</sup>.

---

<sup>592</sup> **WOLFF**: *Tratado...*, p. 479, opina respecto del derecho real de prenda que, en la duda, la garantía debe entenderse transmitida al hacerlo el crédito

<sup>593</sup> Con la adquisición de la posesión del bien, el cesionario queda subrogado en las obligaciones inherentes a la relación real, pignoratícia o retenedoría. En este sentido **PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO**, en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DíEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 1030. No sucede lo mismo con el derecho de retención previsto en el Código Civil porque, como advierte este autor, obra y lugar cit., “el legitimado para retener, no titular de derecho real alguno, no lo está para transmitir la posesión de lo retenido al sujeto al que ceda el crédito fuente del derecho de retención; derecho éste que, cabalmente, agota en la posesión su contenido”.

<sup>594</sup> Con otra opinión **PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: Derechos...**, p. 62: “dado el contenido obligacional del contrato de prenda, no parece que pueda el antiguo acreedor poner por sí en la posesión inmediata de la prenda a un tercero (al nuevo acreedor) sin que haya *común* acuerdo con el dueño (cfr. arts. 1.205, 1.836 y 1.870). El antiguo acreedor conserva la posesión de la prenda al servicio de un crédito ya ajeno, como el tercero a que

La necesidad de transmisión del poder efectivo sobre el objeto gravado por la garantía real no implica que el cedente no pueda mantener una posesión sobre la cosa retenida en concepto distinto de retenedor y, por tanto, no contradictoria con la del titular del derecho real. El cedente puede incluso recuperar la posesión material de la cosa, una vez transmitida la garantía, porque se le entregue, por ejemplo, para su reparación o depósito. En este caso el cedente se encuentra obligado a devolver la cosa al cesionario cuando éste le requiera para ello. Si no la devolviera, el cesionario, ahora titular del derecho real, puede ejercitar los mecanismos de defensa de su derecho previstos por el ordenamiento, concretamente, la reipersecutoriedad que como titular de un derecho de prenda o de retención le corresponde.

Cuando el crédito se transmita por un acto de cesión *inter vivos* conviene que el cesionario ponga al deudor en conocimiento de la nueva situación. La transmisión es igualmente válida si se omite la comunicación, pero el cesionario corre el riesgo de que el deudor que la ignore se libere de su obligación pagando al anterior acreedor (cfr. art. 1527 CC), con lo cual, extinguido el crédito se extinguiría el derecho real que lo asegura. En cambio, el pago que el deudor notificado de la cesión -o que por otros medios la conociera- haga al primitivo acreedor/cedente no tiene efectos liberatorios y permite al cesionario mantenerse en su posición de acreedor amparado por el derecho real posesorio<sup>595</sup>.

---

se refiere el art. 1.863”.

<sup>595</sup> El artículo 1527 CC se refiere al "conocimiento de la cesión" por parte del deudor, pero no exige que ese conocimiento le venga dado por la notificación. Por tanto, el deudor no notificado que pague al cedente no quedará liberado si se prueba que conocía la cesión realizada y, por tanto, que el pago realizado fue de mala fe. En este sentido **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS**, en **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS Y OTROS: Elementos de Derecho Civil**, t. II, v. 1º, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1990, p. 299; **DÍEZ-PICAZO – GULLÓN: Instituciones...**, p. 574; **LETE DEL RÍO, JOSÉ M.: Derecho de obligaciones**, v. I, tercera edición revisada y puesta al día, Tecnos, S.A., Madrid, 1995, p. 170. No obstante, como indica **PANTALEÓN PRIETO: Comentario...**, p. 1026, "Para «tener conocimiento de la cesión» en el sentido del precepto comentado, no basta que haya llegado al deudor cualquier noticia de la existencia de aquella. Como regla general, sólo basta al efecto una notificación del acreedor originario, o la exhibición, por quien se dice cesionario, de un documento de cesión otorgado por aquél (...) la noticia por tercero de que ha existido una

La transmisión del crédito garantizado con prenda tiene efectos contra terceros desde que su fecha se tenga por cierta (cfr. art. 1526 CC). Para oponer la transmisión y ejercitar las facultades propias de la prenda cedida, basta con que la cesión conste en documento privado en las circunstancias a las que se refiere el artículo 1227 CC. No importa a estos efectos que el artículo 1280.6º del Código Civil disponga que “Deberán constar en instrumento público (...) La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública”. Porque aunque la prenda sea un derecho real completamente oponible sólo desde que conste en instrumento público, también es perfectamente válida la prenda consignada en instrumento privado, se haya elevado o no a documento público posteriormente. En consecuencia, entiendo que no debe confundirse la forma que ha de revestir la transmisión del crédito garantizado, que no precisa instrumento público para oponerse a terceros, con la forma que ha de adoptar la garantía para ser plenamente oponible. A los efectos de la oponibilidad de la garantía no importa tanto quién sea su titular como que conste en la forma legalmente requerida, esto es, en instrumento público, para que al tercero pueda conocer su existencia y alcance.

Por lo que se refiere al derecho de retención, el artículo 4.1 LDRG requiere que el acreedor notifique notarialmente al deudor y al propietario su “decisión de retener”, es decir, que declare su voluntad de constituir derecho real de retención. Por tanto, aplicando el artículo 1280.6º CC resulta necesario que la cesión del derecho real de retención conste en documento público, porque procede de un acto consignado en escritura pública (cfr. arts. 317.3º LEC y 144 RN).

No es necesario que el cedente o el cesionario comuniquen notarialmente la transmisión ya realizada al deudor y al propietario para que el derecho de

---

cesión, sólo impone al deudor la carga de preguntar al respecto al originario acreedor y al presunto cesionario, cuando hacerlo resulte razonablemente sencillo. Si recibe de alguno de ellos confirmación de la noticia, estaremos ante uno de los supuestos ya analizados. En caso contrario habrá de pagar al acreedor originario, quedando liberado ex art. 1527 CC, si en verdad existió la cesión”.

garantía despliegue toda su eficacia en beneficio del crédito cedido. Como ha quedado dicho, los derechos de prenda o de retención válidamente constituidos aseguran un crédito determinado cualquiera que sea su titular, y gravan un determinado objeto cualquiera que sea el patrimonio donde se integre. No obstante, no estaría de más que cuando se ponga al deudor en conocimiento de la cesión, a los efectos previstos por el artículo 1527 CC, se utilice la vía notarial. Por otra parte resulta conveniente, aunque no necesario, que el propietario del bien retenido tenga conocimiento de la cesión realizada, ya que la misma le afecta y la comunicación puede serle útil.



## **§ 2. LA FACULTAD DE RETENCIÓN**

El artículo 2.1, a) LDRG faculta al titular de la garantía real constituida en la forma (cfr. arts. 4.1 y 12.2 LDRG) y según los presupuestos legalmente establecidos (cfr. art. 3, 5, 12.1 y 13 LDRG) para mantener la posesión de la cosa gravada hasta el cobro completo de su crédito. Se trata de una facultad que corresponde al titular del derecho del que procede, al acreedor de la obligación garantizada, quien puede ejercitarla no sólo frente al deudor y al propietario, sino incluso frente a terceros (arts. 6.1 y 18.1 LDRG; cfr. Preámbulo II, 3º; y III, 1º LGP).

Por su propia finalidad, que no es otra que procurar el buen desenvolvimiento de la garantía, el ejercicio de la facultad de retención conlleva para su titular la necesidad de cumplir con ciertos deberes legalmente impuestos. Entre estos deberes se encuentra el de conservar diligentemente la cosa retenida (arts. 6.2 y 12.2 LDRG) y el de restituirla cuando el derecho real se extinga por cualquier causa (arts. 2.1, a), 6.1 y 18.1 a contrario, y 7 y 19 LDRG). Pero, junto a estos, el titular del derecho real de garantía posesoria tiene también el deber de imputar los frutos que genere la cosa retenida a los intereses del crédito garantizado y, si procede, al capital (art. 2.1, b) LDRG), y el de aceptar la sustitución de la “cosa retenida” en los supuestos legalmente permitidos (arts. 11 y 16 LDRG).

### **1. LA RETENCIÓN POSESORIA**

#### **1.1. Fundamento de la retención en las garantías mobiliarias**

La retención es un efecto común de las garantías mobiliarias reguladas en la LDRG, que faculta a su titular para mantener la posesión de la cosa en tanto no le haya sido pagado totalmente el crédito garantizado (art. 2.1, a)

LDRG)<sup>596</sup>. En su sentido negativo, la retención posesoria supone para el titular del derecho real la facultad de negarse a la entrega o a la restitución de la cosa retenida, manteniendo, incluso, una actitud de oposición frente a quien ostentase derecho sobre la misma y frente a quien de no existir la garantía se encontraría obligado a restituir (cfr. arts. 3 y 6 LDRG)<sup>597</sup>. La retención, en sus dos sentidos, positivo y negativo, demuestra el poder directo que sobre el objeto gravado corresponde al titular de la garantía, el señorío que ejerce sobre el mismo y que, en cierta medida, le permite asegurar la satisfacción de su interés.

La facultad de retención se ejercita en la fase de seguridad de la garantía, y tiene como finalidad fundamental proteger el objeto gravado de todos los posibles peligros que puedan surgir desde la constitución de la garantía hasta su eventual realización. En concreto, la facultad de retención contribuye al buen desenvolvimiento de la garantía, impidiendo que la devolución de la cosa antes del cumplimiento de la obligación asegurada frustrase las expectativas de cobro del titular<sup>598</sup>. En este sentido la facultad de retener actúa como mecanismo de compulsión al pago, ya que el deudor que quiera recuperar el goce y la posesión de la cosa debe pagar previamente la deuda. No obstante, eso es así sólo cuando las condiciones de deudor y de propietario concurren en una misma persona ya que, de lo contrario, la presión

---

<sup>596</sup> La facultad de retención sólo corresponde al titular de la garantía real. Se trata de una facultad que al derivar del negocio de garantía no corresponde al hipotético tercero depositario en la prenda, aunque sí le pueda corresponder un derecho de retención para el pago de lo que se le deba por razón de la custodia (cfr. art. 5, a) LDRG; art. 1779 CC).

<sup>597</sup> Se dice, como en **CAMPO VILLEGAS**: "En torno...", p.115, que la facultad de retener "Constituye el núcleo del *ius retentionis*" en su sentido tradicional. Sin embargo, esta calificación resulta más adecuada referida a la retención como derecho de garantía no real. En el derecho real de retención que la LDRG configura, la facultad de retención no es la única que la garantía atribuye. Junto a ella, la posibilidad de realizar el valor de la cosa retenida así como la posibilidad que tiene el acreedor de mantener su posición frente a cualquiera, extremos para los que resulta imprescindible la efectiva retención de la cosa, configuran la parte esencial de la garantía, cuya naturaleza real quedaría desdibujada por la ausencia de cualquiera de ellos.

<sup>598</sup> **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 522: "La retención posesoria es, pues, un efecto propio y natural del derecho de prenda y de su accesoriedad, cuya finalidad quedaría, obviamente, sin cumplirse si se devolviera la cosa antes de que la obligación principal fuera satisfecha".

para que el deudor efectúe el pago vendría dada no por la retención de la cosa, sino por la relación que le vincula con el propietario, y por la responsabilidad personal que derive del incumplimiento de la obligación. Sobre todo, la facultad de retener posibilita el buen desenvolvimiento de la garantía porque impide la libre disposición de la cosa por parte de su propietario, evitando el peligro de que éste la haga desaparecer o la oculte, que disminuya su valor o la enajene como libre de gravamen (cfr. art. 464 CC); y, como consecuencia de todo ello, porque asegura a su titular la posibilidad de instar la realización del valor de la cosa retenida, en su momento.

Concretamente, en el derecho real de retención el cumplimiento de la obligación asegurada se corresponde, en parte, con el deber de entrega de la cosa que pesa sobre el acreedor. Con el ejercicio de la facultad de retención el acreedor reconoce la existencia de la obligación que “incumple” y, por tanto, el derecho del deudor a la restitución de la cosa retenida previo pago de la deuda. El acreedor insatisfecho utiliza el derecho real de retención en favor de la equidad<sup>599</sup>, en concreto para evitar su injusto empobrecimiento y el correlativo enriquecimiento sin causa del deudor, efecto que se produciría si el inicialmente obligado a la restitución no estuviera facultado para negarse a ello, en las circunstancias que la LDRG permite<sup>600</sup>. Incumplida la obligación (art. 5 LDRG), el

---

<sup>599</sup> **BELTRÁN DE HEREDIA DE ONIS:** *El derecho...*, p. 26: “Quien pretende la satisfacción de sus derechos, debe cumplir al propio tiempo sus obligaciones. Quien pide la entrega de la cosa, debe abonar los gastos realizados en ella. Y esto por un evidente principio de equidad”.

<sup>600</sup> Del mismo parecer **CANO MARTÍNEZ DE VELASCO:** *La retención...*, p. 43; **LUCAS ESTEVE:** “El derecho...”, p. 1035. Según **POZO CARRASCOSA:** *El derecho...*, pp. 24 y 25, “Existen tres posibles fundamentos del derecho de retención: *La causa onerosa*, en aquellos casos en que existe una contraprestación, como en el arrendamiento de obra (art. 1.600) y en el depósito retribuido. *El enriquecimiento* de la parte perjudicada por la retención. Así, cuando se producen gastos de conservación de la cosa retenida: arts. 453 y 1.780, entre otros. *La responsabilidad* del perjudicado por la retención, como cuando se producen daños y perjuicios que él debe asumir: arts. 1.730 y 1.780”. **ABRIL CAMPOY:** “El derecho...”, pp. 1911 y ss., considera que el fundamento de la retención en la legislación catalana es doble: “Por una parte, se trata de impedir el enriquecimiento injusto que se ocasiona cuando se entrega el bien sin la previa satisfacción de los daños o perjuicios causados por las cosas o bien por los gastos necesarios efectuados en ella (art. 4.1.a) y b), y art. 5, a) y b) LDRG). Se trata, en estos supuestos, de tutelar con la retención la satisfacción de obligaciones legales para de esta forma impedir que el obligado a la restitución se empobrezca (...) El segundo fundamento ampara con la garantía retenedora aquellos créditos cuyo origen es contractual y no legal, y que se derivan de la actividad realizada por razón de la cosa. Se trata, por tanto,

acreedor puede constituir el derecho real de garantía y negarse a restituir el objeto afectado, cuya posesión retiene, hasta el completo pago del crédito garantizado.

No obstante, en el derecho de retención, el acreedor "retiene" con anterioridad a la constitución de la garantía, precisamente, para posibilitarla. La LDRG exige como presupuesto del derecho real de retención que el acreedor sea poseedor de buena fe de la cosa vinculada al crédito generado, y que "decida" mantenerse en posesión de la misma (cfr. art. 4.1 LDRG), reteniéndola en su poder o negándose a su restitución aún antes de constituir la garantía (art. 3 LDRG). Pero durante el período que media desde que el acreedor decide constituir la garantía hasta su constitución formal, en realidad, el acreedor no "retiene" en un sentido formal, sino que mantiene su posesión sobre el objeto amparado por el título posesorio que le otorga la LDRG. Como ya se ha dicho, durante ese periodo previo, si el deudor reclama la restitución de la cosa o el propietario la reivindica el acreedor se verá obligado a devolverla, excepto que constituya formalmente derecho de retención. Mientras no constituya la garantía, el acreedor sólo puede defender su posición utilizando las acciones posesorias, como mecanismos de protección que el artículo 446 CC concede a todo poseedor (cfr. art. 250.1, 4º LEC). Sólo una vez constituido el derecho real, las acciones posesorias coexisten con las que corresponden al derecho real<sup>601</sup>.

---

de una garantía legal en favor de un crédito contractual. Su fundamento, pues, descansa más que en la evitación de un empobrecimiento injusto en la causa onerosa". **ALMAGRO NOSETE**: "Significación...", p. 132: "El ejercicio pacífico del derecho no discutido no constituye supuesto de autodefensa (...) No hay resistencia a la entrega, hay negativa a la entrega; por tanto, ejercicio legítimo de un derecho, que tiene su base en el reconocimiento de la Ley (...) quien actúa el derecho de retención, se encuentra en el ejercicio legítimo de un derecho. Si el derecho es objeto de controversia la situación de hecho se mantendrá, hasta tanto recaiga resolución judicial". Sobre las diversas teorías formuladas sobre el fundamento del derecho de retención, **BELTRÁN DE HEREDIA DE ONIS**: *El derecho...*, pp. 23 y ss.

<sup>601</sup> Sobre este extremo véase CAP II, § 2, 5.2.

## **1.2. La indivisibilidad de la garantía**

La retención es una facultad que la LDRG pone a disposición del titular del derecho real, por si tiene a bien ejercitarla en tanto no reciba en pago la cantidad total a que asciende su crédito (arts. 2.1, a); 6.1 y 18.1 LDRG). Como facultad que es, el acreedor puede no hacer uso de ella y restituir voluntariamente el objeto retenido o parte del mismo, aunque su crédito se encuentre todavía pendiente. La restitución voluntaria de la cosa retenida provoca la extinción de la garantía por la presunción de renuncia de su titular (arts. 6.3 y 18.3 LDRG), mientras que la restitución parcial del objeto, implica una disminución proporcional de la garantía que sólo asegura el cumplimiento del crédito con el valor de la parte que se mantenga retenida (cfr. arts. 15.1 LDRG y 122 LH). Igualmente, vencido y no satisfecho el crédito en su totalidad, el titular de la garantía puede decidir entre realizarla o mantenerla ejercitando la facultad de retención integrada en su derecho real.

La deuda ha de ser satisfecha totalmente, de forma que, mientras no lo sea, la garantía se proyecta sobre la totalidad del objeto retenido, independientemente de su valor y del importe efectivamente satisfecho. Es decir, los pagos parciales no obligan al acreedor a liberar proporcionalmente la cosa retenida. En este punto se aplica el principio de indivisibilidad de la garantía, que opera tanto respecto del crédito garantizado como del bien afectado en garantía, de manera que, mientras quede una parte del crédito por satisfacer, el titular del derecho real puede negarse a la entrega del objeto en todo o, si fuera posible, en parte (cfr. art. 15.1 LDRG), pudiendo retenerlo en su integridad para que desempeñe la función de garantía a la que se encuentra afecto (cfr. arts. 14.2 LDRG, 122 LH, 405 y 1860 CC).

Cuando el objeto gravado por la garantía real se encuentre en posesión de un tercero (cfr. art. 12.1, b) LDRG), éste será el obligado a mantenerse en la posesión del objeto retenido mientras subsista la garantía. Pero la facultad de retención no corresponde al tercero, sino al acreedor, como titular del derecho

real en el que la misma se integra. Por tanto, la negativa a restituir así como la devolución de la cosa han de ser decididas por el titular del derecho. El tercero que materialmente posea la cosa por encargo de las partes ha de limitarse, en este aspecto, a cumplir lo que disponga el acreedor, si éste todavía se mantiene en su derecho<sup>602</sup>. El incumplimiento de este deber por parte del tercero genera su responsabilidad por los perjuicios que la devolución no consentida pudiera ocasionar en los intereses del acreedor.

También como consecuencia del principio de indivisibilidad de la garantía, si la propiedad de la cosa retenida se divide entre varios sujetos, ninguno de los distintos propietarios tiene la facultad de solicitar la devolución de la parte que le corresponda en tanto no haya sido satisfecho el crédito en su totalidad.

Igualmente, si es el crédito asegurado el que posteriormente se divide, a cada uno de los coacreedores corresponde la posesión de la cosa retenida, aunque normalmente permanecerá en poder de uno de ellos. Ninguno de los coacreedores se encuentra facultado para devolver la cosa retenida pendiente la deuda, puesto que ello supondría un perjuicio para el interés del resto de titulares (cfr. arts. 1860 y 1772 con relación arts 1151.1º y 1141 CC)<sup>603</sup>. Si alguno la devolviera sin el consentimiento de los restantes coacreedores, estos habrán de probar que la garantía no se ha extinguido por renuncia, por falta de la voluntad conjunta en este sentido (arts. 6.3 y 18.3 LDRG), y ejercitar la oportuna acción real para que se les devuelva la cosa retenida. Si el reintegro de la cosa ya no fuera posible, podrán ejercitar las correspondientes acciones de resarcimiento contra el coacreedor que sin poder entregó el bien (cfr.

---

<sup>602</sup> El supuesto no se dará cuando el tercero haya sido nombrado depositario por causa de la infracción de la obligación de conservar diligentemente la cosa retenida o de la prohibición de no utilizarla por parte del acreedor (cfr. arts. 1870 CC y 117.2º LH).

<sup>603</sup> Sin perjuicio del régimen especialmente previsto para la prenda de “más de un” objeto, cuando medie pacto de distribución de la responsabilidad real (art. 15.1 LDRG; cfr. arts. 1860.4º y 5º CC, 119 y 246 LH; y 216 RH), analógicamente aplicable al derecho de retención cuando las partes llegaran a un acuerdo en este sentido.

1860.3º CC)<sup>604</sup>. En caso de realización, los coacreedores deben actuar conjuntamente. La realización tiene como finalidad la venta del objeto gravado para aplicar el precio obtenido a la satisfacción del crédito asegurado, excepto que se renuncie al cobro de una parte. Por tanto, no es posible que cualquiera de los coacreedores realice parcialmente la garantía para el cobro de la parte del crédito que le corresponda, manteniendo los demás la retención por la parte restante<sup>605</sup>. Igualmente, en caso de existir una situación de cotitularidad pasivamente compartida, ninguno de los codeudores puede exigir del acreedor aún no satisfecho, en todo o en parte, que realice parcialmente la garantía (cfr. 1860.2 CC, 125 LH).

## **2. EL DEBER DE MANTENER LA COSA EN SU ESTADO INICIAL**

### **2.1. La protección y la conservación de la cosa retenida**

El retenedor que ejercite su facultad de retención tiene el deber de proteger y conservar la cosa retenida, mientras la mantenga en su poder (arts. 6.2 y 18.2 LDRG). La conservación de la cosa retenida es una obligación legal de hacer, manifestación específica del deber de mantener el objeto en su estado inicial que, con carácter general, impone el artículo 1094 CC a cualquiera que se encuentre obligado a entregar o restituir una cosa determinada (cfr. arts. 1746 y 1766 CC). Específicamente, pues, la LDRG impone al titular de la garantía el deber de crear un ámbito de protección en torno a la cosa gravada, durante todo el tiempo que ejercite su facultad de retención. Por tanto, el titular de la garantía se encuentra obligado a cuidar de la cosa retenida y mantenerla en el mismo estado que tenía cuando cambió su concepto posesorio por el de retenedor, o cuando le fue entregada en prenda.

---

<sup>604</sup> **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 467.

<sup>605</sup> Estos avatares o vicisitudes del crédito no han de afectar al deudor o al propietario de la cosa gravada, que indudablemente ha de verse perjudicado por una actuación parcial que, manteniendo la retención por el resto disminuya su objeto en la parte ejecutada.

Los sujetos directamente obligados a la conservación de la cosa, y a los que la LDRG se refiere expresamente, son el retenedor y el acreedor pignoraticio. No obstante, las disposiciones que se establecen para la prenda constituida mediante la transmisión posesoria de la cosa al acreedor son aplicables, en los mismos términos, cuando esta garantía se constituya por la puesta en posesión de su objeto en poder de un tercero (art. 12.1, b) LDRG).

## **2.2. El deber de conservación como límite a la discrecionalidad del retenedor**

La obligación de conservar la cosa retenida, de mantenerla en su estado inicial, se impone a quien la retiene no sólo porque éste se encuentra en una situación privilegiada para ello, sino también porque la finalidad de la garantía es, únicamente, asegurar el cumplimiento de una obligación. Se trata de conservar una cosa ajena que el titular de la garantía no puede utilizar, disponer -excepto en caso de realización ( arts. 7 y 19 LDRG)- ni apropiarse de ella -excepto en caso de que se la adjudique en pago (arts. 7.3, f) y 19.4, c) LDRG). El objeto se retiene sólo para garantizar el cumplimiento de una obligación. Por lo tanto, cumplida la finalidad a la que el bien se encuentra afecto, el retenedor ha de restituir la cosa (arts. 2.1, a); 6.1 y 18.1 LDRG) o entregarla a quien corresponda (cfr. arts. 7 y 19 LDRG), en el estado en que se encontraba a la constitución del derecho real (arts. 6.1 y 18.1 LDRG). En este sentido, el deber de conservación que se impone al retenedor supone un límite a su discrecionalidad, en interés del propietario del objeto gravado: el retenedor se encuentra obligado a cumplir con su deber conservativo y mantener la garantía en su seguridad potencial, no tanto en su propio beneficio, por razón de la eventual realización del valor del objeto retenido, sino, fundamentalmente, en beneficio del propietario, para evitar el perjuicio injustificado que le supondría la pérdida de valor del objeto que ha de recuperar una vez cumplida su función de garantía<sup>606</sup>.

---

<sup>606</sup> De aquí la posibilidad de recuperar los gastos de conservación, que generan un



No obstante, aunque esa sea la razón fundamental del deber de conservación, también es cierto que al titular del derecho real le interesa mantener el valor de la cosa para el caso de que se vea obligado a realizar la garantía. Si la cosa se perjudica, se deprecia su valor, el rematante en subasta adquirirá la cosa por un precio inferior al que inicialmente le correspondía. Si la cosa se pierde, se extingue la garantía. Sin embargo, dado que es el acreedor quien tiene la posesión de la cosa, es a él a quien se le impone la obligación legal de conservarla, en beneficio común (cfr. arts. 17 y 61 LHM<sup>607</sup>).

### 2.3. La conservación diligente de la cosa retenida

La LDRG obliga al acreedor a conservar diligentemente la cosa retenida (arts. 6.2 y 18.2). Pero la diligencia, más que una obligación, es una carga para el acreedor, en el sentido de que es un concepto que sólo se toma en consideración cuando la cosa no se mantenga en su estado inicial, pero no al contrario, cuando la cosa se conserve a pesar del comportamiento no diligente del poseedor<sup>608</sup>.

La LDRG no especifica la diligencia que el acreedor ha de observar en el cumplimiento de su deber conservativo. En todo caso, la diligencia exigible al titular de la garantía lo es por este concepto posesorio que justifica su tenencia. Para concretar esta diligencia resulta de aplicación el artículo 1104 CC, que establece el modelo correspondiente al buen padre de familia, excepto que el retenedor tuviera mayores conocimientos técnicos o profesionales correspon-

---

crédito diferente que también cubre la garantía.

<sup>607</sup> En estos artículos se establecen las respectivas obligaciones conservativas del hipotecante y del pignorante, que son quienes se mantienen en la posesión de la cosa gravada por la garantía.

<sup>608</sup> En este sentido **BADOSA COLL: Dret...**, p. 373: “L’argument per negar que el deure de diligència de l’art.1094 sigui una veritable obligació és la manca del seu caràcter vinculant. En efecte, el deure de diligència en la conservació només es té en compte quan la cosa deguda es perd o deteriora, en canvi si la cosa manté el seu estat inicial és *irrellevant que el deutor hagi observat o infringit el deure de diligència*. Aquesta admissió de la infracció discrecional implica negar la seva qualificació obligatòria”.

dientes a la conducta (cfr. arts. 1484 y 1598 CC, 335 y ss. LEC) –como sucederá en el supuesto del apartado c) del artículo 5 LDRG-, teniendo en cuenta la naturaleza y las circunstancias de la obligación (arts. 1104 y 1719.2º CC)<sup>609</sup>. La diligencia, según el modelo que corresponda, habrá de ser observada en su grado medio, excepto que las partes lleguen a un acuerdo en otro sentido. En concreto, el titular del derecho de retención no se encuentra vinculado por el acuerdo -aumentando o disminuyendo su grado de diligencia- que hubiera regido en el desenvolvimiento de la obligación cuyo cumplimiento se garantiza, porque el título posesorio anterior que justificó la tenencia ha quedado sustituido por el legalmente determinado<sup>610</sup>.

Dentro del modelo y del grado de diligencia que a cada supuesto corresponda, el poseedor puede elegir en cada momento la actividad conservativa que juzgue más adecuada y le sea más asequible. Es el retenedor quien determina la conducta que conviene realizar y la que es preferible evitar para llevar a cabo diligentemente la función conservadora. Sin embargo, la valoración final de la conducta observada, su calificación como conducta adecuada para la conservación diligente de la cosa, es una cuestión de hecho cuya determinación compete a los tribunales (cfr. art. 1598)<sup>611</sup>.

En términos generales, el cumplimiento diligente del deber de conservación implica una actuación tanto preventiva como reparadora. Preventiva porque el retenedor tiene la obligación de disponer los medios que considere necesarios para evitar cualquier menoscabo o alteración del objeto que

---

<sup>609</sup> En este sentido **ABRIL CAMPOY**: "El derecho...", p. 1924.

<sup>610</sup> **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS**: *Institucions...*, v. I, p. 395, opinan que, ante la falta de una concreta previsión legislativa, el grado de diligencia será el que establezca la ley para cada una de las situaciones que originan la posesión del acreedor sobre la cosa, que después se convierte en un derecho de retención y, faltando también la previsión legal de este supuesto, ha de aplicarse la regla del artículo 1104 CC según el cual, cuando la obligación no expresa la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, ha de exigirse la que corresponda a un buen padre de familia.

<sup>611</sup> **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 531; **SERRANO ALONSO**: *Comentario...*, p. 1884. La valoración de la diligencia observada, de si la conducta fue la objetivamente adecuada para preservar la cosa de cualquier daño o menoscabo, es una cuestión de hecho que sólo puede enjuiciar en consideración a un concreto supuesto.

suponga una disminución de su valor. Reparadora porque, ante cualquier menoscabo o lesión sufrido, el retenedor se encuentra obligado a retornar la cosa a su estado inicial, si ello es posible. Además, la actividad conservativa, la actividad de protección y defensa de la cosa gravada, ha de desenvolverse no sólo para evitar o reparar cualquier perjuicio material, sino, también, el eventual menoscabo o perjuicio jurídico que la amenace o pueda sufrir, pago de impuestos, etc.<sup>612</sup>. Para ello, el retenedor ha de ejercitar las acciones que como poseedor o como titular del derecho real de garantía le competan, para reclamar la cosa a quien le prive de ella o para reafirmar su posición ante quien le inquiete en su posesión, con independencia de quién ocasione la conducta perjudicial de su derecho, incluso contra el mismo propietario cuando sea éste el causante de las perturbaciones (arts. 6.1 y 18.1 LDRG, art. 446 CC con relación a art. 250.1.4º LEC; cfr. art. 1869.2º CC)<sup>613</sup>.

---

<sup>612</sup> La STS de 1 de abril de 1996, atribuyó el perjuicio de una letra de cambio a la entidad bancaria descontante que incumplió su obligación de conservación diligente, que como acreedor pignoraticio le correspondía, y permitió, por inactividad, la prescripción del crédito: “en razón del deber de diligencia el Banco ha de intentar el cobro del crédito descontado a su vencimiento y debe realizar los actos que eviten que el crédito prescriba o se perjudique. Cuando el cliente pierde por omisión del Banco cualquier derecho que hubiera tenido si fuera titular del crédito se aplica el párrafo 2.º del artículo 1170 del Código Civil y desaparece la obligación de restituir del cliente (FD Primero); “la responsabilidad del acreedor pignoraticio dimana del artículo 1867 del Código Civil, y el Banco estaba obligado a ejercer la facultad de retención, cuidando al tiempo de la cosa, que cuando son efectos exige la práctica de los actos necesarios para que éstos conserven el valor y los derechos que les corresponden” (FD Segundo).

<sup>613</sup> **SALINAS ADELANTADO:** *El régimen...*, p. 291: “cuando el obligado sea el acreedor pignoraticio, éste tendrá que realizar sólo los actos que no puedan ser llevados a cabo directamente por el constituyente, mientras que, para los demás, tiene la facultad, pero no la obligación de hacerlos (...) este matiz creemos que se puede predicar sólo del acreedor pignoraticio, porque éste tiene la posesión en su propio interés (asegurar la posibilidad de la ejecución de la garantía), mientras que el tercero depositario ha sido instituido como tal *precisamente* para custodiar la cosa”. Para **CARRASCO PERERA:** *Tratado...*, p. 834, “El haz de facultades comprendido en la actividad de conservación dependerá de la naturaleza de los bienes gravados, pues hay que sostener que el acreedor está facultado y obligado a explotar ordinariamente la cosa si esta es fructífera”; obligación que, según entiendo, no tiene por qué pesar sobre el acreedor, excepto que la haya asumido.

## 2.4. El incumplimiento del deber de conservación diligente

### 2.4.1. La responsabilidad del poseedor

Si la cosa retenida se pierde o deteriora como consecuencia del incumplimiento del deber de conservación diligente, el poseedor es responsable de los daños y perjuicios por esta causa originados (art. 1867 CC; cfr. arts. 1102 y 1103 CC)<sup>614</sup>. La culpabilidad del poseedor se presume (art. 1183 CC). Por tanto, si el deterioro, la pérdida o la destrucción del objeto retenido se deben a caso fortuito, fuerza mayor o a vicio de la propia cosa, el poseedor deberá demostrar la concurrencia de cualquiera de las causas que le eximan de responsabilidad y, en concreto, que observó la conducta diligente adoptando las medidas consideradas objetivamente adecuadas para evitar el daño, aunque luego se hubiera producido<sup>615</sup>. No obstante, el poseedor responde incluso en el supuesto de caso fortuito, si hubiera incurrido en mora por no entregar el objeto cuando esté obligado a ello<sup>616</sup> (cfr. arts. 1096.3º, 1101, 1182 y 1744 CC) -por ejemplo, en caso de que se haga uso de la facultad de sustitución (arts. 11 y 16 LDRG) o una vez extinguida la obligación asegurada

---

<sup>614</sup> **SCAEVOLA**: *Código...*, p. 374; **SERRANO ALONSO**: *Comentario...*, p. 1884. Para **SÁNCHEZ ROMÁN**: *Estudios...*, t. IV, p. 975: “Se reputará extinguida o disminuida la deuda, en proporción igual á la en que se deterioró la cosa dada en prenda por culpa del acreedor, cuando ésta se empeorase ó perdiese por esta causa. Si el daño sufrido en la cosa prendada fuere superior al crédito que garantiza, el acreedor deberá indemnizar al deudor de la diferencia”. En cambio, según **MANRESA Y NAVARRO**: *Comentarios...*, p. 576, “En cuanto a la responsabilidad que contrae el acreedor prendario como consecuencia del deber que la ley le impone respecto de la conservación de la cosa dada en prenda, además de sus antecedentes en la legislación romana, la vemos sancionada también por la ley 15 del título y partida citados anteriormente (Título XIII de la Partida 5.ª), cuya ley condenaba igualmente al que tuviese la cosa en prenda a pagar o perder, si éste era el acreedor, el total importe del débito cuando aquélla se perdiese por su culpa. El Código, sin embargo, no ha establecido disposición alguna especial que fije y determine los límites de dicha responsabilidad, prefiriendo referirse a las reglas generales”. En este último sentido, **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 533, considera que “a diferencia de lo que prevenían las Partidas que condenaba al acreedor a la pérdida del importe de su crédito, deberá indemnizar al pignorante de los perjuicios que la pérdida o el deterioro de la cosa gravada le ocasiona, de conformidad con los artículos 1.102, 1.103 y 1.104 del Código civil”.

<sup>615</sup> Cabe que al momento de constituir la prenda las partes pacten la responsabilidad del poseedor también para los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor. Así lo considera **SERRANO ALONSO**: *Comentario...*, p. 1884.

<sup>616</sup> **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 533.

(arts. 6.1 y 18.1 LDRG). Por consiguiente, cuando el acreedor no consiga destruir la presunción del artículo 1183 CC, responderá por dolo, en los términos del artículo 1102 CC en relación con el artículo 1106 CC, o por culpa, cuando el daño o menoscabo haya sido causado por no haber adoptado la diligencia necesaria, en cuyo caso, la responsabilidad será susceptible de graduación por los tribunales (art. 1103 CC)<sup>617</sup>.

Si la posesión de la cosa retenida se entregó a un tercero de común acuerdo con el propietario (art. 12.1, b) LDRG, será éste tercero el obligado a su conservación en los términos que resulten de la relación acordada. No obstante, el titular del derecho real o el propietario deberán cooperar con el tercero en lo que les corresponda, para la realización de los actos de conservación que resulten necesarios o en el ejercicio de las acciones de que disponga, al objeto de evitar cualquier menoscabo material o perturbación jurídica que pudieran dificultar o imposibilitar la posterior entrega de la cosa en su estado adecuado a quien corresponda, especialmente, su devolución al deudor o a su propietario, o su adjudicación al rematante en subasta.

#### **2.4.2. La constitución en depósito del bien afectado por la garantía**

El incumplimiento del deber de conservación diligente por parte del titular de la garantía, con el consiguiente riesgo de pérdida de valor de la cosa retenida, faculta al propietario o al deudor para solicitar la constitución del bien en depósito (cfr. arts. 1870 CC) o la intervención judicial en su administración (cfr. arts. 117.2º LH y 18 LHM). La designación de la persona en la que haya de constituirse el depósito solicitado o intervenir en la administración puede hacerse de mutuo acuerdo entre las partes en el negocio de garantía. Si el acuerdo en este sentido no fuera posible, la designación es competencia de los

---

<sup>617</sup> **SERRANO ALONSO:** *Comentario...*, p. 1884, estima que aunque el artículo 1103 CC regula la diligencia precisa en el cumplimiento de la obligación “sus principios son igualmente aplicables cuando la pérdida o deterioro de la cosa se ha producido antes del nacimiento de la obligación de restitución”.

tribunales. En ningún caso, tal designación puede recaer, por razones obvias, sobre el deudor o sobre el propietario<sup>618</sup>.

Cuando la cosa afectada por la garantía se encuentre en posesión de un tercero que no observe una conducta diligente, el acreedor así como el propietario y el pignorante podrán reclamar la devolución de la cosa para que la posea el acreedor o para que se constituya en depósito en poder de otra persona, como medida preventiva<sup>619</sup>. Esta posibilidad se encuentra reconocida en el artículo 1870 CC, que literalmente sólo se refiere al dueño de la cosa empeñada como único legitimado para ejercitar la facultad frente al acreedor pignoraticio, al objeto de evitar que la cosa disminuya en su valor por la actuación no diligente de éste<sup>620</sup>. Sin embargo, a pesar de la literalidad del precepto, normalmente la doctrina se inclina por una interpretación extensiva del mismo, en el sentido de admitir que el propietario de la cosa o el pignorante puedan ejercitar esta facultad también contra el tercero que tenga en su poder la cosa gravada, para que ésta se constituya en depósito en poder de otra tercera persona<sup>621</sup>.

---

<sup>618</sup> **SCAEVOLA: Código...**, p. 385: "Constituir la prenda en poder del deudor nos lleva como de la mano a declarar la existencia de una prenda sin desplazamiento que ni se ha pactado ni se ha concertado, y como se trata de un hecho nuevo surgido después de constituida la prenda, este hecho de nueva factura no puede desnaturalizar el contrato originario y estimamos, por ende, que tampoco se puede consignar la cosa en poder del deudor porque por el simple hecho de que el acreedor haya incumplido su obligación de custodia, no se le puede dejar a merced del deudor sin derecho alguno a fiscalizar la cosa".

<sup>619</sup> Para **SCAEVOLA: Código...**, p. 387, "rescatada la cosa de manos del depositario que usa o abusa, la cosa deberá ir lógicamente a manos del acreedor, que es el modo normal de constituir la prenda, porque sobre la facultad de poseer y retener por parte del acreedor está constituido todo el edificio de este derecho, mientras no llega el momento de la ejecución".

<sup>620</sup> **SERRANO ALONSO: Comentario...**, p. 1889: "La norma es incompleta ya que no precisa en poder de quien ha de constituirse el depósito (...) la persona designada puede serlo cualquiera que lo acepte, que no sea el propio pignorante, pues el desplazamiento posesorio que implica la prenda impide que pueda constituirse en poder del propio constituyente de la prenda". En el mismo sentido, **GUILARTE ZAPATERO: Comentarios...**, p. 549.

<sup>621</sup> **GUILARTE ZAPATERO: Comentarios...**, p. 550: "si el tercero que está poseyendo la cosa, por el acuerdo del acreedor y el pignorante, usa o abusa indebidamente de ella, es evidente que la norma examinada debe ser de aplicación; en primer lugar, porque la obligación de no usar ni abusar de la prenda le alcanza en los mismos términos que al propio acreedor, cuando éste es quien posee, y, en segundo lugar, porque la constitución

En cambio, la opinión doctrinal no es unánime cuando se trata de extender en favor del acreedor pignoraticio la facultad contenida en el artículo 1870, en el sentido de admitir que éste pueda también ejercitarla frente al tercero que tenga en su poder la cosa, para que la misma se constituya en depósito en poder de otra tercera persona. Así, se aduce en contra que la norma no permite la extensión ni por su literalidad, ni por su finalidad, que no es más que la protección de los intereses del dueño de la cosa<sup>622</sup>. Esta tesis que niega la extensión subjetiva del artículo 1870 a favor del acreedor pignoraticio se rebate argumentando, a mi juicio acertadamente, que, en la prenda, el tercero conserva la cosa en interés de ambas partes implicadas en la garantía, por lo que, en caso de que el pignorante no tome la iniciativa para poner fin a la situación creada, podrá hacerlo el acreedor<sup>623</sup>. De lo contrario, es decir, de entender que el artículo 1870 CC legitima sólo al pignorante para hacer cesar la situación de incumplimiento en la conservación diligente por parte del tercero poseedor, el acreedor siempre podrá dirigirse contra aquél para que actúe en consecuencia y, ante su pasividad, reclamarle la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios ocasionados<sup>624</sup>.

---

en nuevo depósito de la cosa, removiéndola de quien la estaba poseyendo, será consecuencia obligada y lógica del quebrantamiento de sus deberes por éste”. En el mismo sentido **SERRANO ALONSO: Comentario...**, p. 1889, quien, no obstante, considera dudoso que la cosa se pueda entregar al propio acreedor, dado que si la prenda “se constituyó en poder de un tercero frente al supuesto ordinario de su entrega al acreedor, es porque precisamente se quiso excluir al acreedor y no tendría sentido retirarla del tercero para entregarla al acreedor a quien pudo inicialmente atribuirse”.

<sup>622</sup> **SERRANO ALONSO: Comentario...**, p. 1889: “tal solución me parece contraria a la literalidad del precepto y sobre todo a su finalidad que no es otra que permitir al dueño de la cosa recuperarla en su total integridad en cuyo interés no resulta afectado el acreedor pignoraticio por lo que no estaría legitimado para ejercitar una facultad en nombre del dueño”.

<sup>623</sup> **SCAEVOLA: Código...**, p. 386: “porque han sido los dos los que de mutuo acuerdo pusieron la cosa en manos de un tercero, y como el deudor de la prenda es el que puede verse perjudicado por la devaluación de la misma al mermarse su garantía y el acreedor pignoraticio también está afectado porque no es igual que la prenda desaparezca o se disminuya, nosotros entendemos que son los dos, acreedor y deudor prendarios de consuno, los que pueden utilizar la facultad que confiere el precepto que comentamos, o cualquiera de los dos con independencia”. En el mismo sentido, **GUILARTE ZAPATERO: Comentarios...**, p. 551.

<sup>624</sup> Así, **GUILARTE ZAPATERO: Comentarios...**, p. 551, para quien esta solución “no es sino un paliativo de la situación originada, pues puede ocurrir que la única posibilidad



## 2.5. La disminución y la desaparición del objeto gravado

La disminución y la desaparición del objeto gravado suponen la reducción o la extinción de la garantía, respectivamente, con independencia de cuál haya sido la causa y de las responsabilidades a que diera lugar.

No obstante, el artículo 1129.3º CC establece que, “Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras” el deudor perderá su derecho a utilizar el plazo. Este precepto resulta aplicable siempre que exista una obligación con precio aplazado, cuyo pago se encuentre asegurado por alguna garantía. La confluencia de estas circunstancias hace que el legislador haya previsto la eventualidad de que, por el transcurso del tiempo, la seguridad de cobro del acreedor, con base en las garantías prestadas, disminuya o desaparezca, según lo que a éstas acontezca. Cuando esto ocurra, la norma prescinde del plazo establecido y convierte a la obligación en pura, vencida y exigible<sup>625</sup>, de manera que el acreedor puede ejercitar su facultad de dar por vencida la deuda desde el momento en que tales supuestos se producen, salvo que las partes hubieran pactado lo contrario<sup>626</sup>.

---

de que la obligación garantizada con la prenda sea satisfecha está en íntima relación con el valor de la cosa gravada y que, si éste disminuye o desaparece, la posibilidad de cobro sea ilusoria”.

<sup>625</sup> **MORENO QUESADA, BERNARDO**: “El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías”, *Anuario de Derecho Civil*, 1971, pp. 429 a 479, p. 432: “hay en este supuesto una desaparición del plazo por precepto legal, que hace a la obligación pura, vencida y, en consecuencia, exigible desde luego; lo que no obsta para que el acreedor pueda como en los supuestos en que originariamente sea así, exigirla inmediatamente o esperar, a su elección, el tiempo que tenga por conveniente con las consecuencias que en este caso pueda derivarse de ello”.

<sup>626</sup> En general, la doctrina considera que el vencimiento del plazo no se produce *ipso iure*, porque el deudor pierde su derecho a utilizar el término sólo si el acreedor quiere, lo que en ningún modo implica la necesidad de obtener una previa declaración judicial en ese sentido. Así **MORENO QUESADA**: “El vencimiento...”, p. 470: “Y es que la misma esencia del precepto contenido en el artículo 1.129 permite el ejercicio directo de la pretensión de cumplimiento, sin que sea necesario para ello la previa declaración judicial; porque este caso en nada se diferenciará, en cuanto a sus efectos, del normal vencimiento de la obligación por llegada del término en el tiempo previsto: se producirá el vencimiento y



En general, el artículo 1129 CC tiene como fundamento el fomento y la seguridad del crédito<sup>627</sup>. Su base se encuentra en la propia función de las garantías, que no es otra que compeler o inclinar al pago voluntario de la deuda garantizada, para evitar a las consecuencias del incumplimiento, reforzando eficazmente el derecho del acreedor y, por tanto, su confianza<sup>628</sup>. A partir de esta idea general, la justificación de los diversos supuestos comprendidos en la norma difiere. Así, mientras que respecto de la primera parte del número 3º del artículo 1129 la razón es puramente subjetiva, puesto que se produce una pérdida de confianza en el acreedor, producida por los “actos propios” del deudor, la segunda parte de esta norma se guía por un criterio objetivo, al

---

quedará expedito el ejercicio de las acciones que corresponden al acreedor, sin que ninguna especialidad le preste el que el vencimiento se haya anticipado por declaración legal como tampoco la tendría si hubiese sido por virtud de un hecho al que por pacto se le hubiese atribuido esa eficacia”; **MONTÉS PENADÉS VICENTE-LUIS**, en **AAVV: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales**, dirigidos por **ALBALADEJO, MANUEL**, t. XV, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1983, p. 144: “La anticipación del vencimiento se produce con efecto ex tunc, esto es, desde el momento en que se altera la situación con la producción de los supuestos previstos en los preceptos que venimos comentando, con lo que se levanta la barrera que la existencia del término significaba para la exigibilidad del derecho de crédito, y, a mi juicio, sin necesidad de que se produzca un previo pronunciamiento judicial, de modo que el crédito será ya exigible y podrá oponerse en compensación de una deuda propia hacia el deudor decaído el término”. En el mismo sentido **LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS**, en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - Díez-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 109.

<sup>627</sup> Aunque, como aclara **MORENO QUESADA**: “El vencimiento...”, p. 435, “el artículo 1.129, por su misma naturaleza, encuentra determinados supuestos en los que no puede operar, como por ejemplo cuando se trate de créditos futuros o ilíquidos o eventuales en los que no cabe su inmediata exigibilidad”.

<sup>628</sup> **MORENO QUESADA**,: “El vencimiento...”, p. 440: “El plazo se ha concedido, verosímilmente, porque el acreedor confía en que las garantías que se le han dado, lo ponen a cubierto de los riesgos que para su crédito se pueden originar por el transcurso de este tiempo que falta hasta la exigibilidad (...) si en el transcurso del contrato el bien disminuye de valor o, peor aún, perece, el acreedor se encuentra en una situación diversa de aquella que lo indujo a concluir la relación, y en la cual probablemente no la habría concluido”; **MONTÉS PENADÉS**: *Comentarios...*, p. 143: “si se restablece el grado de seguridad de su crédito, a través de la prestación de las garantías que han de ser igualmente seguras, se restablece el primitivo equilibrio entre el plazo y garantía; **LASARTE ÁLVAREZ**: *Comentario...*, p. 109: “Ciertamente en este caso la determinación legal puede resultar discutible, pero en todo caso encuentra fundamento en el mantenimiento del equilibrio inicial de la relación obligatoria, que tampoco parece lógico que se viera roto en detrimento del legítimo interés satisfactorio del acreedor”.

atender al carácter fortuito de la desaparición<sup>629</sup>. Sin embargo, la propia pérdida de eficacia de la garantía supone un criterio objetivo que se tiene en cuenta en todos los supuestos, independientemente de la intervención del deudor en el resultado<sup>630</sup>.

En definitiva, el principio de conservación de la garantía es el que rige la hipótesis y su consecuencia jurídica, del que el artículo 1129 CC no es más que una de sus manifestaciones positivas (cfr. arts. 1829 CC, 883 C de C, 117 LH). “En razón de ello, habrá que compartir la afirmación de que ésta del artículo 1.129 estableciendo el vencimiento anticipado de las obligaciones a término, no es una norma excepcional”<sup>631</sup>, y que, por ello, resulta susceptible de aplicación analógica.

---

<sup>629</sup> **MORENO QUESADA**: “El vencimiento...”, p. 439: “mientras que respecto de los números 2.º y 3.º en su primera parte cabe afirmar que se produce una pérdida de confianza en el deudor, razón de tipo puramente subjetivo, no puede sin más afirmarse tal cosa del número 1.º, ya que la insolvencia puede haberse producido de una manera fortuita, ni desde luego de la segunda parte del número 3.º, en que expresamente se reconoce ser éste el caso. Prueba de ello, es que en estos dos últimos supuestos se permite al deudor impedir la consecuencia prevista del vencimiento anticipado mediante la constitución o sustitución de garantías; se pone así de manifiesto que hay un elemento objetivo que lleva a adoptar esa medida del vencimiento anticipado del término”. No obstante, parte de la doctrina considera que la inclusión en la norma de la desaparición por caso fortuito, aplicándole una regla tan rigurosa, no está justificada. Así lo entiende **MONTÉS PENADÉS**: *Comentarios...*, p. 142: “La justificación del vencimiento anticipado, en este supuesto, no es muy clara, porque viene producida la desaparición de garantías por consecuencia de unos hechos en los cuales el deudor no ha tenido intervención alguna y, además, se añade al perjuicio que el propio deudor ha sufrido el vencimiento de la deuda. Desde luego, la razón parece encontrarse en la protección del interés del acreedor”. En el mismo sentido, **LASARTE ÁLVAREZ**: *Comentario...*, p. 109.

<sup>630</sup> En general, la opinión de la doctrina es que los supuestos contenidos en el número 3º del artículo 1129 CC, por su diferencia sustancial, debían contenerse en preceptos separados. Así, **MORENO QUESADA**: “El vencimiento...”, p. 451: “Lo que ha sucedido en el 1.129-3.º es sencillamente que se añadió el supuesto del caso fortuito, pero con absoluta independencia del de disminución porque, a diferencia de él, contempla sólo el caso de perecimiento, y además, en él no se persigue sancionar una determinada conducta del deudor, sino atribuir las consecuencias de un acontecimiento no imputable a ninguna de las partes”. En igual sentido, **MONTÉS PENADÉS**: *Comentarios...*, p. 136.

<sup>631</sup> **MORENO QUESADA**: “El vencimiento...”, p. 441, para quien no es una norma excepcional “ni en cuanto a algunos presupuestos, como la falta de culpa, que tampoco en las relaciones de cambio y de goce excluye una reacción (por ejemplo en resolución de los contratos por imposibilidad sobrevenida, y en la garantía por evicción y por vicios); ni en cuanto al contenido, del cual se puede decir solamente que es distinto de los remedios usados en las relaciones de cambio y de goce; lo que es consecuencia de la diversa función de garantía que cumple, y que hace inutilizables aquellos otros medios”

Presupuesto de aplicación del artículo 1129.3º es la existencia de una obligación con vencimiento aplazado<sup>632</sup>. Por tanto, la norma que nos ocupa no resulta aplicable al derecho real de retención, donde no es posible adelantar el vencimiento, porque la garantía se constituye, precisamente, cuando ya existe incumplimiento.

Pero cuando en garantía de una obligación se constituye un derecho real de prenda, y posteriormente el objeto de ésta disminuye en su valor por actos propios de su propietario o desaparece por caso fortuito, la aplicación del artículo 1129.3º CC afecta a la garantía, porque deriva necesariamente en la anticipación del plazo de la obligación, con la consiguiente posibilidad de realizar el valor de la garantía en caso de incumplimiento, o con la sustitución de ésta por otra nueva e igualmente segura<sup>633</sup>.

En ambos casos -disminución o desaparición- la consecuencia jurídica prevista por el artículo 1129 CC es la misma: la necesidad de que el pignorante proceda al cumplimiento de la obligación garantizada o a la sustitución de la garantía, porque, de lo contrario, el titular de la prenda se encuentra legalmente facultado para proceder a su realización<sup>634</sup>. Sin embargo, hay que tener en cuenta que lo que provoca el vencimiento anticipado de la obligación no es la disminución o desaparición de la garantía, sino el no reponerlas por otras

---

<sup>632</sup> **LASARTE ÁLVAREZ:** *Comentario...*, p. 108, “el precepto comentado sólo despliega su virtualidad propia en el caso de que el plazo haya sido establecido o pueda deducirse que exista en beneficio del deudor (o del deudor y el acreedor conjuntamente, es decir, de ninguno), pues si ha quedado a voluntad o el beneficio exclusivo del acreedor, éste podrá reclamar el cumplimiento cuando lo estime conveniente, sin que propiamente pueda hablarse de anticipación del vencimiento”. La misma opinión en **MORENO QUESADA:** “El vencimiento...”, p. 432; **MONTÉS PENADÉS:** *Comentarios...*, p. 129.

<sup>633</sup> Aunque el acreedor pignoraticio siempre puede optar entre exigir el cumplimiento de inmediato o esperar hasta que crea oportuno.

<sup>634</sup> El número 3º del artículo 1129 CC no aclara si la sustitución de la garantía procede sólo cuando desaparezca por caso fortuito o, también, cuando hayan disminuido por actos propios del deudor, lo que ha creado la duda respecto del ámbito de aplicación del remedio previsto. No obstante, a pesar de que existen razones que justifican ambas posturas, parece que la mayor parte de la doctrina se inclina a favor de la extensión. Así, **MORENO QUESADA:** “El vencimiento...”, p. 477; **MONTÉS PENADÉS:** *Comentarios...*, p. 143; **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 534; **SERRANO ALONSO:** *Comentario...*, p. 1884.

igualmente seguras. Pero en ninguno de los supuestos se infringe el deber de custodia por parte del acreedor pignoraticio, que, por ello, se encuentra legitimado para defender su crédito y la eficacia de su garantía en los términos establecidos por el artículo 1129.3º CC.

### **3. LA PROHIBICIÓN DE UTILIZAR LA COSA RETENIDA.**

#### **3.1. La prohibición de utilizar la cosa retenida, como consecuencia del deber de conservación**

Los artículos 6.2 y 18.2 LDRG imponen al titular del derecho real de garantía posesoria la prohibición de utilizar la cosa retenida, excepto que ello fuera necesario para el cumplimiento del deber de conservación, es decir, excepto que la utilización fuera estrictamente necesaria para su mantenimiento<sup>635</sup>. Estos artículos configuran el *status* posesorio del retenedor, al especificar que el *ius possidendi* que le corresponde sobre la cosa dada gravada incluye su guarda en tanto dure la garantía, pero excluye su utilización.

La prohibición de uso afecta al retenedor como consecuencia del deber legal de conservación que se le impone, de carácter eminentemente finalista. En este sentido, la prohibición de uso especifica cómo ha de cumplirse ese deber conservativo, que en ningún caso puede justificar la utilización de la cosa en provecho del poseedor, excepto pacto en otro sentido. Por tanto, la prohibición de uso comparte fundamento y justificación con el deber de conservación que, a su vez, deriva de la facultad de retención. Se entiende que el uso del objeto retenido provoca su alteración y menoscabo y, como consecuencia, impide o dificulta su conservación en el estado que tenía cuando se constituyó la garantía y, consecuentemente, su restitución íntegra, con el consiguiente perjuicio para el deudor o para el propietario<sup>636</sup>; y se entiende,

---

<sup>635</sup> En este sentido, los artículos 5.2 y 13.2 LGP se referían expresamente al “uso conservativo” de la cosa retenida.

<sup>636</sup> SCAEVOLA: *Código...*, p. 385; GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios...*, p. 547.  
373

también que la facultad de retención de la cosa gravada tiene asignada una finalidad concreta, que es asegurar el pago de un crédito, a la que debe ceñirse su ejercicio que no permite la utilización de la cosa con finalidad distinta.

Específicamente con relación al derecho real de retención, fueran cuales fuesen las facultades de uso que se integraran en el *ius possidendi* del acreedor en el momento previo a la constitución de la garantía, legitimadas por su título posesorio anterior, a partir de la interversión de su concepto posesorio el *status* posesorio del retenedor es el que determina la LDRG, que sólo permite la utilización de la cosa retenida cuando fuera necesario para cumplir con el deber de conservación diligente (art. 6.3 LGP)<sup>637</sup>.

### 3.2. El uso autorizado de la cosa retenida

Como ha quedado dicho, la prohibición de uso decae cuando lo requiera la conservación diligente de la cosa retenida. En estos casos, la LDRG autoriza al retenedor para que utilice la cosa dada en garantía conforme a su naturaleza y destino, como único medio de llevar a cabo ese deber de conservación y evitar que la falta de uso la hagan disminuir en su valor, lo que no interesa a ninguna de las partes (art. 6.2 y 18.2). Atendiendo a ello, el uso de la cosa no sólo no está legalmente prohibido en estos casos, sino que viene impuesto por la obligación de conservar la cosa retenida que pesa sobre el retenedor<sup>638</sup>.

Es posible, también, que el propietario de la cosa retenida autorice al retenedor para utilizarla en beneficio propio<sup>639</sup> o de ambos, es decir, aunque el

---

Entiende **BADOSA COLL**: *Comentario...*, p. 1657, que la prohibición de uso que el artículo 1767 CC impone al depositario es un aspecto del concepto finalista de la obligación de guarda “que incluye tanto comportamientos pasivos, la abstención de pérdida o deterioros; como activos, el uso en beneficio de la cosa”.

<sup>637</sup> La inversión del concepto posesorio supone para el acreedor-retenedor un cambio en el correspondiente derecho a poseer, con facultades y obligaciones distintas a las que correspondían al derecho posesorio sustituido.

<sup>638</sup> **SERRANO ALONSO**: *Comentario...*, p. 1881.

<sup>639</sup> Posibilidad teórica, pero difícil en la práctica dada la contraposición existente entre el interés perseguido por el deudor y el que la Ley tutela.

uso no revierta directamente en la diligente conservación del objeto retenido (cfr. art. 1767 CC). Esta legitimación podría darse, por ejemplo, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 2.1, b) LDRG, que permite la imputación de los frutos que genere la cosa a los intereses del crédito garantizado y, si procede, al capital. Es decir, dado que la producción de frutos puede interesar tanto al deudor como al acreedor, las partes pueden convenir el uso de la cosa retenida, que exceda de la finalidad conservativa, con la finalidad de obtener los mayores rendimientos posibles. La autorización para el uso puede darse coetánea o posteriormente a la constitución de la garantía, pero en todo caso ha de ser expresa (cfr. art. 1767.2º CC)<sup>640</sup>.

La autorización para el uso, legal o convencional, limita el contenido de la prohibición, de manera que el propietario de la cosa retenida no puede alegar el abuso de derecho, al objeto de sustraerla del poder del acreedor que la utilice en los términos convenidos o legalmente permitidos (cfr. art. 1870 CC).

Pero el uso autorizado del bien retenido no puede suponer para el acreedor la infracción del deber de conservación diligente de la cosa gravada por la garantía real, parte esencial de ésta. En otras palabras, el incumplimiento de la obligación conservativa que pesa sobre el titular del derecho real no puede justificarse en la libertad de uso, en la autorización. La autorización se refiere a la utilización y no exime del deber de conservación, aunque los artículos 5.2 y 13.2 LGP admitan su concurrencia y compatibilidad sobre la misma cosa. Los efectos de la autorización no perjudican el desenvolvimiento del deber de conservación, porque ésta no deriva de la facultad de retención, sino que es totalmente independiente<sup>641</sup>. Por tanto, cualquiera que sea el

---

<sup>640</sup> **BADOSA COLL:** *Comentario...*, p. 1659: “El carácter «expreso» implica además que la voluntad del depositante debe ser indubitada y que debe ser él quien tome la iniciativa no el depositario («no debe servirse») excluyendo, pues, el «asentimiento» posterior (ex art. 309 C de C) al uso decidido por el depositario; en cambio no excluye que el «permiso» se otorgue a solicitud del depositario”.

<sup>641</sup> Así lo entiende **BADOSA COLL:** *Comentario...*, p. 1657: “La diferencia entre «guarda» y «uso» en beneficio propio no es sólo conceptual sino que está contemplada en el art. 1.767 I, con su clara distinción entre el contrato de depósito, acuerdo bilateral, y la

acuerdo de las partes respecto de las posibilidades de uso, el acreedor debe compatibilizar esta facultad con la obligación primordial de guarda y conservación, utilizando diligentemente la cosa retenida, de manera que no se pierda ni disminuya en su valor, es decir, de manera que no perjudique la garantía<sup>642</sup>.

### 3.3. La responsabilidad del retenedor por el uso de la cosa

La responsabilidad del retenedor por el uso de la cosa nace cuando falte la autorización –legal, porque su conservación lo demande, o convencional, por la legitimación del propietario- o cuando, existiendo autorización, el uso exceda de sus límites –porque se exceda de las necesidades de conservación o de lo acordado (cfr. art. 1744 CC). En los términos de los artículos 6.2 y 18.2 LDRG, cualquier uso no autorizado por parte del retenedor constituye un acto ilícito que se califica como abuso. La calificación de la conducta como abusiva dependerá en cada caso de la naturaleza de la cosa y de su destino, resultando una cuestión de hecho que corresponde valorar a los tribunales.

La LDRG no establece las consecuencias del abuso, por lo que si el retenedor usa la cosa sobrepasando los límites de la autorización podrá aplicarse analógicamente el artículo 1870 CC, que permite al dueño de la cosa pignorada solicitar la constitución del objeto en depósito, sin que sea necesario que la actuación abusiva derive en alteraciones o menoscabos en la cosa y,

---

unilateralidad del permiso que obliga a distinguir sus respectivos efectos; el *ius possidendi* del depositario que implica la «guarda» y la legitimación del uso. Ambos efectos son irreductibles y mantienen su autonomía incluso cuando el art. 1.767 admite su concurrencia sobre la misma cosa. Por tanto, la legitimación del uso «no lo incluye» dentro del *ius possidendi* del depositario, sino que sus respectivas evoluciones son totalmente diferentes; lo pone de relieve la revocabilidad del permiso que es independiente del mantenimiento del depósito”.

<sup>642</sup> Para **BADOSA COLL**: *Comentario...*, p. 1658, la prioridad jurídica entre la obligación de guarda y la mera legitimidad en el uso “También se manifiesta en el diferente papel del contrato de depósito y el permiso de uso; el primero es el soporte del segundo de tal manera que la extinción del depósito comporta la del permiso mientras que la revocación de éste es libre y no afecta a la subsistencia del depósito”.



como consecuencia, en un perjuicio para su propietario<sup>643</sup>. Si fuera procedente, por concurrir los requisitos legalmente establecidos (cfr. art. 7.1 LDRG), el propietario podrá requerir al titular del derecho real para que inicie el procedimiento de realización del valor del objeto retenido. Cuando la prenda esté en poder de un tercero, acreedor y deudor, de consuno o independientemente, pueden utilizar la facultad que confiere el artículo 1870 CC y solicitar que la cosa se constituya en depósito (cfr. art. 1869.2º CC)<sup>644</sup>. En cualquier caso, si la actuación abusiva origina perjuicios, el perjudicado podrá, además, reclamar una indemnización por ese concepto (cfr. art. 1767.2º CC)<sup>645</sup>.

Cuando del uso de la cosa retenida se deriven rendimientos, deberán compensarse con los intereses que el crédito genere y, si procede, con el capital (art. 2.1, b) LDRG)<sup>646</sup>, excepto pacto en otro sentido.

#### **4. ÁMBITO OBJETIVO DE LA FACULTAD DE RETENCIÓN. LA EXTENSIÓN DE LA GARANTÍA**

La facultad de retener corresponde al titular de la garantía, al retenedor o al pignorante, hasta que reciba en pago la cantidad total a que asciende su crédito (arts. 6.1 y 18.1 LDRG).

En el derecho real de retención queda claro que el cumplimiento total de la deuda garantizada comprende el pago del crédito que genera la garantía (art. 5 LDRG), más el pago de los gastos resultantes de la conservación de la

---

<sup>643</sup> **PEDREGAL Y CAÑEDO:** *Texto...*, p. 814. **SERRANO ALONSO:** *Comentario...*, p. 1889: "hubiese sido más lógico sancionar el uso de la cosa por parte del acreedor pignoraticio con la extinción de la garantía, ya que el procedimiento que establece el Código me parece poco práctico".

<sup>644</sup> **SCAEVOLA:** *Código...*, p. 387.

<sup>645</sup> **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 549. **SALINAS ADELANTADO:** *El régimen...*, p. 299, entiende que la adecuada reacción del pignorante contra el abuso requiere que se le reconozca "un *derecho de información y un derecho de inspección o de control* sobre la cosa pignorada".

<sup>646</sup> Véase CAP III, § 4.



cosa retenida (art. 6.2 LDRG), y el pago de los intereses devengados a partir de la constitución formal de la garantía (art. 5, d) LDRG)<sup>647</sup>.

Sin embargo, en la prenda, la extensión de la garantía por todos esos conceptos no resulta tan clara. La LDRG sólo atiende expresamente a los gastos resultantes de la conservación de la cosa, obligación totalmente distinta de la inicialmente asegurada por la prenda, pero igualmente asegurada por imperativo del artículo 18.2 LDRG. Pero respecto de los intereses pactados y devengados por el crédito asegurado –previstos expresamente por los artículos 5 d) LDRG, 1871 CC<sup>648</sup>, 9 LHM, y 114.1º LH<sup>649</sup>, que los incluyen en sus respectivas garantías- y respecto de los daños y perjuicios producidos por razón de la cosa a la persona obligada a la entrega (cfr. art. 5, b) LDRG) la LDRG no dice nada: no los incluye expresamente, pero tampoco prohíbe expresamente su inclusión. Como consecuencia, se plantea la duda de si el silencio de la LDRG en este punto debe llevar a estimar que el legislador ha entendido preferible no extender a ellos la garantía, excepto que se acredite que las partes pactaron lo contrario, o, por el contrario, que la voluntad legislativa no consta, simplemente, porque se considera que la expresión “deuda garantizada” (art. 2.1, a) LDRG), en el contexto donde se integra, es suficientemente expresiva y, por tanto, que resulta innecesario aclarar que la misma comprende también los intereses y los daños y perjuicios sufridos por razón de la cosa.

---

<sup>647</sup> Véase CAP II, § 2, 4.2.2.

<sup>648</sup> El artículo 1871 CC se refiere expresamente a “la deuda y sus intereses, con las expensas en su caso”.

<sup>649</sup> Tanto el artículo 9 LHM como el artículo 114 LH establecen un límite a la cobertura de la garantía por razón de los intereses al disponer que, en defecto de pacto, la garantía no asegura *en perjuicio de terceros* más que los intereses de los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente. Por tanto, esta determinación sólo actúa con relación a terceros, de tal manera que, si éstos no existen, el sistema de garantía es de carácter indefinido. Al respecto véase CAP III, § 2, 4.2.

#### **4.1. Extensión de la prenda respecto de los gastos de conservación**

El deber de conservación de la cosa retenida no conlleva para el retenedor la obligación de soportar la carga económica necesaria para su cumplimiento, excepto que se haya pactado lo contrario. El deber de conservación se impone en beneficio ajeno, en beneficio del propietario de la cosa retenida. Este deber de conservación genera unos gastos, los gastos de conservación necesarios, que el propietario del bien igualmente hubiera debido realizar, pero que por cuenta de éste realiza el retenedor, que es quien mantiene la posesión de la cosa para evitar el riesgo que para su derecho supondría la tenencia en poder del deudor. Por ello, la LDRG atribuye al retenedor el derecho al reembolso de los gastos realizados para la conservación de la cosa, en defecto de pacto que le obligue a soportarlos.

De lo dicho se deduce que el derecho del titular de la garantía real al reembolso de los gastos de conservación realizados tiene una clara finalidad compensatoria y encuentra su fundamento en el principio general del no enriquecimiento injusto<sup>650</sup>. Ni el deudor ni el propietario del bien retenido se encuentran obligados a anticipar los gastos que origine la conservación necesaria. Si no los anticipan, siendo necesarios para el mantenimiento de la cosa, habrá de adelantarlos el acreedor, quien podrá acumularlos al importe del crédito asegurado, quedando, por tanto, también garantizados con el objeto afectado por la garantía (arts. 6.2, final y 18.2, final LDRG)<sup>651</sup>.

---

<sup>650</sup> **BADOSA COLL:** *Comentario...*, p. 1688. De ahí la posibilidad de recuperar los gastos de conservación realizados, nuevo crédito al que se extiende la garantía (arts. 6.2 y 18.2, final LDRG).

<sup>651</sup> El retenedor no puede exigir del deudor que adelante los gastos de conservación. La LDRG, al conceder al retenedor un derecho de resarcimiento asegurado asimismo por la garantía, le obliga implícitamente a adelantar los gastos que por ese concepto se generen. En este sentido, **SCAEVOLA:** *Código...*, p. 376; **SERRANO ALONSO:** *Comentario...*, p. 1885. En opinión de **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 532, el artículo 1867 CC "quiere decir simplemente que si el acreedor ha anticipado cantidades para la conservación de la cosa podrá recuperarla del pignorante, pero no que esté obligado a dicho anticipo (...) sólo procede entender que el acreedor pignoraticio viene obligado a la anticipación de los gastos necesarios para la conservación de la cosa si por razones de urgencia así lo determinan, es decir, si por el hecho de no facilitar las cantidades necesarias se arriesga la conservación o deterioro de la prenda". En este mismo sentido, **SALINAS ADELANTADO:** *El régimen...*, p. 292, considera "que el acreedor pignoraticio no está obligado a anticipar los gastos que sean

El derecho al reembolso nace en el momento que el retenedor realiza los gastos por razón de la conservación diligente de la cosa. Por ese concepto se origina un crédito, distinto del inicialmente garantizado por el derecho real, pero igualmente asegurado por éste<sup>652</sup>. Cualquier otro gasto de conservación posteriormente ocasionado no crea un nuevo crédito por gastos de conservación, sino que incrementa la cuantía del ya generado, de forma que la cantidad total por este concepto devengada aparece como indeterminada y sólo podrá concretarse al final de la garantía, al momento de proceder a la restitución o transmisión de la cosa retenida<sup>653</sup>.

El derecho al reembolso en materia de gastos se limita a los de conservación realizados. La garantía no se extiende a los gastos útiles o de mejora, que exceden de la mera actividad conservadora, a no ser que así se hubiera acordado con el deudor, el propietario o el pignorante, porque así se deduce de los artículos 6.2 y 18.2 LDRG, que, como se ha dicho, se limitan a

---

necesarios para la conservación de la cosa (salvo casos de urgencia), mientras que sí deberá hacerlo el tercero depositario”. Al respecto entiendo que siempre que se trate de la conservar la cosa, de evitar su deterioro y menoscabo, los gastos han de calificarse como necesarios, lo que no prejuzga que estos gastos necesarios de conservación puedan calificarse, además, como urgentes o no, según las circunstancias. Por tanto, a mi juicio, tratándose de gastos de conservación necesarios, siempre habrá de adelantarlos el acreedor si el propietario no lo hace.

<sup>652</sup> Para **SCAEVOLA**: *Código...*, p. 377, de acuerdo con su tesis sobre la naturaleza del párrafo 2º del artículo 1866 CC, considera que este precepto resulta “de perfecta aplicación” a la hipótesis del derecho de reintegro por causa de los gastos de conservación realizados “toda vez que este segundo crédito ha nacido constante la prenda, es decir, antes de cancelarse la obligación principal, y ello le autoriza al acreedor, no obstante el pago de la obligación principal, a retener la cosa hasta que se le satisfagan las expensas citadas”. Este mismo autor, obra cit., p. 389, entiende que “la facultad del acreedor para conservar en su poder la prenda, y la obligación negativa del deudor de no poder exigir la entrega, ha de tener otro fundamento en derecho, porque el derecho de resarcirse de las impensas no deriva de la prenda, sino de otro hecho jurídico (...) Y no veamos en el precepto que comentamos una extensión de la prenda a los gastos ocasionados por las impensas, porque la prenda no se extiende a dichos gastos. Se trata sencillamente de un verdadero derecho de retención, de análoga naturaleza al que el Código civil otorga al depositario por razón de gastos en el depósito, o al mandatario por motivo de los gastos ocasionados en el encargo recibido”. De esta última opinión se aparta **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 555: “Tal planteamiento me parece discutible, pero, en todo caso, no da lugar a consecuencias distintas de las derivadas de explicar la retención por las expensas en base a la extensión de la prenda a las mismas”.

<sup>653</sup> En parecido sentido **BADOSA COLL**: *Comentario...*, p. 1688.

los gastos necesarios (cfr. arts 487, 1573 y 1779 CC)<sup>654</sup>. La garantía tampoco se extiende a los gastos que, no siendo de conservación necesaria, resulten precisos para la utilización autorizada de la cosa retenida en beneficio del acreedor, precisamente por este carácter. En cambio, considero que el criterio habría de ser el opuesto cuando la autorización tuviera por finalidad la obtención del mayor rendimiento posible de la cosa, al objeto de compensarlo en la forma dispuesta por el artículo 2.1, b) LDRG.

El titular de la garantía puede mantener su retención mientras los gastos de conservación realizados no le sean reembolsados, incluso una vez recibido el importe correspondiente al principal y a los intereses del crédito asegurado. Mientras la situación se mantenga, y siempre que la conservación de la cosa lo requiera, pueden continuar originándose gastos por este concepto, que, como se ha dicho, se acumularán a los ya devengados.

Atendiendo a lo literalmente dispuesto por el artículo 2.1, b) LDRG, el acreedor no puede compensar los gastos de conservación por él satisfechos con los frutos o intereses que genere la cosa retenida porque, si los hubiera, habrían de imputarse a los intereses del crédito garantizado o, en su caso, al capital. No obstante, la opinión contraria podría fundamentarse en lo dispuesto por el artículo 6.2 LDRG: si los gastos necesarios de conservación quedan sometidos al régimen de la garantía real, los frutos habrían de poderse imputar al pago de los mismos. En cualquier caso, si el retenedor lo cree conveniente, y siempre que proceda, puede realizar el valor de la cosa retenida para cobrarse el importe de los gastos de conservación realizados, con carácter preferente. La extensión de la garantía a los gastos de conservación generados implica la

---

<sup>654</sup> Por la aplicación analógica del artículo 487 CC, el acreedor puede realizar los gastos de mejora que considere conveniente siempre que no supongan una variación en la identidad o en las características esenciales del objeto, es decir, siempre “que no altere su forma o su sustancia”. Pero los gastos no autorizados que no sean necesarios, aunque resulten útiles a la cosa, quedan excluidos de la cobertura pignoratícia con el fin de evitar un abuso de derecho, es decir, para evitar que el retenedor pueda crear un crédito injustificado a su favor. Así lo entendió **GARCÍA GOYENA**: *Concordancias...*; y lo entiende **BADOSA COLL**: *Comentario...*, p. 1689.

aplicación de los criterios de la imputación de pagos, cuando no se satisfaga la totalidad de la cantidad adeudada cubierta por la garantía.

Una de las consecuencias más importantes de la extensión de la garantía a los gastos de conservación se presenta cuando la prenda se constituye en seguridad de una obligación ajena. Si la conservación de la prenda genera gastos, el derecho de reembolso corresponde al acreedor frente al pignorante y no frente al deudor, porque no es éste sino aquél quien, teniendo el poder de disposición, constituyó la garantía y a quien la conservación beneficia<sup>655</sup>. En este caso la garantía responde del cumplimiento de dos créditos independientes que, además, no tienen el mismo sujeto pasivo: la obligación del deudor por cuya causa se constituye el derecho real de garantía y la obligación del pignorante por los gastos de conservación realizados y adelantados. Incluso es posible que el acreedor pueda dirigirse por acción personal contra otros bienes del pignorante o constituir derecho real de retención sobre la misma cosa, si el valor de la prenda no resulta suficiente para cubrir los gastos de conservación realizados (cfr. arts. 453 CC y 5, a) LDRG)<sup>656</sup>.

Sin embargo, en el derecho real de retención que la LDRG regula, ni el propietario de la cosa ni el deudor del crédito, si son personas distintas, intervienen en la constitución de la garantía, contrariamente a lo que ocurre en la prenda, de constitución voluntaria por quien lo pueda hacer (cfr. arts. 4.1 y 12.1 a) LDRG). Por otra parte, aunque el mantenimiento de la cosa en su estado interesa siempre a la propiedad, puede ser que en la relación jurídica que vinculó al propietario de la cosa con el deudor de la obligación cuyo pago asegura el derecho de retención sea éste quien deba hacerse cargo de la conservación. Además, es posible que, una vez satisfecho el crédito asegurado y extinguido el derecho de retención, la cosa no haya de entregarse a su propietario, sino que puede que haya de devolverse al deudor. El derecho real

---

<sup>655</sup> **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 535.

<sup>656</sup> **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 535.

de retención, aunque plenamente oponible, supone, específicamente, una actitud de oposición frente a “otra persona”, a quien se “deba entregar” la cosa (art. 3 LDRG). Por tanto, entiendo que esta “otra persona” es quien, en principio, ha de asumir los gastos de conservación necesarios realizados, con independencia de que posteriormente los pueda reclamar al propietario, cuestión que dependerá de los términos de su propia relación contractual (ej. depósito (art. 1779 CC), arrendamiento (art. 1554.2º CC), etc. Evidentemente, el propietario no deudor puede pagar esos gastos, como persona interesada en enervar el derecho de retención constituido, y luego repercutirlos en el deudor, si tuviera derecho a ello (art. 1158 CC).

#### **4.2. Extensión de la prenda respecto de los intereses remuneratorios**

Para que nazca el derecho a exigir los intereses remuneratorios que correspondan a un préstamo basta que exista un pacto expreso al respecto (cfr. art. 1755 CC, 114 LH, 220 RH, 9 LHM, )<sup>657</sup>. Si el préstamo es mercantil resulta necesario que el pacto conste por escrito (art. 314 C de C).

Concretamente en materia de prenda, y ante la ausencia de precepto que lo especifique, una vez ha nacido el derecho a exigir los intereses por el capital prestado, la cuestión estriba en determinar si la garantía real se extiende o no a ellos. Como punto de partida, entiendo que la prenda se extenderá o no a los intereses pactados y efectivamente devengados dependiendo de la interpretación que se haga de las expresiones “deuda garantizada” y “crédito garantizado”, utilizadas indistintamente por los artículos 2.1 a) y b), 3 y 18.1 LDRG. Si estas expresiones se entienden como sinónimos de “capital” los intereses quedarían efectivamente excluidos de la garantía pignoratícia, excepto pacto en contrario entre las partes. Pero si, se entiende que cuando la LDRG se refiere a la deuda o al crédito garantizado lo hace

---

<sup>657</sup> **ANGEL YAGÜEZ:** *Comentario...*, p. 1603: “El interés consiste en una fracción del género prestado, por unidad de tiempo de duración del préstamo. El interés, en este caso, tiene el carácter de remuneratorio (es retribución del préstamo), frente al significado del interés moratorio, que es el que se devenga como indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias”.

pensando tanto en el capital como en los intereses que ese capital genere, como partes integrantes de la deuda, estos quedarían también asegurados por la garantía, salvo pacto en contra.

Esta última interpretación, que considero la correcta, vendría avalada por el recurso a la analogía que, como criterio de integración, permite aplicar a un supuesto de hecho legalmente imprevisto la misma consecuencia jurídicamente prevista para otro supuesto similar y de identidad de razón. En este caso concreto, las normas de referencia para la aplicación analógica se encuentran en los artículos 114.1º LH (cfr. art. 146 LH) y 9 LHM. Estos preceptos -que se refieren a terceros- interpretados en sentido contrario, y ante la ausencia de un precepto legal que exija siempre la determinación de los intereses asegurados, indican que no es preciso que se pacte de forma expresa la extensión de la garantía a los intereses para que éstos queden cubiertos por la misma entre las partes<sup>658</sup>. Concretamente, en el caso de la Ley Hipotecaria, el artículo 12 sólo dice que “Las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubiesen estipulado”<sup>659</sup>. En consecuencia,

---

<sup>658</sup> **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL:** *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 1º..., p. 595: “Cuando después de constituida la hipoteca *no se hayan otorgado acto de enajenación o gravamen* de la finca hipotecada, rige el primer sistema, o sea, que la garantía hipotecaria actúa en beneficio de *todos los intereses* impagados y no prescritos. Mientras no haya tercero que pueda resultar perjudicado –dice la exposición de motivos de la ley de 1861- «conserva toda su fuerza la regla de que es extensiva la hipoteca a la seguridad de todos los intereses». Confirma esta norma el mismo art. 114 de la ley, el cual sólo establece el tope máximo de intereses asegurados hipotecariamente en cuanto se trate de evitar perjuicios a *tercera persona*. El artículo 146 de la ley admite la ejecución hipotecaria para el cobro de *todos los intereses* vencidos, y sólo ante un *tercero interesado* detiene dicha ejecución por los que excedan del máximo legal”; **MONTERO LEÓN, JUAN IGNACIO:** “La extensión de la hipoteca a los intereses del crédito garantizado”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1963, pp. 609 a 645, p. 613: “es opinión unánime que en este caso la hipoteca garantiza todos los intereses. En pro de tal opinión cabe alegar, además de la cita que antecede de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, la interpretación a *sensu contrario* del artículo 114 de la LH., pues si en perjuicio de tercero la hipoteca asegura determinados intereses, es indudable que también los debe asegurar cuando no lo haya; y en este caso sin límite alguno porque la Ley no lo impone”. En el mismo sentido **ÁLVAREZ OLALLA, PILAR:** *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*, Editorial Comares, Granada, 1999, p. 27; **CHICO Y ORTIZ:** *Estudios...*, p. 1454; **BLASCO GASCÓ:** *La hipoteca...*, p. 259; **SANCHO REBULLIDA:** *Elementos...*, p. 333, y, respecto del artículo 9 LHM, este último autor, obra cit., p. 407. Sobre el alcance del artículo 114 LH, SSTS de 12 de marzo de 1991, FD Segundo, y 5 de julio del 2001, FD Segundo.

<sup>659</sup> **MONTERO LEÓN:** “La extensión...”, p. 612: “En la inscripción consta así el interés



parece que resulta suficiente con que la garantía hipotecaria se constituya para asegurar un capital y que se estipule el interés para que la misma se extienda también a éste, sin necesidad de pacto específico al respecto<sup>660</sup>. Como resultado de ello, si las partes desean que la garantía hipotecaria no se extienda a los intereses habrán de convenirlo expresamente. Igualmente ocurre con el artículo 9 LHM ya que este precepto “es reproducción prácticamente literal del primer párrafo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria”<sup>661</sup>

---

por exigencia del artículo 12 de la LH., pero no se hace ninguna referencia al importe de la responsabilidad hipotecaria por ellos”.

<sup>660</sup> Así lo entienden **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL**: *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 1º..., p. 595 y 603; **MONTERO LEÓN**: “La extensión...”, p. 613, para quien, no obstante, en obra cit., p. 611, “Debería existir un precepto que exigiera siempre una precisa determinación de los intereses asegurados y entonces no habría problemas. Pero carecemos de él. El legislador de 1861 no se percató de que lo fundamental para que los intereses pudieran estar asegurados por la hipoteca es que se determinara inequívocamente la extensión de ésta a aquellos. El legislador de 1861, obsesionado por la protección de los terceros, orientó el problema en este sentido y nos llevó a un sistema que no deja de ofrecer bastantes dificultades. Con la regulación legal se cumple, en cierto modo, con la especialidad en cuanto a terceros. Se cumple a través de una norma legal (el art. 114), pero no consta en la misma inscripción. Esto es ya un defecto del sistema: la especialidad debe estar en los mismos asientos, no en los preceptos legales”; con idénticas palabras **CHICO Y ORTIZ**: *Estudios...*, p. 1454; la misma opinión en **ÁLVAREZ OLALLA**: *La garantía...*, p. 28: “hoy, teniendo en cuenta el modo en que se redactan las escrituras de los préstamos hipotecarios, quizá puedan revisarse estas afirmaciones. En la actualidad, todo el clausulado obligacional relativo al préstamo en sí, consta en la escritura pública en la que se constituye la hipoteca, pero de forma diferenciada. Es decir, una vez que se han plasmado todos los pactos relativos a las características del préstamo, se añade una cláusula de constitución de hipoteca (...) Al no existir referencia alguna a la cobertura de los intereses, nos parece poco defendible que el Registrador, en la inscripción, deba hacer constar la extensión de la garantía a los mismos, por mucho que éstos, desde un punto de vista personal, se hubiesen estipulado, tal y como parece expresar el art. 12 LH. Es decir, creemos que es necesario que en la cláusula de constitución de la hipoteca se haga alguna referencia a los intereses, para que éstos queden garantizados, si bien no es necesario reiterar en esta sede todos los elementos delimitadores de la obligación accesoria, elementos que el Registrador deberá hacer constar en la inscripción, pero que podrá tomar de las cláusulas obligacionales de la escritura”.

<sup>661</sup> **GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, CARLOS J.**: *Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento*, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1996, p. 53, para quien “Tanto el artículo 9.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento como el primer párrafo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria adoptan, en defecto de pacto expreso, el sistema de garantía indefinida cuando, con posterioridad a la constitución de los citados derechos reales, no se hubiese producido un acto de enajenación o gravamen de los bienes objeto de los mismos. En caso contrario, es decir, cuando de la reclamación de intereses pudiera derivarse un perjuicio para tercero, ambos textos legales adoptan el sistema de tope máximo, fijándolo en dos años más la parte vendida de la anualidad corriente”. **MONTERO LEÓN**: “La extensión...”, p. 645: “Hemos intentado demostrar la inconsistencia del sistema legal de garantía de los intereses. Una



Pero el fundamento jurídico que mejor avala la tesis de la extensión de la garantía a los intereses pactados y devengados, que en este punto se defiende, lo ofrece el propio artículo 2.1, b) LDRG. En este precepto, referido al efecto anticrético de la garantía, se diferencia claramente entre los intereses y el capital, como elementos integrantes de la “deuda garantizada”. Según este artículo, cuando la cosa retenida genere “frutos” se habrán de compensar con los intereses que genere la “deuda garantizada”, en primer lugar; y sólo cuando no existan intereses o estos hayan sido compensados, los frutos se imputarán al “capital” (cfr. art. 1173 CC). Es decir, lo que ha de compensarse es toda la deuda asegurada, empezando por los intereses que el capital genere. Por tanto, este artículo 2.1, b) LDRG, que diferencia entre ambos elementos, no sólo incluye al capital en la compensación anticrética o, lo que es lo mismo, en la garantía, sino que también integra a los intereses, como accesorios de aquél y parte total de la deuda<sup>662</sup>.

Por otra parte, el fundamento de la extensión de la garantía pignoraticia a los intereses pactados puede encontrarse, también, a mi juicio, en el artículo

---

buena regulación de esta materia debería basarse en los siguientes principios: a) La exigencia de pacto que determinase la máxima responsabilidad de los intereses, como condición *sine qua non* para que la hipoteca se extendiese a su garantía. b) Sin tal pacto, la referencia al tanto por ciento de interés no tendría trascendencia alguna, pues la hipoteca no los aseguraría. c) El pacto determinaría en absoluto la extensión de la responsabilidad y ésta afectaría a todos sin distinción entre terceros o no. d) La supresión del límite a la fijación del interés garantido y la supresión de las ampliaciones de hipoteca”.

<sup>662</sup> En definitiva, por el efecto anticrético se aplican los frutos o intereses que genere el objeto afectado por la garantía al pago de los intereses generados por el crédito garantizado, en primer lugar; lo que viene a significar que estos intereses quedan cubiertos por la garantía ya que, de lo contrario, si el objeto respondiera sólo del pago del capital, lo único a compensar habría de ser éste capital. Esta es la opinión que parece mantener la doctrina. Así, **SERRANO ALONSO: Comentario...**, p. 1882, quien dice estar de acuerdo con la doctrina mayoritaria al entender que el artículo 1866.1º CC, al referirse al “crédito” garantizado, en general, incluye “la deuda principal, con sus intereses tal como se deduce de los efectos señalados en el art. 1871”. Igualmente **GUILARTE ZAPATERO: Comentarios...**, p. 554: “La facultad de retener, de acuerdo con el precepto presente, se refiere al pago de la deuda, de sus intereses y de las expensas, en su caso; y este mismo autor, obra cit., p. 556: “¿intereses y expensas, en su caso, darán lugar a un cobro preferente frente a otros acreedores? En mi opinión, así debe ser. Respecto de los primeros porque, estando pactados, forman parte del crédito y a ellos se presume, sin duda, que se extiende la garantía sin limitación en orden a los plazos o a su cuantía”.

5, d) LDRG. Este artículo también atiende a los intereses como parte de la deuda garantizada por el derecho real de retención, es decir, como parte integrante de la obligación que, en última instancia, se hará efectiva con el valor de la cosa retenida. Es cierto que a este argumento se puede objetar que si los intereses quedan incluidos en el derecho de retención es precisamente porque la LDRG así lo dispone expresamente, lo que no sucede en el derecho real de prenda. Sin embargo, considero que, en este punto también, la diferencia es una consecuencia más del distinto origen de ambos derechos. Es decir, entiendo que siendo el derecho de retención una garantía real que se constituye por la voluntad unilateral del acreedor, ha de ser la ley la que atribuya a su titular determinadas facultades, determinados efectos que pueden entenderse implícitos en una garantía de origen convencional como es la prenda. Dicho de otro modo, por las razones anteriormente expuestas entiendo que el legislador parte de la idea de que los intereses pactados, junto con el capital, son siempre parte del crédito y que, por tanto, han de quedar cubiertos por la garantía; extremo que expresamente se declara respecto al derecho de retención para soslayar las dudas que pudieran producirse en torno a la extensión de esta garantía, que nace al margen de la voluntad del deudor.

Esta opinión integradora encontraría, además, su apoyo histórico en el Proyecto de Código Civil de 1851. El artículo 1778 de este Proyecto disponía que “Mientras el deudor no pague la deuda y los intereses, y expensas en su caso, no puede obtener la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor”. Al respecto GARCÍA GOYENA comentó: “los primeros son accesorios y parte de la misma deuda, aunque algunos, arguyendo de la citada ley Romana 11, párrafo 3, quieren malamente que, pagado el principal, no podría retenerse la prenda por las usuras o intereses, si no se había dado también por ellos”<sup>663</sup>.

En definitiva, salvo pacto en contrario, entre las partes la garantía pignoratícia alcanza a los intereses convencionales vencidos e impagados que

---

<sup>663</sup> GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, p. 181.

el capital devengue, en las circunstancias pactadas por las partes de la relación obligatoria que con la prenda se asegura (tipo, término, etc.), o en las circunstancias legalmente determinadas (tipo)<sup>664</sup>.

Con referencia a los terceros, la cuestión estriba en determinar, por una parte, si resulta también aplicable el límite que se establece en los artículos 114.1º LH y 9 LHM, según los cuales la garantía que asegure una obligación que devengue intereses asegurará, en perjuicio de terceros, además del capital los intereses de los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente; y, por otra parte, si resulta o no igualmente aplicable el límite temporal que, en beneficio de terceros, establece el artículo 114.2º LH, según el cual “En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años”.

Respecto del tope máximo de responsabilidad frente a terceros, que tanto la LH como la LHM fijan en dos años más la parte vencida de la anualidad corriente, considero que habría de resultar igualmente aplicable en el ámbito de la LDRG, que en este punto guarda silencio, de la misma manera que considero aplicable la parte inicial de esta misma norma.

Sin embargo, respecto de la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 114 LH, que prohíbe en perjuicio de terceros el pacto de extensión de la garantía a los intereses pactados y devengados por un plazo superior a cinco años, entiendo que la misma no resulta aplicable en el ámbito de la LDRG. Esta norma, tampoco ha sido recogida por la LHM, que no incorpora, ni en su artículo 9 ni en ningún otro precepto, un texto similar al del párrafo segundo del artículo 114 LH, con lo que se entiende que, en su ámbito, la LHM deja en plena libertad a las partes para convenir un aseguramiento de intereses

---

<sup>664</sup> Si las partes han acordado el devengo de interés, su tipo puede ser el que aquéllas hayan fijado libremente, debiéndose aplicar, en su defecto, el interés legal del dinero. Pero, en cualquier caso, la prenda cubre los intereses del capital convenidos y generados, excepto que las partes acuerden lo contrario.

superior a cinco años<sup>665</sup>. Igualmente, en el ámbito de la LDRG habría que entender que las partes en el derecho de garantía mobiliaria son libres de pactar a los mismos efectos el plazo que les convenga, de manera que, por tal pacto, que será oponible a terceros si consta en la forma legalmente requerida (cfr. art. 12.2 LDRG), podrán asegurar intereses por mayor cantidad de la que corresponda a los cinco años.

### 4.3. Extensión de la prenda respecto de los intereses moratorios

En principio, la prenda no garantiza los intereses que puedan nacer de la morosidad en el cumplimiento de la obligación (cfr. arts. 1100 y 1108 CC), aunque las partes pueden pactar lo contrario<sup>666</sup>. En caso de pacto, dado que se

---

<sup>665</sup> GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, CARLOS J.: *Comentarios...*, p. 53: “Opinamos que en este punto no es de aplicación a la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria. No parece asumible que nos hallemos ante una auténtica laguna de la Ley de 1954, sino ante una omisión premeditada. Si el legislador hubiese querido someter tales gravámenes mobiliarios al régimen propio de la hipoteca inmobiliaria es evidente que, o hubiera omitido toda referencia a los intereses asegurados en perjuicio de tercero, con lo que cabría considerar aplicable, por remisión, la normativa de la Ley Hipotecaria, o hubiera incorporado en el artículo 9.º de la Ley de 1954 un texto similar al del párrafo segundo del artículo 114 de dicha Ley Hipotecaria”.

<sup>666</sup> Según la DGRN los intereses moratorios sólo quedan garantizados a través de una garantía de seguridad, es decir, a través del establecimiento de un tope máximo de responsabilidad, para lo que resulta necesario que exista una estipulación expresa y diferenciada incluyéndolos en la cobertura hipotecaria. Así, reiterando sus argumentos, la Resolución de 11 de febrero de 1998, FD Segundo: “Es doctrina indubitada, resultante de los artículos 1.857 del Código Civil, 104 de la Ley Hipotecaria, 126, 129, 131 y 235 del Reglamento Hipotecario, que la acción hipotecaria sólo puede ejercitarse para el cobro de cantidades garantizadas por la hipoteca a ejecutar (cfr. RR de 18 de abril de 1952, 27 de julio de 1988), y en el presente caso, aunque se pactara que el crédito garantizado devengaría intereses moratorios, no se extendió a ellos la cobertura hipotecaria, de modo que debe rechazarse toda pretensión de cobro de aquellos con cargo al precio de remate obtenido en la ejecución; sin que quepa estimar, como alega el Notario recurrente, que pactándose que el crédito devengara intereses de demora, éstos se entienden ya garantizados hipotecariamente hasta el límite del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, sin necesidad de estipulación expresa que así lo establezca, pues: 1) debe distinguirse adecuadamente el distinto plano en que se mueven el crédito garantizado y la hipoteca que lo asegura, por lo que no cabe afirmar que la extensión estipulada para el préstamo en el plano obligacional determine automáticamente la de la cobertura hipotecaria constituida, la cual tendrá, en todo caso, el alcance que los constituyentes determinen dentro del margen legal (cfr. art. 9.2 de la Ley Hipotecaria); 2) no cabe una interpretación extensiva en este punto, dado el carácter de derecho real limitativo de la garantía hipotecaria (cfr. art. 348 del Código Civil); 3) tratándose de los intereses moratorios, su específica naturaleza determina, como ha señalado reiteradamente este centro directivo (RR de 14 de febrero y

trata de una deuda eventual e indeterminada en su cuantía, las partes se verán obligadas a constituir una prenda de máximo, esto es, las partes se verán obligadas a fijar una cuantía máxima que determine el límite máximo de responsabilidad del objeto gravado también por concepto de intereses moratorios<sup>667</sup>.

#### **4.4. Extensión de la prenda respecto de los daños y perjuicios sufridos**

La doctrina dominante se muestra contraria a incluir en la cobertura real los eventuales daños y perjuicios que el poseedor pueda sufrir por causa de la cosa empeñada, sin culpa del pignorante, y, por tanto, a que el acreedor pignoraticio pueda ejercitar por este solo concepto la facultad de retención derivada de la garantía pignoraticia. A esta opinión que niega el alcance de tal responsabilidad, que comparto en su conclusión aunque no en su argumentación, se llega después de comparar la prenda con el contrato de depósito. En el depósito, el artículo 1780 CC concede al depositario un derecho de retención para que lo ejercite cuando el depositante se niegue a efectuar “el

---

de 15 de marzo de 1985, 29 de octubre de 1987, 17 de marzo de 1994), la necesaria constitución de una hipoteca especial a modo de una hipoteca de seguridad, para que queden debidamente garantizados”. En el mismo sentido, entre otras varias, RR de 20 y 22 de noviembre, 17 y 18 de mayo, 17 y 29 de abril del 2000; 18 de diciembre de 1999. Igual posición es la que sostiene el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de marzo de 1991, FD Tercero: “En virtud de la exigencia del principio de especialidad (art. 12 LH) no cabe entender incluidos bajo la genérica cobertura real por intereses a los devengados en caso de mora; éstos, si pretenden protección hipotecaria, deberán establecerse de forma diferenciada, con señalamiento de un tope máximo de garantía y con respecto de las demás exigencias requeridas por las especialidades características de las hipotecas de seguridad (sistema de liquidación del débito, posibilidades de impugnación, duración, etc.)”.

<sup>667</sup> **MONSERRAT VALERO, ANTONIO:** “Los intereses garantizados por la hipoteca”, *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, 1999, pp. 5 a 12, p. 72: “En efecto, la deuda por intereses moratorios es indeterminada tanto con relación a su existencia como con relación a su cuantía. Por un lado, sólo nacerá si el deudor se retrasa en el cumplimiento de su obligación de entregar al acreedor las sumas pactadas, bien en concepto de amortización del capital, bien en concepto de pago de los intereses remuneratorios. Y por otro, se ignora la cuantía exacta de los mismos en el momento de constituir la hipoteca, porque se ignoran los dos parámetros que juegan en la aplicación del tipo impositivo del interés moratorio –lo único que se conoce en el momento de la constitución de la hipoteca–: la cuantía de la deuda cuyo cumplimiento se ha retrasado y el tiempo que dura el retraso. Lógicamente, el tipo de interés moratorio sólo se aplicará a las cantidades vencidas impagadas por el deudor y durante el tiempo que dura el retraso, que puede ser de breves días o se puede prolongar indefinidamente”.

completo pago de lo que se le deba por razón del depósito”. Esto es, cuando el depositante no le reembolse los gastos de conservación realizados en la cosa depositada o no le indemnice por “todos los perjuicios que se le hayan seguido del depósito” (art. 1779 CC). Se entiende que el depositario tiene reconocido el derecho a una indemnización porque ejerce su función en interés del depositante. En cambio, se dice, la consignación de la cosa en la prenda persigue el interés o beneficio del acreedor, quien ya cuenta al recibirla con los riesgos de un posible perjuicio, que no tiene por qué serle indemnizado<sup>668</sup>.

Esta argumentación, basada en el criterio del beneficio, no resulta suficiente para negar la extensión de la garantía pignoraticia a los daños y perjuicios sufridos por el poseedor por razón de la cosa. En la prenda, el traspaso posesorio es un elemento esencial para la constitución del derecho (art. 12.1, b) LDRG). Y dado que el derecho real de prenda tiene un origen convencional resulta imprescindible el consentimiento libre de las partes constituyentes, que actúan en su interés o beneficio. Es decir, en el negocio de prenda las partes, ambas, actúan y consienten porque les interesa: evidentemente la prenda se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación, y desde este punto de vista beneficia al acreedor; pero también beneficia al deudor, quien sin la garantía probablemente no obtendría su crédito. Por otra parte, entiendo que el beneficio que el traslado posesorio supone para el acreedor pignoraticio tiene como contrapartida su actividad – que no gastos- de conservación; y que esta contrapartida no tiene por qué extenderse ni a los gastos por este concepto ocasionados, que puede recuperar (cfr. arts. 6.2. y 18.2 LDRG), ni a los perjuicios derivados de cualquier circunstancia ajena a su voluntad y a su probada diligencia<sup>669</sup>. Por tanto, desde

---

<sup>668</sup> **MANRESA Y NAVARRO:** *Comentarios...*, p. 578; **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 535; **SERRANO ALONSO:** *Comentario...*, p. 1885.

<sup>669</sup> **BADOSA COLL:** *Comentario...*, p. 1687: “La eventualidad de la obligación de reembolso del art. 1.779 tiene carácter general y, por tanto, se extiende tanto al depósito gratuito como retribuido. Esto significa que la remuneración del depositario sólo pretende compensarle el sacrificio de su actividad de conservación, y no puede configurarse como un beneficio compensable con los gastos y los perjuicios”. Igualmente, en la prenda esta remuneración se compensa con el beneficio que la posesión de la cosa reporta al acreedor en vistas a la satisfacción de su crédito.

esta perspectiva, el criterio del beneficio no sirve para excluir de la garantía a los daños y perjuicios.

Pero, además, como advierten los partidarios de la tesis excluyente, esto es, la tesis que niega la posibilidad de incluir en la cobertura pignoratícia los daños y perjuicios causados al poseedor por razón de la cosa empeñada, el criterio del interés del acreedor pignoratício tampoco sirve cuando la posesión de la cosa empeñada se haga en favor de un tercero (art. 12.1, b) LDRG), y éste sea quien sufra los daños o perjuicios<sup>670</sup>. Por la misma razón, tampoco sirve este criterio cuando la prenda se constituya por disposición de última voluntad, y sea el sujeto gravado por el legado quien sufra los perjuicios o los daños por causa de la conservación diligente de la cosa cuya posesión haya de entregar al beneficiado por el derecho real.

Por otra parte, el criterio del beneficio tampoco parece adecuado en el contexto de la LDRG. El artículo 5, b) LDRG legitima al poseedor de buena fe de cosa ajena para constituir derecho real de retención y, por tanto, mantener la posesión de la cosa aún contra la voluntad de su propietario, en seguridad del cobro de los daños producidos por razón de la cosa. En este supuesto resulta evidente que el derecho de retención, que beneficia al propio acreedor, se constituye y ejercita para el cobro de los daños sufridos<sup>671</sup>.

Atendiendo a todo ello considero que los daños y perjuicios que sufra el poseedor de la cosa, en el ejercicio de la facultad de retención, y no obstante el cumplimiento diligente de su deber de conservación, corren a cargo del

---

<sup>670</sup> **MANRESA Y NAVARRO:** *Comentarios...*, p. 579: “Desde luego, se comprende que los preceptos del artículo se refieren al caso de que la cosa pignorada quede en poder del acreedor; pero como puede estarlo en el de un tercero, entonces éste se convierte en un verdadero depositario y sus derechos y obligaciones se regularán por el título de depósito”; **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 536: “si el daño lo causa la cosa al tercero al que se confió por el acuerdo de acreedor y deudor la solución es menos clara y no cabe fundamentarla en el argumento expuesto”.

<sup>671</sup> No obstante, debe tenerse en cuenta que el derecho de retención es una garantía que el acreedor se encuentra en cierta manera obligado a constituir para defender su interés ya vulnerado –lo que realmente beneficia al acreedor es el cobro de su deuda-, mientras que la prenda no obedece a una situación similar.

pignorante. En contrapartida, los daños o perjuicios ocasionados por causa de la actividad negligente en la guarda o en la conservación de la cosa serán a cargo del acreedor pignoraticio. En definitiva, cuando se trate de perjuicios derivados de la actuación del poseedor de la cosa que tenga como fin la conservación diligente de la prenda deberán ser soportados por el pignorante; cuando los perjuicios deriven de una causa ajena a la actuación del depositario deberán ser soportados bien por éste, si con su conducta diligente hubiera podido evitarlos o en aquello que hubiera podido evitar, o por el pignorante, si la diligencia observada por el poseedor hubiese sido la debida.

Ahora bien, que se reconozca el derecho del acreedor pignoraticio a ser indemnizado por los perjuicios sufridos por razón de la cosa empeñada no significa que la garantía se extienda a ellos, porque la LDRG no lo permite (cfr. art. 18.2 LDRG). En todo caso, el acreedor podría ampararse en lo dispuesto por el artículo 5, b) LDRG y constituir un derecho real de retención sobre el objeto previamente empeñado, que le asegurara la indemnización que le correspondiera para el “resarcimiento de los daños producidos en razón de la cosa a la persona obligada a la entrega”. Pero, entonces, ¿por qué no simplificar e integrar ese concepto de daños y perjuicios en la cobertura pignoraticia? Pues, a mi juicio, porque, en este caso, lo simple no es lo más seguro, al menos para los intereses del deudor, quien ha de disponer de la posibilidad de oponerse en el plazo legal de un mes a la retención unilateralmente constituida por el acreedor (art. 4.1 LDRG).

## **5. EL DEBER DE RESTITUCIÓN**

### **5.1. En general, la extinción de la garantía real**

Según los artículos 6.1 y 18.1 LDRG, en sentido contrario, el retenedor o el acreedor pignoraticio no pueden negarse a la restitución de la cosa cuando les haya sido pagado totalmente el crédito garantizado. En ambos casos la facultad de retención concluye tan pronto como concluya la función que se



atribuye a los derechos de garantía: por el pago se extingue la obligación asegurada y, con ella, la garantía accesoria que faculta a su titular para mantenerse en la posesión y negarse a la entrega del objeto gravado, incluso frente a terceros cuando los constituyentes hubieran hecho constar el gravamen en la forma requerida para ello (art. 12.2 LDRG)<sup>672</sup>.

Como norma general, lo que determina el deber de restituir el objeto retenido es la extinción de la garantía; supuesto que vendrá dado por la extinción por pago –voluntario o forzoso- de la obligación, por su extinción por cualquier otra causa o por la extinción del derecho real manteniéndose la obligación de la que fue accesorio (cfr. arts. 6.3 y 18.3 LDRG). Específicamente la facultad del titular del derecho de retención de mantenerse en el poder de la cosa concluye también cuando el deudor o el propietario decidan utilizar la facultad de sustitución que la Ley pone a su disposición (art. 11 LDRG), puesto que, como se argumentará en su momento, esta garantía no pervive sobre un objeto distinto. En cualquiera de los casos, la desaparición de la garantía determina el nacimiento de la obligación de restitución, que el hasta entonces titular del derecho real no puede evadir. El objeto anteriormente gravado deberá ser entregado a quien corresponda (al deudor, al propietario, al adquirente en la realización). En caso de duda sobre la persona a la que haya de hacerse la devolución puede aplicarse el artículo 1176.2 CC que permite la consignación de la cosa, como mecanismo de pago.

---

<sup>672</sup> No obstante, el artículo 97.2 LC prevé la extinción de las garantías cuyos titulares hayan sido calificados en la lista de acreedores como “personas especialmente relacionadas con el concursado” y no hubieran impugnado en tiempo y forma esta calificación, obligándoles a restituir la posesión de la cosa afectada y a la cancelación de los asientos en los Registros correspondientes. Debe tenerse en cuenta que la Ley Concursal vigente relega los créditos de que fuera titular alguna de las llamadas “personas especialmente relacionadas” (art. 93), situándolos por detrás de los créditos privilegiados y ordinarios, al calificarlos como créditos subordinados y, dentro de esta categoría, al colocarlos en el penúltimo lugar de la lista (art. 92.5º en relación con art. 158). Se vislumbra, pues, en esta materia un carácter sancionador de esta norma, basado en la sospecha, que perjudica gravemente los intereses de ciertas personas por el simple hecho de estar unidas por vínculos de parentesco o de convivencia con el concursado, si es persona física, o por su carácter de socios en las circunstancias que se describen en el artículo 93 LC, si el concursado es persona jurídica; perjuicio que previsiblemente ha de repercutir en las posibilidades de financiación del deudor.

No obstante, cuando el derecho real de retención se extinga perviviendo la obligación de la que era accesorio, el acreedor puede constituir un *nuevo* derecho de retención si vuelve a poseer la cosa objetivamente vinculada al crédito todavía insatisfecho. Esta posibilidad no contradice lo dispuesto en el artículo 6.3 LDRG, que declara extinguido el derecho real, aunque la obligación garantizada no haya sido satisfecha, “si la persona retenedora devuelve voluntariamente la cosa, aunque posteriormente recupere su posesión”; es decir, no se trata de “revivir” un derecho ya extinguido, porque eso no es posible. La hipótesis planteada parte, también, de la previa extinción de la garantía -por ejemplo, por la causa prevista en ese artículo 6.3 LDRG-, pero supone que el todavía acreedor, nuevamente “poseedor de buena fe de cosa ajena” (art. 3 LDRG), constituye en forma un nuevo derecho de retención sobre la misma cosa y en garantía de la misma obligación. Para ello poco importa que la obligación haya estado previamente garantizada por otro derecho de retención. Lo que importa es que exista una obligación incumplida que según la LDRG sea susceptible de ser garantizada con un derecho real de retención (arts. 3 y 5).

## **5.2. La extinción por renuncia**

### **5.2.1. La presunción de renuncia**

Los artículos 6.3 y 18.3 LDRG establecen una causa específica de extinción de la garantía real, que no supone la extinción de la obligación garantizada<sup>673</sup>. En ambos preceptos parece que el supuesto de hecho es la pérdida voluntaria del *ius possessionis* del acreedor una vez constituida la

---

<sup>673</sup> La extinción por renuncia de la garantía no implica la extinción del crédito que la misma aseguraba. No pareció entenderlo exactamente así **SCAEVOLA: Código...**, p. 294: “Tratándose de la prenda, el artículo 1.191 del Código civil destaca esa misma nota de accesoriedad, en cuanto dispone que si la cosa empeñada, después de haber estado en poder del acreedor, se encuentra en poder del deudor, se considera extinguida la prenda, sencillamente, por la razón de que se ha extinguido el crédito o la obligación principal, ya que el derecho, interpretando actos posteriores al contrato, ha supuesto que si la cosa ha sido devuelta, ha sido porque el crédito se ha extinguido, y por el juego del carácter accesorio de la prenda si no está en poder del acreedor es porque no existe obligación a asegurar”.

garantía. Por tanto, parece que lo determinante para considerar extinguida o no la garantía es la voluntad del retenedor de mantenerse en su situación o estado posesorio. Sin embargo, a pesar del aparente paralelismo existente entre los artículos 6.3 y 18.3 LDRG, sus respectivas premisas se encuentran diferentemente formuladas, lo que obliga a analizarlas atendiendo a su común finalidad y a la del derecho en el que se integran, al objeto de determinar su grado de coincidencia y relación.

Según el artículo 6.3 LDRG “el derecho de retención se extingue si la persona retenedora devuelve voluntariamente la cosa, aunque posteriormente recupere su posesión”. En este caso la garantía se entiende extinguida automáticamente por renuncia de su titular cuando voluntariamente, con la entrega de la cosa, extinguiera el *ius possidendi* correspondiente al concepto de retenedor del que era titular<sup>674</sup>. Como ha quedado dicho, la recuperación por parte del acreedor de la posesión de la cosa voluntariamente devuelta no revive la garantía ya extinguida, lo que no impide que se constituya otra nueva si concurren los presupuestos legalmente establecidos (art. 3 y 5 LDRG). En su sentido contrario, el artículo 6.3 LDRG determina que el derecho de retención no se extingue por renuncia aunque la cosa retenida se encuentra en posesión de la persona a quien había de ser entregada, cuando ello no obedezca a la voluntad del retenedor de extinguir su derecho, que subsiste (p.e. en concepto de depósito).

Pero respecto de la garantía pignoratícia, el artículo 18.3 LDRG no parece expresarse de forma tan contundente. Según este artículo, “se presume renunciado el derecho de prenda si la cosa empeñada se halla en poder de su propietario o propietaria”. Por tanto, el propietario de la cosa sólo ha de demostrar

---

<sup>674</sup> **TORRES LANA, JOSÉ ÁNGEL**, en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DíEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 272, considera que la presunción de extinción del derecho real de prenda contemplada en el artículo 1191 CC se basa en el “fenómeno inverso -reintegración posesoria- al que lo originó -traspaso posesorio-, con su consecuencia automática de consolidación del pleno dominio en el propietario”.

que ha recuperado su *poder directo* sobre la misma para que el derecho de prenda se *presuma* renunciado. Demostrado lo anterior y, por tanto, presumida la renuncia, el acreedor perjudicado por la presunción sólo podrá destruirla probando que la posesión del pignorante se debe a causa distinta de la renuncia (cfr. art. 385 LEC). De lo contrario, si el acreedor pignoraticio no puede demostrar la inexistencia de renuncia, la garantía se extingue definitivamente.

Como se aprecia, el artículo 6.3 LDRG, al contrario del artículo 18.3 LDRG, no formula *expresamente* una presunción. De forma literal, el artículo 6.3 LDRG no presume, sino que declara automáticamente extinguido el derecho de retención cuando el acreedor devuelva voluntariamente la cosa a quien corresponda. Si no existe presunción parece que para alegar la extinción del derecho de garantía bastará con que el deudor pruebe que la posesión material del objeto le fue transmitida voluntariamente, es decir, sin perjuicio para el retenedor que no sufrió despojo alguno, y, además, con el ánimo de renuncia<sup>675</sup>. Ésta sería, pues, la diferencia básica respecto del artículo 18.3 LDRG: la necesidad de que el beneficiado por la extinción del derecho real de retención pruebe no sólo que ha recuperado, que tiene en su poder la cosa, sino también que ello se debe al ánimo de renuncia del acreedor. Si logra demostrar estas circunstancias el derecho de retención se extingue automáticamente, sin que su titular disponga de la posibilidad de destruir ninguna presunción, que no se formula.

Pero puede entenderse también que, al igual que el artículo 18.3 LDRG, el artículo 6.3 LDRG contiene una presunción *iuris tantum* de renuncia, en este caso, tácitamente formulada. De ser así, esta presunción tendría también como efecto la inversión de la carga de la prueba, y operaría cuando el deudor o el propietario demostraran que el retenedor devolvió voluntariamente la cosa retenida en seguridad de su crédito (cfr. art. 385.1 LEC). Demostrado este hecho

---

<sup>675</sup> La devolución de la cosa ya implica una voluntad de renuncia, que no tiene por qué existir en una entrega. Ocurre, no obstante, que el deudor ha de probar que se trata de una devolución y no de una entrega en cualquier concepto (depósito, comodato, etc.), para lo que habrá de demostrar el ánimo en la transmisión.

base –la devolución voluntaria- la consecuencia automática sería presumir renunciado el derecho de retención y, por tanto, su extinción por este motivo (art. 6.2 CC). Con lo que será al acreedor que quiera evitar esa consecuencia a quien incumba la prueba de que la transmisión posesoria, aun voluntaria, tal y como quedó demostrado, no obedeció a un ánimo de renunciar a su derecho y que, por lo tanto, éste subsiste.

A mi juicio, esta última interpretación es la acertada. Considero que el artículo 6.3 LDRG establece tácitamente una presunción *iuris tantum* de extinción del derecho de retención por renuncia de su titular y, consecuentemente, que a éste corresponde la prueba en contra. Por tanto, encontrándose la cosa retenida en posesión del deudor o del propietario y acreditándose por cualquiera de éstos que la transmisión posesoria fue voluntariamente realizada por el acreedor, ha de ser éste quien demuestre que tal transmisión se debió a voluntad distinta de la de extinguir la garantía y que, por ello, continúa existiendo y facultándole como titular para reclamar y recuperar el objeto todavía gravado, en tanto no se le haya pagado totalmente el crédito que generó retención (art. 6.1 LDRG; cfr. Preámbulo II, 3º LGP)<sup>676</sup>.

### **5.2.2. Presupuesto de la extinción: la devolución voluntaria de la cosa retenida**

Para que la prenda posesoria o el derecho real de retención se extingan por renuncia resulta necesario que la cosa sea devuelta. En este punto, la diferencia entre los artículos 6.3 y 18.3 LDRG reside en que mientras el primero emplea directamente la expresión “devuelve”, el segundo requiere que la cosa se “halle en poder de su propietario”. Esta diferencia se debe, en este caso también, al distinto origen de las garantías, es decir, a que la prenda la constituye el propietario, mientras que el derecho de retención se constituye sin contar con su

---

<sup>676</sup> El retenedor dispone de una acción especial para recuperar el objeto afectado por el derecho de retención, sin necesidad de acudir al ejercicio de las acciones previstas por el ordenamiento jurídico para el poseedor desposeído (cfr. art. 250.1, 4º LEC).

voluntad y, quizá, frente a una obligación ajena. En cualquier caso, ambas hipótesis atienden a la devolución de la cosa.

Específicamente, puede parecer que el artículo 6.3 LDRG, utiliza la expresión "devuelve" refiriéndose sólo al supuesto en que el objeto retenido se reintegre voluntariamente a quien, con su incumplimiento, originó la garantía, es decir, al deudor. Sin embargo, considerando que no en todo caso han de coincidir en una misma persona las posiciones subjetivas de deudor en la relación obligatoria presupuesta del derecho de retención y de propietario del bien retenido, la presunción de renuncia opera también cuando la posesión del objeto retenido se transmita voluntariamente a su propietario. En este último caso, la titularidad dominical y la disponibilidad material de la cosa gravada son elementos suficientes para presumir extinguido el derecho real de retención, por renuncia de su titular, de no demostrarse lo contrario. Contrariamente, no opera la presunción y, por tanto, no ha de entenderse extinguida la garantía, cuando la cosa retenida se entregue voluntariamente a un tercero; supuesto en el cual no hay "devolución", y en el que el retenedor mantiene su derecho y, por tanto, la posibilidad de ejercitar las acciones de defensa pertinentes que le permitan recuperar la posesión de la cosa<sup>677</sup>.

Otra diferencia en la formulación de los preceptos que ahora se analizan se refiere a la persona que ha de hacer la devolución o entrega. El artículo 6.3 LDRG requiere que la devolución la haga la propia "persona retenedora", mientras que el artículo 18.3 LDRG no prejuzga a quien se deba el traslado posesorio. Sin embargo, a mi juicio, la distinta formulación del supuesto no entraña ninguna diferencia sustancial. En el derecho real de retención la LDRG no prevé la eventualidad de que la posesión de la cosa retenida la ostente un tercero, mientras que en la prenda las partes siempre pueden convenir el traslado posesorio en favor de un tercero (art. 12.1, b) LDRG). Por tanto, tanto en una u otra garantía es posible que la cosa se encuentre en poder de aquél a quien haya de ser devuelta porque el retenedor se la haya entregado o lo haya

---

<sup>677</sup> De la misma opinión **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS**: *Institucions...*, v. I, p. 399.

hecho un tercero con el consentimiento del titular del derecho, en cuyo caso la garantía también se extingue por renuncia.

La devolución de la cosa gravada ha de ser voluntaria. La pérdida del *ius possessionis* del retenedor una vez constituida la garantía no implica necesariamente la extinción de la misma. El titular del derecho real que involuntariamente pierda la posesión del objeto retenido mantiene todas sus facultades, entre ellas las que tengan por objeto la recuperación del bien, que puede ejercitar incluso contra el propietario.

### **5.3. El deber de entrega o restitución**

Extinguida la garantía por cualquier causa, nace para el retenedor el deber de restituir la cosa hasta entonces gravada. El *ius possidendi*, que justificaba el mantenimiento del *ius possessionis* y la negativa a la entrega incluso frente a terceros (arts. 2.1, a); 6.1 y 18.1 LDRG), se ha extinguido. Por tanto, a partir de ese momento, el poseedor ya no puede mantener la cosa en concepto de retenedor o de acreedor pignoraticio, y surge para él la obligación de entregarla a quien corresponda, incluso aunque la obligación anteriormente asegurada por la garantía real resulte todavía incumplida.

En la prenda el deber de restituir del acreedor es normalmente de origen contractual, aunque necesariamente deba cumplirse extinguida la garantía. Es un deber que tiene como causa una garantía real posesoria válidamente constituida y que compete a quien fue su titular, a quien en tal concepto poseía debidamente la cosa (art. 2.1, a) LDRG). Por tanto, este deber de restitución debe diferenciarse, especialmente, del que se origina por causa de la invalidez del negocio de garantía (arts. 1303 y ss. CC). En este último caso, la fuente de la obligación —el negocio de garantía— se considera como si no hubiera existido, es decir, se anula, lo que comporta la extinción de cualquiera de sus efectos por carecer de causa o fundamento jurídico. La obligación de restituir que surge por este último motivo no tiene, pues, como causa un negocio inválido, sino la

ley, que la establece como consecuencia directa de una declaración de nulidad. Igualmente ocurre cuando la decisión judicial resultado de la oposición a la que se refiere el artículo 4.1 LDRG declare la inexistencia de la garantía por la falta de concurrencia de alguno de sus presupuestos (arts. 3 y 5 LDRG) o requisitos (art. 4.1 LDRG). En cualquiera de estos casos, el deber de restitución no es un efecto del negocio de garantía real, sino resultado de la ineficacia de un negocio (caso de la anulación del negocio de prenda) o de un acto (declaración unilateral de la retención, y de la aplicación del principio general del no enriquecimiento injusto (cfr. arts. 1261 y 1275 CC).

Cuando la cosa retenida se encuentre en posesión de un tercero (p.e. para que la custodie o la repare, o para que lleve a cabo una gestión conservativa de carácter profesional) éste ha de cumplir la orden de restitución del titular del derecho real de garantía, sin que le sea posible decidir sobre la conveniencia de ejecutarla o mantenerse en la retención. Ambas decisiones corresponden al acreedor o, en su caso, a la autoridad judicial. El incumplimiento de este deber por parte del tercero genera su responsabilidad por los daños y perjuicios que la restitución o el mantenimiento de la retención no consentidos pudieran ocasionar<sup>678</sup>.

El deber de restituir, en cuando al lugar de la entrega, se rige por las reglas del artículo 1171 CC. El derecho a la restitución no se encuentra sometida a plazo de prescripción cuando reivindique el propietario. En los demás supuestos, la acción de restitución es de naturaleza personal<sup>679</sup> y prescribe a los diez años (art. 121-20 CCC). En cualquier caso ha de atenderse al plazo de usucapión legalmente establecido, que es el de seis años a partir del cambio de concepto posesorio (art. 342 CDDC)<sup>680</sup>.

---

<sup>678</sup> **SERRANO ALONSO:** *Comentario...*, p. 1890.

<sup>679</sup> **CASTÁN TOBEÑAS:** *Derecho...*, p. 479: "Este derecho, como derivado de un contrato, se hará efectivo por acción personal". Igualmente, **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 554; **SERRANO ALONSO:** *Comentario...*, p. 1890.

<sup>680</sup> **CASTÁN TOBEÑAS:** *Derecho...*, p. 479.



## **6. PARTICULARIDADES DEL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE RETENCIÓN SOBRE ACCIONES O SOBRE PARTICIPACIONES SOCIALES<sup>681</sup>**

En este punto se trata de analizar el ejercicio de una misma facultad -la retención- sobre objetos cuya distinta naturaleza los hace merecedores de tratamiento monográfico igualmente diferenciado –acciones y participaciones sociales. Sin embargo, el análisis unitario de este aspecto puede encontrar su justificación en la semejanza sustancial que existe en buena parte del régimen previsto para ambos instrumentos y, fundamentalmente, en la circunstancia de que, en la mayoría de estos casos, la garantía se constituye mediante la “entrega” de un “valor” incorporal, no susceptible de posesión material. Estas circunstancias suponen el planteamiento inicial de un mismo problema, aunque las soluciones para cada tipo de garantía puedan ser singulares por razón de su objeto.

Debe tenerse también en cuenta que el análisis de este aspecto sólo puede llevarse a cabo a partir de las normas que disciplinan el gravamen real pignoraticio; normas que, en su mayoría, resultan también aplicables por analogía a los supuestos de derecho de retención.

### **6.1. La “retención” de valores no documentados y de participaciones sociales**

Cuando la garantía mobiliaria recae sobre ciertos objetos muebles de imposible aprehensión material y, por tanto, de imposible entrega material al acreedor, la facultad de retención se ejercita de una forma especial. Concretamente, la especialidad en la forma de retener se presenta cuando la garantía afecta a acciones no representadas (todavía no documentadas en

---

<sup>681</sup> Véase CAP II, § 1, 2.3.3, y § 3, 8.6.2.

títulos ni representadas por anotaciones en cuenta), a acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta o a participaciones sociales. En cualquiera de estos casos no puede hablarse propiamente de “retención”, ya que el titular de la garantía, como se ha dicho, no puede por sí mismo retener materialmente la posesión de la cosa.

No obstante, cuando se trata de valores anotados en cuenta, una vez inscrita –y, por tanto, constituida– la garantía real posesoria, la entidad encargada del registro contable efectúa el desglose de los valores empeñados o gravados por el derecho de retención (art. 39.1 con relación al art. 31.3 RD 116/1992) y los inmoviliza (cfr. art. 21 RD 116/1992). Concretamente, cuando se trata de valores anotados admitidos a negociación en Bolsa y afectados por desglose, el apartado 2 del artículo 39 RD 116/1992 prohíbe que sean objeto de negociación a través de los sistemas de contratación que las Bolsas tengan establecidos.

Cuando la garantía recae sobre participaciones sociales o sobre acciones no representadas, su “retención” puede conseguirse mediante la notificación de la constitución de la garantía a la sociedad emisora, a fin de que se abstenga de realizar la prestación al socio, es decir, a fin de que “retenga” el objeto de la prestación en tanto no se acredite el levantamiento del gravamen pignoraticio o del derecho de retención.

Específicamente, cuando se amorticen acciones o participaciones sociales afectadas por un derecho de prenda o por un derecho real de retención, el importe correspondiente se subroga en lugar del objeto inicialmente empeñado y se mantiene afecto en tanto se mantenga la garantía. El importe no puede devolverse al propietario porque, en tal caso, el acreedor quedaría privado de la seguridad que proporciona su garantía. La sociedad emisora que tenga conocimiento del gravamen o la entidad encargada del registro contable donde figure inscrita la garantía<sup>682</sup> no ha de reembolsar al

---

<sup>682</sup> Los derechos de contenido económico se ejercitan a través de las entidades

propietario el importe que resulte de la amortización, ahora objeto de la prenda o del derecho de retención, sino que ha de “retenerlo” afectado a la satisfacción del crédito asegurado. Igualmente, cuando se trate del derecho a la restitución de la totalidad o parte del contenido económico de la acción o de la participación como consecuencia de una reducción de capital con reembolso a accionistas o partícipes, por separación del socio o su exclusión de una sociedad limitada (cfr. art. 98 LSRL) o por disolución de la sociedad, el importe correspondiente al socio dueño de las acciones o de las participaciones gravadas se retiene, sujeto a la garantía, en lugar de las acciones o de las participaciones a las que sustituye.

Tanto en el derecho de prenda como en el derecho de retención, el contenido económico de la acción o de la participación amortizada sustituye al objeto inicialmente empeñado o retenido, por subrogación real. La diferencia esencial entre una y otra garantía se encuentra en que en la prenda normalmente se retiene en garantía de una obligación no exigible todavía, para garantizar el cumplimiento en su momento; mientras que en el derecho de retención se retiene para evitar un definitivo empobrecimiento del acreedor por causa de una obligación ya incumplida. Esta diferencia se traduce en el hecho de que el acreedor pignoraticio se ha de mantener forzosamente en la retención del objeto, si quiere mantener la garantía, y no puede realizar su valor en tanto no exista un incumplimiento; mientras que el titular del derecho de retención puede proceder a la realización de su garantía en cualquier momento. En consecuencia, el acreedor pignoraticio no puede hacer suyo el importe que resulte de la amortización o de la restitución producida antes del vencimiento de la obligación garantizada. No obstante, en la misma situación se encuentra el titular del derecho de retención, que no puede realizar su garantía sino “a partir de un mes de la comunicación notarial”, es decir, desde que conste de manera fehaciente la retención hecha en la forma prevista en el artículo 4.1 (art. 7.1 LDRG). En el periodo que media desde que el acreedor

---

adheridas o encargadas de los registros, de manera que la sociedad emisora abona el importe que corresponda en la cuenta de estas entidades, que la trasladarán a la del titular de los valores.

“decide retener” hasta la constitución formal de la retención, como no existe el derecho real, la situación preparatoria de la garantía no faculta al acreedor para exigir de la sociedad la “retención” de los importes que correspondan al socio o al partícipe, quien, por tanto, tendrá derecho a recibirlos<sup>683</sup>.

## **6.2. La conservación de las acciones y de las participaciones sociales**

Dado que la característica esencial de la prenda y del derecho de retención sobre derechos no poseíbles es que el objeto sobre el que recaen no puede ser transmitido materialmente, puede parecer, en principio, que al titular de la garantía no le incumbe el deber de conservar la cosa -que no posee corporalmente- para mantenerla en su estado inicial. Sin embargo, que el objeto no sea materialmente poseíble no significa que no se pueda depreciar, que no pueda disminuir en su valor económico –elemento indispensable para ser objeto de garantía- como consecuencia de una gestión deficiente. En este punto resulta igualmente aplicable lo que a continuación se expone con referencia a las acciones y a las participaciones en general.

### **6.2.1. La legitimación para el ejercicio de los derechos sociales**

Concretamente, en el caso de las acciones o de las participaciones sociales, el mantenimiento de su valor económico y, por tanto, de la seguridad que la garantía proporciona, es una obligación que incumbe a quien corresponda el ejercicio de los derechos sociales de naturaleza económico patrimonial, que no siempre han de ir unidos a la condición de socio o partícipe.

De una forma general, los artículos 72.1 LSA y 37 LSRL atribuyen al propietario de las acciones o de las participaciones empeñadas el ejercicio de los derechos del socio, salvo disposición contraria en los estatutos. Estos preceptos no se refieren a las relaciones entre el socio pignorante y el acreedor pignoraticio derivadas del negocio de garantía, sino que son normas que tratan

---

<sup>683</sup> Periodo que puede dilatarse considerablemente, sobre todo si se formula oposición judicial a la retención (cfr. art. 4.1 y 7.1 LDRG).

de regular las relaciones entre el socio y la sociedad, para facilitar en buen funcionamiento de ésta, sustrayéndola a la necesidad de examinar en cada caso el título constitutivo de la prenda, y permitiéndole desconocer las disposiciones que en el mismo se puedan contener sobre la titularidad o el ejercicio de los derechos del accionista. Según los artículos 72.1 LSA y 37 LSRL la sociedad se puede oponer a que el acreedor pignoraticio ejercite los derechos correspondientes cuando los estatutos asignen expresamente esta facultad al propietario o guarden silencio al respecto; de la misma manera que se puede oponer a que los ejercite el socio cuando estatutariamente se atribuya el ejercicio exclusivo al pignorante; en ambos casos con independencia de lo acordado y consignado en el título constitutivo de la prenda<sup>684</sup>. Por tanto, como norma general, aquella de las partes de la relación real que resulte estatutariamente legitimada para ejercitar los derechos sociales titularidad del socio pignorante será la que en principio se encuentre obligada a “conservar” el objeto sobre el que recae la garantía real, esto es, las acciones o las participaciones sociales, a través del ejercicio diligente de los derechos de contenido patrimonial. Sin embargo, es posible que las partes en la garantía convengan la legitimación para el ejercicio de los derechos sociales de forma contraria a lo dispuesto en los estatutos y que la sociedad emisora se avenga a lo convencionalmente dispuesto<sup>685</sup>.

---

<sup>684</sup> Así, **PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO**: “Copropiedad, usufructo, prenda y embargo” (Artículos 66 a 73 de la Ley de Sociedades Anónimas), en **AAVV: Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles**, dirigido por **URÍA, RODRÍGO – MENDEZ, AURELIO – OLIVENCIA, MANUEL**, t. IV, “Las acciones”, v. 3<sup>o</sup>, segunda edición, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1992. En el mismo sentido **SÁNCHEZ GONZÁLEZ**: “Derechos...”, p. 860. **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 321, entiende que la regla contenida en el artículo 72.1 LSA provoca un claro desequilibrio entre la posición del titular de las acciones y el acreedor pignoraticio, ya que éste puede quedar excluido de cualquier relación directa con la sociedad emisora, con lo que se le priva de accionar frente a ella ante un ejercicio abusivo de los derechos sociales por parte de su titular, de forma que lo único que puede hacer es interponer frente al pignorante una acción de daños.

<sup>685</sup> En general, la doctrina mercantilista acepta la posibilidad de que las partes pacten la legitimación en sentido contrario a lo dispuesto por los estatutos. Así, **PANTALEÓN PRIETO**: “Copropiedad...”, p. 124, considera que el artículo 72.1 LSA no permite “que los estatutos dispongan que el ejercicio de los derechos de socio corresponderá a quien se los atribuya el título constitutivo de la prenda, o que corresponderá al propietario de las acciones y al acreedor pignoraticio conjunta o mancomunadamente: la sociedad no puede renunciar para el futuro a la protección que le brinda el artículo 72.1.l. Si podrá, en cambio, renunciar a dicha protección caso por caso. Podrá permitir, en un caso concreto, el ejercicio conjunto de uno de «los derechos de accionista» por el propietario de las

Por tanto, en la prenda, cuando en el título constitutivo no se haya establecido nada al respecto o cuando, por acuerdo, se atribuya el ejercicio de los derechos a la persona que según los estatutos corresponda ejercitarlos, ésta podrá hacerlo como considere oportuno sin más límites que los establecidos por los artículos 111-7 CCC y 18.2 LDRG<sup>686</sup>. En caso contrario, cuando el título constitutivo de la prenda se exprese en este extremo en contradicción con los estatutos, el estatutariamente legitimado debería abstenerse de ejercitar los derechos y conceder a la otra parte la representación de las acciones o de las participaciones empeñadas. En este último caso, si el legitimado por los estatutos no cumple su deber frente al legitimado por la prenda y ejercita por sí mismo el derecho social, este ejercicio será válido, pero el actuante responderá frente a la otra parte en la prenda por los daños que su actuación le pueda ocasionar<sup>687</sup>.

---

acciones pignoradas y el acreedor pignoraticio. O admitir, también en un caso concreto, el ejercicio de uno de tales derechos por aquél a quien, a juicio de la sociedad, el título constitutivo de la prenda le atribuya su exclusiva titularidad o su exclusivo ejercicio, aunque, conforme a lo dispuesto en el precepto que nos ocupa, corresponda a la otra parte el ejercicio del derecho del socio en cuestión". Igualmente, **MEJÍAS GÓMEZ**: "Prenda...", p. 632: "Según la regulación contenida en el título constitutivo de la prenda se los atribuya o no, podemos encontrarnos con coincidencias o discordancias entre las relaciones internas constituyente-creedor pignoraticio y las que tales sujetos protagonizan frente a la sociedad emisora, quien se relacionará con quien hubieran determinado los estatutos, sin perjuicio de que pueda conocer al legitimado según el título constitutivo y aceptarle, si bien a su propio riesgo y con la posible responsabilidad ante sus socios por los perjuicios que pueda sufrir la sociedad por tal actuación".

<sup>686</sup> De otra forma, **PANTALEÓN PRIETO**: "Copropiedad...", pp. 125 y 126, considera que en las relaciones "entre acreedor pignoraticio y propietario de las acciones pignoradas, hay que afirmar que, salvo que otra cosa se haya convenido en el título constitutivo de la prenda, ambos son *cotitulares actuales de los derechos administrativos* de las acciones pignoradas (...) de modo que aquél a quien, a tenor de lo dispuesto en el artículo 72.1.1, corresponda el ejercicio de dicho derecho, deberá hacer uso de él conforme al modelo de un diligente representante común".

<sup>687</sup> **PANTALEÓN PRIETO**: "Copropiedad...", pp. 125 y ss. No obstante, este mismo autor entiende que si en el título constitutivo de la prenda no consta el acuerdo al respecto, aquel a quien corresponda ejercitar los derechos según los estatutos debe tratar de llegar a un acuerdo con la otra parte sobre el sentido en que debe ejercitarlos, en cada caso concreto, y, si el acuerdo no fuera posible, ejercitarlos teniendo en cuenta los intereses de la otra parte. De lo contrario, aunque el ejercicio del derecho será válido, el ejercitante habrá de responder por los daños que su actuación hubiera ocasionado a la otra parte. Además, ante un conducta reiterada de contravención, la otra parte puede solicitar de la autoridad judicial que se asigne un representante común para el ejercicio de los derechos correspondientes a las acciones o a las participaciones dadas en prenda.

En cuanto al derecho de retención, dada su naturaleza de gravamen real, entiendo que cabe la aplicación analógica de los artículos 72.1 LSA y 37 LSRL, de manera que el propietario de las acciones o participaciones retenidas será el legitimado para el ejercicio de los derechos sociales, excepto que los estatutos atribuyan la legitimación al titular de la garantía real<sup>688</sup>. Habrá que tener en cuenta, también, que las partes en la garantía pueden llegar a un acuerdo sobre este extremo, aunque la hipótesis resulte altamente improbable. Sin embargo, en el caso del derecho de retención la cuestión de la legitimación para el ejercicio de los derechos sociales, relacionada con el tema de la conservación de la cosa retenida, tiene menor importancia que en la prenda: dado que el derecho de retención asegura el pago de una obligación ya incumplida, el titular de la garantía puede realizarla cuando le convenga. No obstante, el problema puede plantearse en el periodo de un mes que el constituyente se encuentra obligado a respetar para proceder a la realización del valor de la cosa retenida (art. 7.1 LDRG), o cuando el acreedor prefiera mantenerse en la retención.

En cualquier caso, en la prenda o en el derecho de retención, excepto que otra cosa se hubiera pactado, el ejercicio de los derechos se desenvolverá según el criterio del actuante, quien, también a falta de acuerdo en otro sentido, habrá de llevar a cabo una labor de gestión meramente conservativa. Cuando el actuante mantenga una conducta reiteradamente perjudicial para los intereses de la otra parte, y con independencia de la validez de lo actuado (p.e. si se abstiene de asistir y votar en las juntas generales) ésta podrá solicitar de la autoridad judicial que ordene al actuante proceder de la forma que sea necesaria para evitar o reparar el daño. Si el abuso continua, podrá solicitarse del juez que designe un representante para el ejercicio diligente de los

---

<sup>688</sup> Podría pensarse que el carácter unilateral y legal del derecho real de retención impide la aplicación analógica de estas normas cuando los estatutos atribuyan al titular de la garantía legitimación para el ejercicio de los derechos sociales. Sin embargo, entiendo que, a los efectos que nos ocupan, lo determinante no es el carácter convenido o no de la garantía, sino la finalidad a que ésta sirve, que en ambos casos es garantizar el cumplimiento de una obligación.

derechos correspondientes o un administrador para que se haga cargo de las acciones o de las participaciones gravadas (cfr. art. 117 LH). Específicamente para la prenda, el acreedor pignoraticio no legitimado para el ejercicio de los derechos del socio puede anticipar el vencimiento del plazo de la obligación que asegura y realizar la garantía, si la actuación del propietario de las acciones o de las participaciones sociales fuera causa de una disminución del valor de la garantía, a menos que sea repuesta por otra igualmente segura (cfr. art. 1129.3º CC)<sup>689</sup>.

## **6.2.2. Consideración especial de la conservación de la garantía a través del derecho de suscripción preferente.**

### **6.2.2.1. Planteamiento**

Una forma de conservar la garantía, de administrar diligentemente las acciones o las participaciones sociales, es a través del ejercicio de los derechos procedentes de ampliación de capital con emisión de nuevas acciones, de obligaciones convertibles en acciones, o de participaciones sociales. Los derechos básicos para ello son el de suscripción preferente y el de asignación. A través del ejercicio de estos derechos el socio intenta mantener su poder económico<sup>690</sup> en la sociedad y su proporción en la participación de los beneficios sociales, ya provengan de un reparto de beneficios o de la eventual liquidación del patrimonio social<sup>691</sup>. Por tanto, en el

---

<sup>689</sup> Al respecto, véase CAP III, § 2, 2.5. Para proceder a la sustitución por esta vía del artículo 1129.3º CC, el propietario habría de seguir los criterios de sustitución que marca la LDRG. Concretamente, cuando lo que se sustituyera fuera el objeto de la garantía, los criterios a seguir habrían de ser los contenidos en el artículo 16 LDRG. Cuando lo que se sustituyera fuera la garantía, los criterios habrían de ser los dispuestos en el artículo 11 LDRG, aplicables por analogía al caso de la prenda. De lo contrario, si la sustitución no se ajustara a los criterios legalmente determinados, por el juego del artículo 1129.3 CC se abriría una vía para que el propietario procediese a la sustitución del objeto pignorado, por otras cosas de la misma especie y calidad o no (cfr. art. 16.1 LDRG), sin respetar los límites legalmente impuestos a la sustitución.

<sup>690</sup> Y también su poder político, puesto que al reducirse su participación en la sociedad se reduciría su capacidad de decisión. En este sentido: **MEJÍAS GÓMEZ**: "Prenda...", p. 641.

<sup>691</sup> **SÁNCHEZ CALERO**: *Instituciones...*, v. I, p. 420: "el derecho de suscripción preferente tiene un contenido económico, ya que si la sociedad tiene reservas (lo que



caso de que existan gravámenes reales sobre las acciones o las participaciones sociales, la posición que mantenga el socio en la sociedad no es ajena al interés del titular de la garantía, porque influye en la seguridad que ésta proporciona dado “que el acreedor pignoraticio adquiere un derecho real de garantía sobre una parte alícuota del capital social”<sup>692</sup>.

Cuando se produce un aumento del capital con cargo a beneficios o reservas (arts. 157 LSA y 73.2 LSRL) el derecho real de garantía se extiende automáticamente a la parte que proporcionalmente corresponda al valor nominal de las acciones o de las participaciones afectadas por el gravamen<sup>693</sup>. En estos

---

indica que el valor del patrimonio neto es superior a la cifra del capital social), una emisión de nuevas acciones a la par (es decir, debiendo aportar el suscriptor simplemente el valor nominal de la acción) significa hacer disminuir el valor real de las acciones antiguas, ya que con el aumento de capital se incrementa en número de acciones, de forma que –tras el aumento- el valor proporcional del patrimonio neto que corresponde a cada acción es menor”. En el mismo sentido, **LOJENDIO OSBORNE, IGNACIO**: “La acción. Los derechos del socio”, en **AAVV: Derecho mercantil**, coordinado por **JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO J.**, v. II, quinta edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1999, pp. 242 a 262, p. 250.

<sup>692</sup> **MARTÍNEZ NADAL, APOL·LÒNIA**: *El aumento de capital con cargo a reservas y beneficios en la sociedad anónima*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 449, considera que el acreedor pignoraticio, “pese a que no participa en modo alguno del contenido patrimonial de la acción sí tiene, por la propia naturaleza de su posición, un interés en el mantenimiento del valor patrimonial de lo que constituye el objeto de su garantía. Este interés, como veremos, puede verse afectado precisamente en el caso de que, habiéndose dado en prenda una acción como garantía del cumplimiento de una obligación, se procediese a realizar, durante la pendencia de la garantía, un aumento con cargo a reservas que, como es sabido, puede disminuir la sustancia de las acciones originarias traspasándola a las nuevas fracciones de capital surgidas del aumento”. En este sentido, **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 351. En el mismo sentido para el caso de participaciones **SÁNCHEZ GONZÁLEZ**: “Derechos...”, p. 864.

<sup>693</sup> En este sentido, **PANTALEÓN PRIETO**: “Copropiedad...”, p. 138, quien añade que dado que el derecho de asignación gratuita de nuevas acciones es un derecho que funciona automáticamente, esto es, sin necesidad de declaración de voluntad alguna, no es necesario plantear la cuestión de a quien corresponde su ejercicio. **SÁNCHEZ-PARODI PASCUA**: “De la copropiedad...”, p. 675, considera, respecto de la extensión de la garantía al valor de las nuevas acciones, que “esta satisfactoria solución al problema puede ser puesta en tela de juicio en el supuesto de aumento mediante emisión de nuevas acciones. En efecto, si el accionista ostenta la facultad de retirar las acciones asignadas y no procede a la entrega de las mismas al acreedor, o, tratándose de acciones anotadas, no efectúa la inscripción de la garantía en la cuenta respectiva, no se comprende cómo puede haberse constituido aquél derecho real limitado sobre las nuevas acciones, dado el carácter esencial que la posesión del acreedor reviste a tales efectos. En estos casos, pues, éste ostenta simplemente una acción de naturaleza personal a fin de obtener del socio la entrega –real o ficticia, mediante la inscripción- de los nuevos valores y poder, así, crear sobre ellos la garantía. Consecuentemente, cuando el socio se resista a entregar las acciones al acreedor, éste podrá estimar vencida la obligación principal al amparo del

casos, la elevación del valor nominal de las acciones antiguas o la asignación gratuita de nuevas acciones o participaciones no requiere ninguna nueva aportación del socio porque se nutre de elementos ya existentes en el patrimonio social. Entender que el resultado de esa ampliación gratuita ha de ser calificado como “fruto” a los efectos anticréticos del artículo 2.1, c) LDRG, puede suponer un perjuicio importante para el accionista que desee mantener su proporción de cuota en el haber social<sup>694</sup>.

Pero cuando se trata de un aumento de capital de carácter oneroso, cuya finalidad es la obtención de nuevos fondos para la sociedad, el socio o el partícipe que desee acudir y mantener su actual cuota de participación en la sociedad ha de realizar nuevas aportaciones, a través del ejercicio de suscripción preferente. El derecho de suscripción preferente permite al accionista suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las que posea o de las que correspondería al titular de obligaciones convertibles de ejercitar en ese momento la facultad de conversión (arts. 48.2 b), 158.1 y 293.3 LSA), o al partícipe suscribir nuevas participaciones igualmente en proporción al valor nominal de las que ya posea (art. 75.1 LSRL)<sup>695</sup>. El derecho de suscripción preferente tiene un valor patrimonial, por lo que su titular puede optar por mantener su posición en la sociedad acudiendo a la ampliación de capital y suscribiendo las acciones o participaciones, o recuperar el valor aproximado de pérdida de su posición en la sociedad como consecuencia de la ampliación, a través de la venta de los derechos.

Lo que ocurre es que ni la LSA ni la LSRL establecen una regla especial para el funcionamiento del derecho de suscripción preferente en los casos de prenda, es decir, no contienen un precepto paralelo al artículo 70 LSA relativo al usufructo, que, en algunos aspectos, puede servir de referencia. Las cuestiones básicas que alrededor de este punto se han suscitado giran en

---

artículo 1.129.3º Cc, y proceder a la realización de la prenda”.

<sup>694</sup> **MARTÍNEZ NADAL:** *El aumento...*, p. 452.

<sup>695</sup> **SÁNCHEZ CALERO:** *Instituciones...*, v. I, p. 420.

torno a la legitimación para ejercitar esas concretas facultades, es decir, en torno a quién corresponde el ejercicio del derecho de suscripción preferente; y en torno a quién corresponde el resultado económico de ese ejercicio<sup>696</sup>.

### **6.2.2.2. La legitimación para el ejercicio del derecho de suscripción preferente. Extensión de la garantía al resultado del ejercicio del derecho.**

Un sector doctrinal considera que el derecho de suscripción preferente no puede entenderse incluido entre los "derechos del accionista" o los "derechos del socio" a los que respectivamente se refieren los artículos 72.1 LSA y 37 LSRL, en el sentido de que no cabe que los estatutos dispongan que su ejercicio corresponde al acreedor pignoraticio, dado que "una disposición así generaría, típicamente, una disociación injustificable entre «titularidad» y «legitimación para el ejercicio». Se entiende que en estos casos se deben aplicar las reglas generales de la prenda, de forma que el propietario de las acciones, que mantiene su poder de disposición sobre las mismas, sería el único que pudiera ejercitar los indicados derechos en la forma que creyera conveniente, o no ejercitarlos (art. 1869.1º CC). Según este planteamiento, el acreedor pignoraticio no podría hacer nada frente a la sociedad, pero podría exigir al pignorante que repusiera la disminución de la garantía, y, si no lo hiciera, estimar vencida la obligación asegurada y realizar la garantía que ha disminuido por actos propios del pignorante (art. 1129.3º CC)<sup>697</sup>. Además, se

---

<sup>696</sup> Sobre este tema véase, entre otros, **PANTALEÓN PRIETO**: "Copropiedad...", p. 136; **SÁNCHEZ GONZÁLEZ**: "Derechos...", p. 863; **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 355; **MEJÍAS GÓMEZ**: "Prenda...", p. 641.

<sup>697</sup> **PANTALEÓN PRIETO**: "Copropiedad...", p. 137; **MEJÍAS GÓMEZ**: "Prenda...", p. 646; **CARRASCO PERERA**: *Tratado...*, p. 924; **MORENO DE LA SANTA GARCÍA**: *Prenda...*, p. 135; **SÁNCHEZ-PARODI PASCUA**: "De la copropiedad...", p. 674. También **SÁNCHEZ GONZÁLEZ**: "Derechos...", p. 864, aunque en p. 867, refiriéndose a la reducción de capital con restitución de aportaciones (arts. 79 y 80 LSRL), considera que "si se trata de reducción por pérdidas la prenda se extingue por desaparición de su objeto, siendo difícil aplicar en este caso la norma del artículo 1.129.3º del CC, ya que, en principio, la disminución de la garantía no será debida a actos propios del deudor". Entiendo que la misma consideración merece el aumento de capital, porque el origen de la decisión de ambas actuaciones es el mismo y en ningún caso se debe a "actos propios del deudor". De esta opinión **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 357.

entiende que la prenda no se extiende a las nuevas acciones o participaciones suscritas ni al producto de la venta de los derechos.

Otro sector doctrinal considera que la solución debe buscarse en las normas de Derecho societario, bien a través de la aplicación del artículo 72.1 LSA o 37 LSRL, o aplicando analógicamente el artículo 70 LSA referido al usufructo de acciones<sup>698</sup>. Según la primera de estas posibilidades, el estatutariamente legitimado -propietario o acreedor pignoraticio- es quien ejercita los derechos correspondientes<sup>699</sup>; pero no resuelve, a mi juicio, el tema de la extensión de la garantía. En cambio, la aplicación analógica del artículo 70 LSA ofrece una solución a ambos aspectos<sup>700</sup>. Este artículo lleva a considerar, por una parte, que es al socio, al nudo propietario, a quien corresponde el ejercicio del derecho y quien, por tanto, puede decidir en el plazo de diez días entre suscribir nuevas acciones o enajenar su derecho; si el socio no hubiera optado antes de los diez días previos a la extinción del plazo fijado para el ejercicio del derecho, éste podría ser ejercitado por el acreedor pignoraticio (art. 70.1 LSA)<sup>701</sup>. Por otra parte, sería posible entender que la

---

<sup>698</sup> Aunque se reconoce, como hace **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 358, que “el primer obstáculo para llegar a dicha solución es el propio silencio de la LSA. No parece que el legislador haya querido esta alternativa, porque teniendo tan fácil establecer una remisión en el art. 72 LSA al art. 70 LSA, no lo hizo. Este es precisamente uno de los argumentos esgrimidos por **PANTALEÓN PRIETO**: “Copropiedad...”, p. 136; y **MEJÍAS GÓMEZ**: “Prenda...” p. 644.

<sup>699</sup> **SÁNCHEZ GONZÁLEZ**: “Derechos...”, p. 863.

<sup>700</sup> No obstante, parte de la doctrina niega que exista semejanza entre los supuestos de usufructo y prenda, porque sólo en ésta es necesaria la transmisión posesoria del bien gravado. Así, **SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, JOSÉ LUIS**: “Prenda y embargo de acciones”, en **AAVV**: *Derecho de Sociedades Anónimas*, t. II, “Capital y acciones”, v. 2, estudios coordinados por **ALONSO UREBA, ALBERTO - DUQUE DOMÍNGUEZ, JUSTINO - ESTEBAN VELASCO, GAUDENCIO - GARCÍA VILLAYERDE, RAFAEL - SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO**, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1994, pp. 773 a 848, p. 811.

<sup>701</sup> **MARTÍNEZ NADAL**: *El aumento...*, p. 455, se muestra contraria a la aplicación analógica del artículo 70 LSA a favor del acreedor pignoraticio: “consideramos que no cabe tal extensión porque, realmente, aquí no existe esta analogía, ya que, en caso del derecho de suscripción preferente, la inercia del accionista puede resultar perjudicial, para el propio accionista, y también para el usufructuario, pues está sometido a un plazo de caducidad, finalizado el cual pierde toda posibilidad en relación con su ejercicio o enajenación del mismo. Por el contrario, el derecho de asignación (...) por la propia naturaleza del contravalor, no está sometido a plazo prescriptivo alguno, de forma que la inactividad del deudor no determina la pérdida de sus derechos; incluso en el caso de que caducara el distinto derecho a retirar los títulos, en tal caso, siempre tendría derecho al producto

prenda se extiende al importe obtenido de la enajenación de los derechos o a las acciones o participaciones cuyo desembolso se hubiera realizado con el valor de los derechos utilizados en la suscripción (art. 70.2, 3 y 5 LSA), siempre que provengan de las acciones o de las participaciones empeñadas<sup>702</sup>.

Por mi parte, y en cuanto a la legitimación se refiere, considero que se debe aceptar la posibilidad de que el titular del derecho real de garantía se encuentre estatutariamente legitimado para ejercer los indicados derechos, que, por tanto, han de entenderse incluidos entre los "derechos del accionista" o los "derechos del socio" a los que respectivamente se refieren los artículos. 72.1 LSA y 37 LSRL (cfr. 1255 CC). Si el ejercicio corresponde al acreedor, los gastos que por este motivo se originen son a su cargo, pero deberán calificarse de conservación y habrán de serle abonados (arts. 6.2 y 18.2 LDRG).

Igualmente, considero que el artículo 70.1 LSA, relativo al usufructo de acciones, puede ser una referencia importante, con los matices que seguidamente se exponen. El propietario habría de tener preferencia para ejercitar su derecho suscribiendo nuevas acciones o participaciones, o transmitiendo su derecho, porque ninguna de estas opciones supone una disminución de la garantía y porque, en definitiva, es éste quien conserva el poder de disposición sobre el objeto gravado. El acreedor sólo podría utilizar la

---

obtenido por la venta de tales títulos no retirados. Por ello, dado que de la inercia o inactividad del deudor prendario no puede derivarse perjuicio alguno para el acreedor pignoraticio en el sentido de reducción de su participación, y menos aún para éste, que siempre podrá exigir la reposición de la prenda con otros bienes del deudor, no parece conveniente extender las mismas facultades que tiene el usufructuario en relación con el derecho de suscripción preferente”.

<sup>702</sup> De esta opinión **MARTÍNEZ NADAL**: *El aumento...*, p. 453: “En suma, a fin de proteger el interés del acreedor pignoraticio, mediante la conservación de la integridad del objeto de la garantía, que puede resultar afectada en los supuestos de incorporación de reservas a capital, es necesario reponer esa garantía, lo cual puede conseguirse, en un criterio resolutivo análogo al aplicado para el usufructo, a través de su extensión a las nuevas acciones, en el caso de asunción de las mismas, o al producto de la venta, en caso de enajenación del derecho de asignación”. En el mismo sentido, **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 353; **LOJENDIO OSBORNE**: “La acción. Autocartera. Derechos reales”, en **AAVV**: *Derecho mercantil*, coordinado por **JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO J.**, v. II, quinta edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1999, pp. 281 a 293, p. 291; **GARCÍA-MORENO GONZALO, JOSÉ MARÍA**: *El aumento de Capital con cargo a Reservas en Sociedades Anónimas*, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1995, p. 454.

facultad subsidiaria que le ofrece el artículo 70.1 LSA cuando el propietario permaneciera inactivo, esto es, cuando no optara por ninguna de las dos posibilidades en los diez días antes de la extinción del plazo fijado.

Si se suscriben nuevas acciones o participaciones, lo mismo que en el caso de asignación gratuita, la titularidad de las mismas se atribuirá al socio pignorante, aunque la prenda se extenderá proporcionalmente a ellas, para equilibrar la disminución de la garantía<sup>703</sup>. Por la misma razón, si se opta por la enajenación del derecho, el producto de la venta correspondiente a las acciones o participaciones gravadas quedará en depósito afecto a la garantía, que por lo que a esa parte respecta se convierte en pecuniaria<sup>704</sup>. Otra posibilidad sería calificar como “fruto” el producto de la venta de los derechos y compensarlo con la deuda asegurada<sup>705</sup>. Sin embargo, entiendo que lo que se produce en este caso es, más bien, una sustitución de parte del objeto inicialmente afectado por la garantía, porque la disminución de su valor por causa del aumento del capital se compensa con el producto de la venta de los derechos.

Así pues, en caso de valores representados por títulos o de participaciones sociales, si el socio es el estatutariamente legitimado para

---

<sup>703</sup> En ningún caso el acreedor puede obligar a adquirir al constituyente de la garantía, lo que nunca puede suceder cuando la legitimación para el ejercicio de estos derechos corresponda al acreedor, bien porque así conste en los estatutos o por acuerdo de voluntades, porque, en uno y otro caso, el propietario ya conoce su situación.

<sup>704</sup> Sería aconsejable que en el título constitutivo de la prenda se recoja detalladamente el destino que ha de darse a los fondos procedentes de la enajenación de los derechos en tanto no venza la obligación asegurada, para evitar que reduzcan en su valor real o puedan desaparecer.

<sup>705</sup> Así lo entiende **MEJÍAS GÓMEZ**: Prenda p. 645. De opinión contraria **SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, JOSÉ LUIS**: “De la copropiedad y los derechos reales sobre las acciones”, en **AAVV: Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas**, coordinado por **ARROYO, IGNACIO – EMBID, JOSÉ MIGUEL**, v. I, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, pp. 643 a 685, p. 674: “la posibilidad de aplicar el artículo 1.868 en el plano de las relaciones internas, choca, ante todo, con la propia interpretación que la doctrina civilista hace del término «intereses» que este precepto recoge (...) Pero es que, además, la percepción del dividendo por parte del acreedor supondría un cobro anticipado del crédito garantizado por la prenda de las acciones, que únicamente podría exigírsele al accionista cuando así se hubiera pactado en el título constitutivo del gravamen”.



ejercer el derecho de suscripción preferente, éste recogerá los nuevos títulos o las nuevas participaciones, pero quedará obligado a realizar las formalidades que resulten necesarias para extender la prenda a los mismos (cfr. art. 56.2 LSA y 26.1 LSRL). Cuando los valores se encuentren representados por anotaciones en cuenta la entidad gestora será la que se encargue de anotar el gravamen pignoraticio, cuando inscriba los nuevos valores en la cuenta del socio titular<sup>706</sup>.

### 6.2.3. La prenda de acciones no totalmente liberadas<sup>707</sup>

Otra cuestión interesante en torno a la conservación del objeto gravado por la garantía se suscita respecto de la prenda de acciones no totalmente liberadas, es decir, respecto de las acciones cuyo importe no se encuentra totalmente desembolsado desde el momento inicial. En este caso el accionista debe aportar a la sociedad la parte de capital no desembolsado en la forma y plazo previsto por los estatutos o, en su defecto, por acuerdo de los administradores anunciado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (art. 42 LSA). Si el propietario-pignorante de las acciones incumple su obligación de desembolsar los dividendos pasivos<sup>708</sup>, el acreedor puede optar por desembolsarlos él mismo, para conservar su garantía, o proceder a la realización del valor de la prenda, (art. 72.2 LSA). En realidad, la opción

---

<sup>706</sup> De la misma opinión **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 354.

<sup>707</sup> Véase CAP III, § 6, 25. En el régimen de las sociedades limitadas, el importe de la participación comprometido debe desembolsarse en el momento inicial (art. 4 LSRL).

<sup>708</sup> **MIQUEL RODRÍGUEZ, JORGE**: “Los dividendos pasivos”, en **AAVV**: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coordinado por **ARROYO, IGNACIO – EMBID, JOSÉ MIGUEL**, v. I, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, pp. 443 a 458, p. 443: “La expresión dividendos pasivos designa, siguiendo el propio tenor literal de la vigente LSA, «la porción de capital suscrita y no desembolsada». Se trata de un ejemplo, relativamente frecuente, en el que una denominación imprecisa es adoptada por el legislador y se convierte en la terminología oficial, siendo además empleada en una norma con rango legal desde la promulgación del Código de comercio en 1885”; **URÍA, RODRIGO – MENÉNDEZ, AURELIO – GARCÍA DE ENTERRÍA, JAVIER**: “La sociedad anónima: aportaciones sociales y desembolso del capital”, en **AAVV**: *Curso de Derecho Mercantil*, v. I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 803 a 814, p. 809: “Con la expresión de «dividendos pasivos» se alude a la parte del capital social que no es desembolsada en el momento de la suscripción de las acciones (en fase de constitución o, en su caso, de aumento de capital con nuevas aportaciones)”. Igualmente **SÁNCHEZ CALERO**: *Instituciones...*, v. I, p. 307; **VICENT CHULIÀ**: *Introducción...*, p. 276.

contenida en el artículo 72.2 LSA es una aplicación específica en el régimen de sociedades anónimas de lo dispuesto como norma general en los artículos 1158 y 1129.3º CC. El artículo 1158 CC establece que puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor; y el artículo 1129.3º CC faculta al acreedor a adelantar el vencimiento de la obligación cuando por actos propios del deudor hubiesen disminuido las garantías prestadas, a menos que sean sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.

Esta opción se concede al acreedor pignoraticio en consideración a sus intereses, a la vista de los problemas que plantea la eventual mora del accionista, y de los perjuicios que por esta causa aquél puede sufrir (arts 43 y 44 LSA). Si el propietario incumple su obligación de desembolsar los dividendos pasivos la sociedad puede enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso (art. 45.1 LSA), en cuyo caso la prenda pasa a recaer sobre lo obtenido de la venta, una vez deducido el importe de las cantidades exigidas por la sociedad<sup>709</sup>. Pero si la venta no pudiera efectuarse, la sociedad puede amortizar la acción, quedándose en su beneficio las cantidades ya percibidas por ella a cuenta de la acción (art. 45.2, 2º LSA), en cuyo caso la prenda resultará extinguida.

Por tanto, para evitar perjuicios al acreedor, y con el fundamento legal expuesto, el pago del dividendo pasivo efectuado por éste ha de ser aceptado por la sociedad<sup>710</sup>. El importe de la aportación del acreedor ha de sumarse al

---

<sup>709</sup> **MEJÍAS GÓMEZ:** “Prenda...”, p. 666, considera que dado que las acciones pendientes de desembolso han de revestir necesariamente forma nominativa y han ser objeto de inscripción en el libro registro de acciones nominativas, la sociedad conocerá la identidad del titular de la garantía, a quien puede avisar del impago “para que tenga la posibilidad de adelantarse con el abono de los dividendos pasivos a la venta de las acciones, y lograr de esta forma que no se perturben sus legítimas expectativas a la ejecución de la garantía”. En principio, ésta podría ser una buena solución siempre y cuando el acreedor –que, no se olvide, continúa siendo el titular de un *derecho real*– disponga de capital suficiente para hacer frente al abono de los dividendos pasivos y esta fuera su voluntad.

<sup>710</sup> Atendiendo a lo dispuesto por el artículo 69.2 LSA para el usufructo de acciones no liberadas, surge la cuestión de si el acreedor puede efectuar el pago sólo durante los cinco días anteriores al vencimiento del plazo fijado para realizarlo, o puede efectuarlo en



capital y a los intereses de la obligación asegurada de la que, en su caso, habrán de responder las acciones empeñadas (art. 18.2, final LDRG, cfr. art. 1158.2º CC)<sup>711</sup>. El pago por el acreedor permite a éste, además, subrogarse en los derechos de la sociedad, al amparo del artículo 1210.3º CC, dado que, siendo su garantía la que de otra forma se perjudica, tiene un claro “interés en el cumplimiento de la obligación”<sup>712</sup>.

---

cualquier momento desde que nazca la obligación. Al respecto, **MEJÍAS GÓMEZ**: “Prenda...”, p. 665, considera que el precepto no es aplicable por vía analógica al interpretar la ausencia de plazo como una preferencia, en caso de concurrencia, del pago del dividendo pasivo por el propietario.

<sup>711</sup> En estos supuestos resultan preferentemente aplicables los arts. 6.2 y 18.2 LDRG respecto del art. 1158.2º CC. Este último artículo sólo acepta la pretensión de reembolso del pagador cuando no realizara el pago contra la “expresa voluntad” del deudor. Pero, pudiendo calificarse ese pago como un gasto de conservación de la cosa gravada y, por tanto, de la garantía, el acreedor pignoraticio que realice el pago, aún contra la voluntad del propietario de las acciones o de las participaciones empeñadas, tendrá un derecho al reembolso de la cantidad por ese concepto desembolsada, a la que se extiende la garantía. Parece entenderlo de forma contraria **PANTALEÓN PRIETO**: “Copropiedad...”, p. 140.

<sup>712</sup> En este sentido **PANTALEÓN PRIETO**: “Copropiedad...” p.140; **SÁNCHEZ-PARODI PASCUA**: “Prenda...”, p. 824; **MEJÍAS GÓMEZ**: “Prenda...”, p. 665. **LOJENDIO OSBORNE**: “La acción. Autocarera...”, p. 291, entiende que si el acreedor “opta por pagar, adquiere un crédito contra el propietario incumplidor, lo que le da derecho, según el art. 1.866.2 C.c., a prorrogar la retención de la prenda hasta que se le satisfagan los dos créditos”. Pero con criterio diferente, como el expuesto en el texto, entiendo que cuando el acreedor opte por pagar los dividendos pasivos, si bien adquiere un nuevo crédito contra el pignorante, no por ello queda facultado para mantener la retención en el sentido del artículo 1866.2 CC -lo que por otra parte en nada le beneficiaría-, sino que, siendo éste un crédito directamente derivado de la conservación de la garantía, quedaría por ésta igualmente asegurado (arts. 1867 CC, 6.2. y 18.2 LDRG).



### **§ 3. LA SUSTITUCIÓN DEL OBJETO AFECTADO POR LA GARANTÍA**

Uno de los efectos fundamentales de las garantías mobiliarias es la facultad que corresponde a su titular de mantenerse en la posesión de la cosa empeñada o retenida hasta que el crédito asegurado le sea pagado en su totalidad (arts. 2.1, a), 6.1 y 18.1 LDRG). Sin embargo, ésta facultad no necesariamente se ha de ejercitar en todo momento sobre el bien inicialmente gravado por la garantía, dado que la propia LDRG permite su sustitución por otro, en las circunstancias y con los efectos que en ella se determinan.

La LDRG prevé la posibilidad de sustituir el objeto sobre el que se constituyó la garantía real tanto para el derecho real de retención (art. 11) como para el derecho de prenda (art. 16). Sin embargo, la sustitución no opera ni se desenvuelve de la misma manera en ambos derechos, ni son los mismos los efectos que la LDRG establece como consecuencia.

## **7. LA SUSTITUCIÓN DE LA COSA EMPEÑADA.**

### **7.1. Fundamento**

Dice el artículo 16.1 LDRG que “Si se ha pactado así expresamente, la persona deudora puede sustituir la totalidad o parte de las cosas fungibles dadas en prenda, entendiéndose por cosas fungibles las que pueden sustituirse por otras de la misma especie y calidad”, “lo cual implica el mantenimiento de la garantía” (Preámbulo III, 3º, final LGP<sup>713</sup>). Por tanto, la LDRG permite la sustitución de uno de los elementos que identifican la relación -la cosa inicialmente empeñada, o de parte de la misma-, sin que ello signifique una

---

<sup>713</sup> El artículo 12 LGP, paralelo al artículo 16 LDRG, se expresaba prácticamente igual, pero su contenido se completaba con la declaración contenida en el Preámbulo III, 3º, final LGP.

novación extintiva, dado que la garantía se mantiene idéntica en todas las demás circunstancias, esto es, dado que la prenda se mantiene tal y como se constituyó, a excepción del objeto cuyo valor aseguraba el pago del crédito, que se sustituye por otro de la misma especie y calidad (cfr. arts 1166. 1203. 1º CC<sup>714</sup>).

Como consecuencia, la LDRG permite la existencia de una prenda de cosa fungible que no sea una prenda irregular<sup>715</sup>, dado que admite que, por subrogación real, el bien sustituto ocupe el lugar del sustituido para someterse a la misma condición jurídica que el bien reemplazado<sup>716</sup>. El mantenimiento de la eficacia de la garantía, a pesar del cambio del elemento objetivo del negocio, se encuentra, fundamentalmente, en el deseo de mantener la seguridad ocasionando el menor perjuicio a las partes. En otras palabras, como la sustitución del objeto fungible por otro de la misma especie y calidad no significa una modificación del valor de lo empeñado, que es lo que asegura el cumplimiento, la LDRG permite el cambio manteniendo la identidad de la garantía<sup>717</sup>. De esta manera, la LDRG recoge el concepto de “prenda de valor”,

---

<sup>714</sup> Es preciso matizar, como **BADOSA COLL**: *Dret...*, p. 225, que el artículo 1203 CC trata de la “modificación de la obligación”, pero no entra en la eficacia jurídica de este cambio, es decir, no prejuzga si el cambio significa una modificación jurídica de la obligación, que se mantiene a pesar del cambio producido, o una novación extintiva, cuando la obligación anterior se extingue y se sustituye por la que resulta tras la incorporación del nuevo elemento (art. 1204 CC). Para averiguar la eficacia jurídica resultante del cambio, habrá que averiguar si éste resulta compatible con la subsistencia de la obligación o, por el contrario, si comporta necesariamente la novación extintiva.

<sup>715</sup> En este sentido **LAUROBA LACASA M<sup>a</sup> ELENA**: “Els drets reals”, en **AAVV**: *Compendi de Dret civil català*, coordinado por **BADOSA COLL, FERRAN**, Edicions de la Universitat de Barcelona; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Barcelona, 1999, pp. 169 a 245, p. 239: “La penyora de coses fungibles de l’art. 12 no és una penyora irregular perquè no dona lloc a una confusió en el patrimoni del creditor pignoratíci, ni sembla convertir aquest en propietari amb la correlativa obligació de restituir el *tantumden*. De fet, estem davant del que podríem anomenar una fungibilitat asimètrica *ex conventione*”.

<sup>716</sup> **FIORINA, DOMINIQUE**: “L’usufruit d’un portefeuille de valeurs mobilières”, *Revue Trimestrel du Droit Civil* (1), enero-marzo 1995, pp. 43 a 67, p. 63.

<sup>717</sup> **SANCHO REBULLIDA**: *Comentario...*, p. 296, recogiendo la fórmula jurisprudencial reiterada en múltiples sentencias: “el deslinde entre una y otra (propia o extintiva, e impropia o modificativa) ha de hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduzca”.

más elástico que el concepto tradicional de “prenda de objeto” al que sustituye (Preámbulo III, 3º LGP)<sup>718</sup>.

## **7.2. La voluntad privada como fuente de la sustitución objetiva**

La sustitución del objeto fungible sólo es posible si las partes la pactan “expresamente” (art. 16.1 LDRG). Por tanto, la voluntad privada es aquí la fuente de la “modificación estructural”<sup>719</sup> de la garantía. Esto significa que las cosas fungibles se pueden entregar en prenda de dos maneras distintas: sin pacto en el sentido del artículo 16 LDRG, en cuyo caso la prenda se desenvuelve con normalidad, o mediando pacto expreso entre el acreedor pignoraticio y el pignorante, en virtud del cual éste queda facultado para sustituir el objeto inicialmente gravado por otro de la misma especie y calidad.

Aunque la LDRG no lo exprese con claridad, parece que el pacto de sustitución ha de alcanzarse entre el titular de la garantía y el deudor. La LDRG no dice entre quienes ha de adoptarse el acuerdo. La LDRG sólo se refiere al deudor como persona facultada, mediando pacto, para proceder a la sustitución del objeto dado en garantía, en su beneficio. En consecuencia parece que ha de ser siempre el deudor quien convenga con el acreedor pignoraticio la posibilidad de sustitución. Pero entiendo que la eventualidad de una sustitución ha de ser principalmente acordada entre el acreedor y el pignorante, sea o no deudor personal, porque es el constituyente de la garantía y, por tanto, parte en este negocio. Esto no significa que sólo el pignorante pueda proceder a la sustitución acordada. El deudor no pignorante también puede sustituir el objeto afectado en prenda, si así le conviene, porque la LDRG le legitima para ello. Es posible, no obstante, que las partes acuerden limitar el ejercicio de la facultad en favor de uno solo de los legitimados, vetando a uno de ellos, al pignorante o al deudor, la

---

<sup>718</sup> La posibilidad puede resultar muy útil cuando se trate de carteras de valores dinámicas o gestionadas, ya que permite la sustitución de parte de los valores, cuando se estime que su precio tiende a la baja, para reemplazarlos con su precio de venta por otros valores más seguros o de mayor rentabilidad adquiridos. En este sentido, **MEJÍAS GÓMEZ: Prenda...**, p. 122.

<sup>719</sup> **BADOSA COLL: Dret...**, p. 229.

posibilidad de sustituir. Cuestión diferente es la procedencia del bien sustituto. El bien sustituto puede proceder del propio pignorante, del deudor o de un tercero con libertad de disposición para empeñarlo.

Cuando el bien sustituto proceda de persona distinta del pignorante, ese tercero pasará a ocupar la posición jurídica de pignorante, a partir de la sustitución (cfr. arts. 12.1, b) LDRG; 1158 CC). Lo que determina en este caso la subsistencia de la garantía es, como se ha dicho, el valor patrimonial de la cosa, más que la persona de la que procede<sup>720</sup>.

---

<sup>720</sup> En este caso, el supuesto es parecido al de venta de la cosa empeñada por el pignorante, no deudor en la obligación garantizada, donde el constituyente de la garantía desaparece y, en su lugar, se sitúa el comprador de la cosa gravada en prenda. Hay que tener en cuenta que el pignorante es también el acreedor de la cosa que entrega en prenda, que le ha de ser devuelta una vez cumplida la finalidad para la que se constituye el gravamen. Con ello se quiere decir que no es el deudor quien cambia, en cuyo caso estaríamos ante una causa de extinción de la obligación, puesto que el Código Civil no contempla su subsistencia por causa de la transmisión negocial de la deuda. Sólo se produce una sustitución, por decisión legal, en los supuestos de sucesión hereditaria del causante por el heredero (arts. 1203.2º -"sustituyendo"- con relación al 1203.3º -"subrogando"- y arts. 1003, 1084.1º, 1192.2º, 1742, 1778, 1848, 1860 CC). En este sentido **BADOSA COLL: Dret...**, p. 239, estima que "La intransmissibilitat negocial «inter vivos» del deute es fonamenta en que no és un bé en sentit jurídic (art. 333) sinó que integra el passiu patrimonial, i per tant, no pot ésser objecte de negocis dispositius-adquisitius. En el CC. el canvi de deutor necessita l'acceptació del creditor (arts. 1205; 1206 pr.) i aquesta acceptació només es pot manifestar com un contracte, anomenat «*contracte novatori*» entre el creditor i el nou deutor (art. 1254), pel qual aquest assumeix un deute idèntic al de l'anterior deutor. Per tant, es tracta com la *creació* d'una nova relació obligatoria, no com un consentiment a un negoci aliè celebrat entre l'antic i el nou deutor. S'ha de negar, doncs, l'admissibilitat de l'«assumpció del deute» consistent en un acord entre el vell i el nou deutor, que tindria com a requisit d'eficàcia el «consentiment» del creditor i com a efecte la substitució de deutors, tot deixant intacte el deute. Aquesta figura no es pot recolzar en l'art. 1205 fin. («pero no sin el consentimiento del acreedor») perquè, com veurem en tractar de la novació, el «consentiment» d'aquest article equival a l'«acceptació» del nou deutor pel creditor en el contracte novatori (art. 1206 «nuevo deutor, que hubiese sido aceptado por el acreedor»), no al «consentiment» a un acte celebrat pels dos deutors, l'antic i el nou". En cambio, el artículo 118.1 LH permite en caso de venta de finca hipotecada que vendedor y comprador pacten que éste se subroga "no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada", quedando liberado de ésta el vendedor. Así lo entienden **ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MUNCUNILL: Derecho Hipotecario**, t. IV, v. 1º..., p. 413: "El art. 118 de la Ley hipotecaria consagra explícitamente la admisión en nuestro sistema de la figura de la *asunción de deuda*, sin los efectos destructores de la novación, esto es, del cambio o sustitución de la persona del deudor en una relación obligacional que permanece o subsiste. Demuestra esto el sentido general del precepto, el empleo de la palabra «subrogación» y la circunstancia de que el párrafo segundo de dicho art. 118 habla del pacto de «*transmisión* de la obligación garantizada». Claro que esta norma legal solamente hace referencia a la asunción de la deuda personal hipotecaria y en ocasión de la compraventa de finca hipotecada; pero sienta un criterio legislativo de admisión de la

Como dice la LDRG, el pacto ha de ser expreso. Pero no tiene que ser previo ni simultaneo a la constitución de la prenda, sino que puede ser posterior, aunque anterior a la eventual realización del valor de la garantía. El acuerdo puede hacerse en cualquier forma, es decir, no es necesario que conste en instrumento público, pero, en cualquier caso, ha de constar la voluntad del acreedor aceptando la posibilidad de que el deudor o el pignorante procedan a la sustitución del objeto afectado, cuando lo estimen conveniente, en las condiciones previstas por la LDRG y, en su caso, en las previstas por las mismas partes<sup>721</sup>. Lo que requiere instrumento público es la sustitución, para que conste fehacientemente el gravamen que a partir de ese momento afecta al objeto sustituto, que ocupa la posición jurídica del bien sustituido ahora libre del gravamen pignoraticio (argumento ex art. 12.2 LDRG). Por tanto, la sustitución, o mejor dicho, el gravamen que recae sobre el bien sustituto no afectará a los derechos de terceros sino desde el momento que conste en instrumento público, con independencia del día en que se hubiera realizado la sustitución, del momento en que se hubiera pactado o de la fecha de constitución de la prenda.

### 7.3. Efectos del acuerdo de sustitución

Convenida la posibilidad de sustitución, el legitimado para ello podrá proceder a la misma en cualquier momento, mientras no se haya iniciado la realización del valor. Como se ha dicho, el pignorante y el deudor, excepto pacto que excluya a alguno de ellos, son las únicas personas legitimadas para imponer el cambio, ya sea por bienes propios o por bienes de un tercero, siempre y

---

*asunción no novatoria* de la deuda, que puede tener aplicación analógica a todos los supuestos de asunción de deudas”. Criterio que, según entiendo, podría trasladarse al ámbito de la prenda, especialmente en el supuesto de venta de la cosa empeñada con asunción de la deuda personal por parte del comprador.

<sup>721</sup> Las partes en la garantía siempre pueden pactar condiciones adicionales a la sustitución. En concreta relación a la pignoración de acciones, **MEJÍAS GÓMEZ: Prenda...**, p. 124, apunta la posibilidad que tienen las partes de “recoger en el título constitutivo el procedimiento de sustitución de las acciones pignoradas, enumerando que clase de valores podrían sustituirlos, y especificando las causas de la sustitución, sea por disminución de la cotización o el valor de las acciones o ante otra circunstancia objetiva claramente constatable”.

cuando sean de la misma especie y calidad que los sustituidos. Por tanto, el acreedor pignoraticio no puede exigir de ninguno de ellos que haga uso de su facultad y sustituya el objeto inicialmente dado en prenda, ni puede proceder él mismo a la sustitución del objeto, ni por sus propios bienes ni por los de tercera persona. Si los bienes fungibles afectados en prenda y en posesión del acreedor fueran sustituidos por bienes propios nos encontraríamos ante una prenda irregular, puesto que haría suyos los primeros transmitiendo al pignorante los segundos. Tampoco puede el acreedor pignoraticio consentir la sustitución propuesta por un tercero –que no sea el deudor- sin el consentimiento del deudor o del pignorante.

Convenida la sustitución, el acreedor pignoraticio tampoco puede negarse a que cualquiera de los legitimados hagan uso de su facultad y sustituyan el objeto inicialmente dado en prenda. Realizada la sustitución de acuerdo con lo legalmente establecido el acreedor se encuentra obligado a devolver al pignorante la posesión del bien sustituido (arts. 16.1 y 16.2 LDRG). A partir de la sustitución el bien reemplazado deja de estar afecto a la garantía pignoratícia, por lo que su propietario lo poseerá libre de este gravamen, que en adelante recaerá sobre el bien sustituto, en las mismas condiciones.

## **7.4. Requisitos de la sustitución**

### **7.4.1. Requisitos generales**

La LDRG determina las circunstancias en las que es posible proceder a la sustitución del objeto. Estas circunstancias, como se ha dicho, tienden a mantener la seguridad de la garantía por lo que respecta a la utilidad del objeto, que habrá de responder con su valor del cumplimiento la obligación asegurada.

No obstante, las circunstancias y condiciones que la LDRG prevé para proceder a la sustitución del objeto no han de ser tenidas en cuenta sino cuando las partes no hayan pactado otras. Es decir, las partes pueden acordar la sustitución en las circunstancias y con las condiciones que estimen



conveniente, siempre y cuando la modificación sea compatible con la subsistencia de la garantía. De la misma manera, “una alteración objetiva que, lógica y naturalmente, admita la subsistencia de la obligación, producirá, empero, la extinción si a tal efecto se dirige la voluntad de las partes, si hay *animus novandi*”<sup>722</sup>.

Entre el bien sustituto y el bien sustituido ha de existir una relación de fungibilidad, es decir, ha de tratarse de bienes de la “misma especie y calidad” (art. 16.1 LDRG). No obstante, respecto de los valores mobiliarios en concreto, y como se dijo en su momento<sup>723</sup>, la condición de fungibilidad de los bienes que establece la LDRG a sus efectos no se ha de confundir con la que se establece en la legislación del mercado de valores. Esta legislación establece el concepto y requisitos de fungibilidad de los valores representados por anotaciones en cuenta a los efectos que le interesan: la “compensación y liquidación” (art. 17 RD 116/1992 con relación al art. 8.3º LMV)<sup>724</sup>, objetivos claramente diferenciados de la finalidad perseguida por el artículo 16 LDRG que, en consecuencia, puede establecer las condiciones y los límites de la sustitución entre valores empeñados que tenga por conveniente<sup>725</sup>.

---

<sup>722</sup> **SANCHO REBULLIDA**: *Comentario...*, p. 296.

<sup>723</sup> Véase CAP II, § 8, 2.1.

<sup>724</sup> Artículo 17 RD 116/1992: *Fungibilidad de los valores*.- 1. Los valores representados por medio de anotaciones en cuenta correspondiente a una misma emisión que tengan unas mismas características tiene carácter fungible. En consecuencia, quien aparezca como titular en el Registro contable lo será de una cantidad determinada de los mismos sin referencia que identifique individualmente los valores. 2. En particular, se considerarán fungibles entre sí todas las acciones de una misma clase y serie y los demás valores de un mismo emisor cuyas características, desde el origen o de modo sobrevenido, sean las mismas. 3. Lo dispuesto en los números precedentes se entiende sin perjuicio de las necesidades de especificación o desglose de los valores inscritos derivadas de situaciones especiales, como la constitución de derechos reales limitados u otra clase de gravámenes o la expedición de certificados”. Atendiendo a este concepto de fungibilidad quedaría muy reducida la posibilidad de proceder a la sustitución del objeto de prenda cuando éste recayera sobre valores anotados en cuenta, ya que, como mínimo, tanto los sustitutos como los sustituidos habrían de corresponder a una misma emisión. En igual sentido, **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 235.

<sup>725</sup> De la misma opinión **LAUROBA LACASA, M<sup>ª</sup> ELENA**: “Notes sobre la fungibilitat de l’objecte de la penyora a l’ordenament civil català”, *La Notaria*, noviembre-diciembre 2001, nº 11-12, pp. 365 a 378, p. 372: “No és aquest el criteri de l’art. 12.2 LGPSCM, que està pressuposat que el valor substituït i el (títol) valor substituït no són equivalents, ergo no responen a dos valors de característiques idèntiques. Es tracta d’una substituïbilitat que

#### 7.4.2. Requisitos para la sustitución “en el caso de valores”<sup>726</sup>

La posibilidad de proceder a la sustitución “en el caso de valores” fue una de las novedades introducidas por la LGP al objeto de agilizar y flexibilizar la garantía pignoratícia. La LGP declaraba en su Preámbulo, III, 4º que la posibilidad de sustitución “tiene una gran trascendencia en el caso de la prenda de un conjunto o paquete de valores, como puedan ser acciones, obligaciones, bonos, créditos o efectos en general, operación frecuente en el tráfico jurídico actual”. Atendiendo a ello la LGP dispuso un trato especial a la posibilidad de sustitución en la prenda de una cartera de valores (cfr. arts. 11.3 y 12 LGP), que ha sido recogido por la LDRG (arts. 15.3 y 16). Esta atención especial responde a las propias necesidades de gestión de la cartera de valores, cuyo objetivo suele ser la obtención de un beneficio que excede del que pueda derivarse de la rentabilidad individual de los distintos elementos que la componen, de los valores que la integran, por lo que puede resultar necesario la sustitución de alguno de estos elementos aprovechando las fluctuaciones del mercado. A pesar de ello, a pesar de que la gestión económica de una cartera de valores suele conllevar la sustitución de sus elementos, ello no ha de significar que en la prenda que sobre ellos se constituya se sobreentienda la posibilidad de sustitución, sin necesidad de previo pacto entre las partes. En este supuesto, como en cualquier otro, porque la LDRG no hace excepciones, la sustitución ha de venir precedida de un pacto expreso –no implícito- entre las partes<sup>727</sup>.

---

opera mitjançant criteris estrictament econòmics –dintre de la categoria valors-, i en el què la qualificació de fungibles obeeix a la possibilitat que atorga el legislador de substituir uns per altres, sense que l'exigència de «la mateixa espècie i qualitat» (art. 12.1) es prediqui *stricto sensu*. De fet, d'adoptar el paràmetre estricte, la possibilitat de substitució del deutor/propietari no li representa cap utilitat, perquè implica la correlativa entrega d'altres títols idèntics”.

<sup>726</sup> Véase CAP II, § 3, 9.3.2.4.

<sup>727</sup> De opinión contraria, refiriéndose igualmente al derogado artículo 12 LGP, **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 234: “en el caso de la prenda de carteras, este pacto deberá sobreentenderse en el contrato de prenda, ya que es inherente a este tipo de prendas el mantenimiento de la posibilidad de sustitución por parte del gestor de la cartera”.

La posibilidad de sustitución de unos valores por otros -considerados individualmente o en su conjunto, como “objetos unitarios de prenda” (art. 15.3 LDRG)- se encuentra expresamente prevista y admitida en el artículo 16 LDRG. Según el artículo 16.3 LDRG la sustitución de valores es posible siempre que se haga de acuerdo con la legislación específica en la materia, que la diferencia de precio entre ellos no supere el cinco por mil y que esta diferencia se compense en metálico al momento de la sustitución. Por tanto, cuando la diferencia de precio entre los valores supere el tipo legal, no se podrá proceder a la sustitución, excepto que las partes hubieran pactado lo contrario. Como consecuencia, la sustitución no puede significar una modificación sustancial del valor del objeto, porque es el valor de la garantía.

Como ha sido advertido, “aunque lo normal es que los productos de las ventas de valores concretos que integran la cartera sean *inmediatamente reinvertidos*, puede suceder también que permanezcan un tiempo en la cuenta de dinerario que el gestor tiene de su cliente, con lo que su posterior inversión en valores no podría calificarse estrictamente como sustitución”. Para soslayar este inconveniente se propone “configurar como objeto unitario de la prenda de la cartera tanto los valores que la componen como el *dinero en efectivo* que el gestor tiene de su cliente”<sup>728</sup>. Esta sería una buena solución, si las partes así lo decidieran en ejercicio de la autonomía de su voluntad, sobre todo teniendo en cuenta que la propia LDRG prevé la reposición en metálico (art. 16.3, final LDRG), siempre que ese dinero en efectivo fuera realmente reinvertido en la forma y con los límites que la LDRG establece. Tampoco habría de haber inconveniente en aceptar que las partes pacten la posibilidad de que la sustitución no se haga el mismo día, siempre y cuando ésta no afecte a la totalidad del objeto pignorado, porque, de lo contrario, aunque temporalmente, la garantía se quedaría sin objeto, lo que no es posible. No obstante, a mi juicio, ambas soluciones parecen chocar con la literalidad del artículo 16 LDRG, que requiere la fungibilidad de los objetos que se sustituyen (art. 16.1) y que, al referirse al “día de la sustitución”, indica la necesidad de ingreso inmediato de los valores

---

<sup>728</sup> SALINAS ADELANTADO: *El régimen...*, p. 237 y cita 68.

sustitutos en la cartera donde hasta entonces se integraban los sustituidos (art. 16.2).

La LDRG especifica que en el caso de valores cotizables la sustitución de unos valores por otros ha de hacerse atendiendo al precio establecido por las respectivas cotizaciones en el mercado oficial el día de la sustitución; y que en el caso de valores no cotizables, para acreditar la sustitución es suficiente la tenencia del valor sustituto en poder del acreedor pignoraticio o del tercero designado (art. 16.2 LDRG). Sin embargo, para acreditar la sustitución de valores no cotizables representados mediante anotaciones en cuenta ha de ser suficiente que el acreedor pignoraticio o el tercero designado tenga en su poder la certificación expedida los intermediarios financieros, con la inscripción de la mención oportuna. Igualmente, cuando se trate de valores no representados ni en títulos ni en anotaciones en cuenta -o se trate de participaciones sociales- la tenencia del certificado expedido por la entidad emisora también habrá de ser suficiente para acreditar la sustitución realizada.

El artículo 16.2 LDRG no se expresa de una forma completa, porque no indica cuál es el valor de sustitución en el caso de valores no cotizables, ni cómo se acredita la sustitución en el caso de los valores cotizables. Respecto de la primera cuestión, en ausencia de pacto, el precio de sustitución de los valores no cotizables será el real de mercado al tiempo de la sustitución, normalmente determinado por “un auditor de cuentas, distinto del auditor de la sociedad, designado a tal efecto por el Registro Mercantil” (art. 147 LSA)<sup>729</sup>. En el caso de los valores cotizables la sustitución se acreditará por la tenencia del título en poder del acreedor pignoraticio –con las menciones que resulten oportunas- o por la correspondiente inscripción registral del gravamen, según se trate de valores incorporados a títulos o representados en anotaciones en cuenta.

---

<sup>729</sup> El artículo 147 LSA ha sido reformado recientemente por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. Con anterioridad a esta reforma, este precepto disponía que, “a falta de acuerdo entre la sociedad y los interesados, el valor de las acciones vendrá determinado por el auditor de cuentas de la sociedad y, si ésta no estuviese obligada a verificación contable, por el auditor a tal efecto designado por el Registrador mercantil del domicilio social”.

Cuando la garantía recaiga sobre valores no representados ni en títulos ni en anotaciones en cuenta -o sobre participaciones sociales- el pignorante que quiera hacer uso de la facultad de sustitución deberá comunicarlo a la sociedad emisora de los valores -o de las participaciones- quien, a su vez, deberá comunicar esa intención al acreedor pignoraticio. En el caso de acciones representadas por anotación en cuenta el pignorante deberá dirigirse a la entidad encargada del registro correspondiente manifestando su voluntad de proceder a la sustitución. Una vez restituidos los certificados de legitimación correspondientes a los derechos del acreedor pignoraticio y del pignorante (cfr. art. 17.3 RD 116/1992), y comprobada la condición de fungibilidad -en los términos de la LDRG - entre las acciones anotadas e inicialmente afectadas en prenda y el valor que se ofrece como sustituto, la entidad encargada deberá proceder a la sustitución.

La LDRG no prevé la posibilidad de que el acreedor se oponga a la sustitución, porque se entiende que su posición ya es bastante segura por la equivalencia requerida. Sin embargo, lo anterior no excluye que si el deudor pretende sustituir unos valores “seguros” por otros que pueden resultar “volátiles” (inversiones de alto riesgo) el acreedor se pueda oponer por alguno de los mecanismos generales (abuso de derecho, aplicación analógica de la acción de devastación del artículo 117 LH, etc.).

A partir de la sustitución los valores reemplazados dejan de estar afectados por el derecho real de garantía y su propietario los poseerá libres de este gravamen, haciéndose constar así, en su caso, en los respectivos registros; mientras que los valores sustitutos quedarán gravados con la garantía en las mismas circunstancias, asegurando el cumplimiento de la obligación de la que ésta es accesoria. En el caso de valores anotados en cuenta, las acciones sustitutas quedarán inmovilizadas, y dejarán de ser fungibles en el sentido del artículo 17.3 RD 116/1992.

## **8. LA SUSTITUCIÓN DE "LA COSA RETENIDA"**

### **8.1. Precedentes legislativos**

La LGP también previó la sustitución de "la cosa retenida", en las condiciones en su texto establecidas (Preámbulo<sup>730</sup> y art. 7). No obstante, la sustitución en el derecho de retención no fue novedad introducida por la LGP, sino una posibilidad anteriormente conocida en el ordenamiento jurídico catalán. Sus antecedentes directos se encuentran en los derogados artículos 301 y 206 CDCC, éste último actualmente sustituido por los artículos 237 y 238 CS, y en el también derogado artículo 278 CDCC, hoy sustituido por los artículos 16 y 17 LAO.

El artículo 301 CDCC, en relación con el también derogado artículo 299.2 CDCC, determinaba la extinción automática de la enfiteusis expirado el término o cumplida la condición, lo que implicaba el derecho por parte del señor directo a la recuperación de la posesión de la finca. Sin embargo, el artículo 301 CDCC también establecía una limitación a este derecho del señor directo, al otorgar al enfiteuta un derecho de retención "por las mejoras exigibles". Según este mismo precepto la garantía podía mantenerse hasta que se produjera el abono o la consignación del precio de las mejoras exigibles, cuya cantidad era unilateralmente establecida por el enfiteuta, o hasta que el pago quedara suficientemente afianzado.

Por otra parte, el actual artículo 237 CS concede un derecho de retención al fiduciario o a sus herederos frente al fideicomisario por los créditos detallados en el artículo 240 del mismo cuerpo legal, como excepción a la regla general del artículo 237.1 CS que le obliga a la entrega de los bienes deferido

---

<sup>730</sup> Más de la mitad del espacio que en el Preámbulo de la LGP se dedicó a la regulación del derecho real de retención se ocupa de justificar la extinción de la garantía por sustitución, lo que demuestra la preocupación del legislador por el tema.

el fideicomiso. La retención del fiduciario subsiste en tanto la cantidad fijada no sea pagada. Sin embargo, el artículo 238 CS recoge la posibilidad de que la garantía que supone el derecho de retención se sustituya por un afianzamiento, que puede ser personal o real y, en este último caso, pignoraticio o hipotecario.

Finalmente, por lo que a este extremo se refiere, el artículo 278 CDCC facultaba a quien de buena fe hubiera edificado, sembrado, plantado o roturado en suelo ajeno para retener la edificación, la plantación o el cultivo, frente al propietario del suelo que pretendiera obtener su posesión, por el precio de los materiales, semillas, plantas y de los sueldos de los operarios empleados para ello (cfr. art. 361 CC). No obstante, el mismo precepto permitía al propietario del suelo extinguir la retención sustituyéndola por un afianzamiento del crédito que la generó, entendiéndose por afianzamiento cualquier mecanismo de garantía que resulte idóneo para mantener la seguridad del crédito que la retención representa<sup>731</sup>. Actualmente, con posterioridad a la promulgación de la LGP, el artículo 278 CDCC ha sido derogado por la Disposición Final Primera LAO y substituido por los artículos 16 y 17 de este mismo texto legal, de contenido similar. Así, el artículo 16 LAO otorga a quien de buena fe plantara, sembrara o construyera en suelo ajeno la posibilidad de retener la plantación, el cultivo o lo construido en tanto los gastos por su razón generados no le hayan sido devueltos o indemnizados. Por su parte, el artículo 17 LAO considera extinguido el derecho de retención “cuando la persona propietaria de la finca reintegra, afianza o consigna judicialmente el importe de la indemnización o resarcimiento”.

---

<sup>731</sup> Igualmente, **PUIG I FERRIOL, LLUÍS**, en **AAVV: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales**, dirigidos por **ALBALADEJO, MANUEL**, t. XXX, p. 15. Este mismo autor, obra y p. cit., advierte sobre "la conveniencia de relacionar este artículo 278 de la Compilación con el artículo 453 del Código civil, que resuelve el conflicto entre el propietario y el constructor de buena fe en el sentido de conceder a aquél la facultad de indemnizar al poseedor (también con derecho de retención), bien el importe de los gastos o el aumento de valor que haya experimentado la finca".

## 8.2. La sustitución como causa de extinción del derecho de retención

En la LDRG, la sustitución es una posibilidad que se ofrece como resultado de la valoración y ponderación de los intereses concurrentes en la garantía. La LDRG, valorando el perjuicio que la retención de determinados objetos muebles puede representar para los intereses del deudor o de su propietario, específicamente cuando se trate de objetos integrados en un determinado proceso de producción o cuando el valor del objeto retenido mantenga una desproporción excesiva con el importe de la obligación asegurada, dispone un mecanismo jurídico cuya utilización permite corregir el eventual desequilibrio que pueda darse entre el sacrificio de una de las partes implicadas en la relación, sin disminuir la seguridad que la garantía constituida representa para la otra parte. La sustitución pretende, pues, evitar un perjuicio innecesario, que exceda de la finalidad estrictamente perseguida por el derecho de retención, y conseguir la mayor correspondencia posible entre la seguridad que la garantía pretende y la que justamente ha de proporcionar el objeto por ella afectado con relación al valor del crédito cuyo pago se asegura (cfr. Preámbulo, II, 5º LGP)<sup>732</sup>.

---

<sup>732</sup> Justificación finalista de la facultad que se hacía en Preámbulo II, 5º LGP, que no comparte **FELIU REY**: "Garantías...", p. 15, quien, en su rotunda y subjetiva crítica de la LGP en cualquiera de sus aspectos, rebate, también, este fundamento. Entiende este autor que "La medida del artículo 7 vendría justificada solamente en consideración de la agilidad que en la actualidad exige e impone el tráfico jurídico, y de rechazo beneficiar al deudor, que por lo general será la parte económicamente más débil. De no ser éste el fundamento estaríamos premiando en cierto modo, paradójicamente, el incumplimiento contractual". Evidentemente, éstas son precisamente las consideraciones que se hicieron en la LGP para justificar la sustitución: el beneficio para los intereses del deudor y la atención a las exigencias demandadas por el tráfico jurídico de los bienes. Pero, esta consideración, sin más, no resulta exacta por segmentaria: la LGP atendía a esos intereses sin desatender por ello a los intereses del acreedor protegidos por el derecho de retención. Dicho de otro modo, la sustitución sólo es posible si se mantiene la protección del crédito y su seguridad de cumplimiento, finalidad para la que se establece la garantía y que constituye el límite al ejercicio de la facultad sustitutoria. Manteniéndose la garantía -razón por la cual el acreedor no se puede oponer a la sustitución impuesta- la Ley permite la sustitución, no tanto para procurar el beneficio de una de las partes (en este caso del deudor o del propietario, que, además de incumplir voluntariamente, no tiene porqué ser "la parte económicamente más débil"), sino para evitar perjuicios innecesarios que excedan de la finalidad de garantía que en concreto se corresponda con el crédito asegurado.



Sin embargo, a pesar del tenor literal del artículo 11.1 LDRG, no puede decirse que estemos ante un supuesto de "sustitución de la cosa retenida". La LDRG permite una sustitución, pero no precisamente de la cosa retenida. El artículo 11 LDRG sólo permite la sustitución si, a cambio de la cosa retenida, se constituye una garantía real o un afianzamiento solidario de entidad de crédito que resulten suficientes para cubrir la deuda. Es decir, lo que se sustituye es la garantía, el derecho real de retención, que se cambia por otra garantía considerada suficiente. Con mayor exactitud se expresaba el Preámbulo, II, 5º LGP, en cuya explicación y justificación se aludía a la posibilidad de sustitución de la "garantía del acreedor". Por tanto, no se trata en este caso de una subrogación real, mecanismo por el que un determinado bien sustituye a otro ocupando su lugar y sometándose a la misma condición jurídica que hasta la sustitución éste tenía (cfr. art. 16 LDRG), sino que se trata de un supuesto específico de extinción del derecho real de retención y su sustitución por cualquiera de las garantías que la LDRG especifica por considerarlas equivalentes en cuanto a la función que desempeñan.

Con criterio general, basándose el derecho de retención en el poder directo que el acreedor ejerce sobre la cosa retenida, perdido éste se extingue la garantía. Sin embargo, la extinción del derecho de retención por sustitución que prevé el artículo 11 LDRG debe diferenciarse de la causa de extinción del derecho real contenida en el artículo 6.3 LDRG. Este último precepto prevé, como se dijo, el supuesto de pérdida del derecho a poseer por parte del acreedor que devuelva voluntariamente la cosa en la que se materializa la garantía, esto es, el precepto prevé un supuesto de extinción del derecho por renuncia de su titular. De otra manera, el artículo 11 LDRG impone al acreedor la obligación de soportar la sustitución de la garantía, a iniciativa del deudor o del propietario, siempre y cuando su crédito quede igualmente asegurado en la forma que en el texto legal se indica. Pero la diferencia estriba en que el acreedor, aunque por la sustitución devuelva voluntariamente la cosa, no la devuelve por su voluntad o por su iniciativa, sino que la devolución se le impone: el acreedor no puede negarse a restituir la "cosa retenida" cuando la

sustitución se ajuste a los parámetros que marca la LDRG si quiere evitar la responsabilidad que su negativa apareja. De manera que, así como el artículo 6.3 LDRG prevé un supuesto de extinción del derecho real por voluntad del retenedor y por su sola iniciativa, en el artículo 11 LDRG la extinción se provoca por la sola voluntad del deudor personal o del propietario de la cosa retenida, quienes unilateralmente deciden utilizar el mecanismo de la sustitución<sup>733</sup>. Por tanto, con esta facultad de sustitución la LDRG concede al propietario o al deudor la posibilidad de extinguir unilateralmente un derecho constituido, también, de forma unilateral por el acreedor.

### **8.3. Sujetos legitimados para proceder a la sustitución**

De forma contraria a lo previsto para la prenda por el artículo 16.1 LDRG, que alude exclusivamente a “la persona deudora” como sujeto legitimado para practicar la sustitución del objeto pignorado, el artículo 11.1 LDRG se refiere al deudor y al propietario, legitimando a ambos para proceder a la sustitución de la garantía. Por tanto, en el derecho de retención la facultad de sustitución corresponde también al propietario del bien, sea o no deudor personal, porque es a quien también beneficia el cambio y quien seguramente mantiene el poder de disposición sobre el objeto afectado por la garantía (cfr. arts. 3, 4.1 y 7.2 LDRG)<sup>734</sup>.

Creyéndolo conveniente, el deudor o el propietario pueden proceder a la sustitución de la garantía en cualquier momento, mientras no se haya iniciado la realización del valor, “Durante la retención” dice la LDRG (art. 11.1). El deudor o el propietario son los únicos legalmente facultados para proceder al cambio, en su beneficio. El retenedor no puede exigirles la sustitución ni

---

<sup>733</sup> De otra forma, **LUCAS ESTEVE**: “El régimen...”, p. 101, entiende “que es inevitable que la entrega de la cosa al deudor extinga el derecho de retención (art. 5.3 LGP), por tanto, no es posible sostener su subsistencia”. Parece, pues, desatenderse al carácter voluntario o no voluntario de la extinción del derecho de retención.

<sup>734</sup> La LGP se refería exclusivamente al deudor, pero la doctrina entendió que la legitimación para proceder a la sustitución se extendía, con mayor motivo, al propietario del bien retenido. De esta opinión **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS**: *Institucions...*, v. I, p. 427; **MIRALLES GONZÁLEZ**: “Ley...”, p. 714; **ABRIL CAMPOY**: “El derecho...”, p. 1925.

impedir que se realice siempre que se haga de acuerdo con las previsiones legales. El retenedor tampoco puede proceder a la sustitución cambiando el bien inicialmente retenido por otro objeto del deudor o del propietario cuya posesión igualmente ostente en otro concepto, aunque el valor potencial del primero no cubra el crédito del que responde; ni puede cambiarlo por algún objeto de su propiedad aunque sea de la misma especie y calidad que el afectado. Tampoco puede avenirse a la sustitución propuesta por un tercero sin el consentimiento del deudor o del propietario. La sustitución no opera en ningún caso en beneficio del acreedor, que ya cuenta con la garantía que el derecho le proporciona, ni tiene como finalidad dotar al crédito de una seguridad que exceda de su total satisfacción. La sustitución tiene como objetivo evitar el perjuicio innecesario manteniendo la seguridad de pago que el derecho de retención proporciona. Por tanto, la sustitución en el derecho real de retención beneficia al deudor o al propietario sin perjudicar al titular de la garantía. Si los legitimados para ello no sustituyen, el gravamen ha de recaer sobre el bien objetivamente vinculado a la obligación en cuya seguridad se constituye la garantía<sup>735</sup>.

La LDRG no exige que la garantía que se ofrezca en sustitución –no quien imponga la sustitución- provenga necesariamente del deudor de la obligación garantizada o del propietario del bien inicialmente retenido. Consecuentemente es posible que la garantía sustituta provenga de un tercero, una persona distinta del deudor o del propietario iniciales, siempre que ofrezca la seguridad suficiente. En este caso, el cambio subjetivo en la relación que deriva del derecho real no influye en la situación jurídica del deudor, que no pierde su condición de sujeto pasivo de la obligación en cuya seguridad se constituyó la garantía y, por tanto, de personalmente responsable de su incumplimiento en caso de insuficiencia o inexecución de la garantía. Si es el propio deudor no propietario quien procede a la sustitución de la garantía, las

---

<sup>735</sup> Si se permitiera que el retenedor procediera a la sustitución del objeto inicialmente retenido por otro de la misma especie y calidad nos encontraríamos ante una situación similar a la de la prenda irregular, en la que el acreedor hace suyo el bien comprometiéndose a transmitir al pignorante otra cosa de la misma especie y calidad.

relaciones subjetivas se simplifican al recaer en una misma persona las condiciones de sujeto pasivo de la obligación y propietario del bien retenido.

Para proceder a la sustitución, el deudor o el propietario ha de comunicar al acreedor su voluntad de sustituir y la garantía elegida. Entiendo que siendo una facultad legal, no es necesario, porque la LDRG no lo requiere, que la notificación se realice por conducto notarial, aunque ello sea aconsejable. Lo que requiere comunicación notarial es la constitución del derecho real de retención (art. 4.1 LDRG) que, una vez constituido, conlleva la facultad de sustitución en favor del propietario de la cosa afectada en garantía o del deudor de la obligación asegurada. Comunicada la voluntad de sustituir la garantía, el acreedor debe facilitar el cambio. De lo contrario, quien pretenda la sustitución podrá recurrir al auxilio judicial y solicitar una indemnización por los daños o perjuicios que la conducta obstructiva del acreedor pudiera ocasionar. Otra cosa serán las formalidades específicamente requeridas para la constitución de la garantía sustituta (cfr. art. 12.2 LDRG, 1875 CC con relación art. 145.1<sup>º</sup> LH y arts. 13 y 57 LHM).

#### **8.4. Requisitos de la sustitución.**

##### **8.4.1. La sustitución total de la garantía**

El titular del derecho real de retención ha de aceptar y pasar por el cambio cuando la garantía sustituta sea una de las previstas por la LDRG. Pero ello no impide que el acreedor pueda acordar con el deudor o con el propietario la constitución de cualquier otro mecanismo de garantía en sustitución del derecho de retención e, incluso, a cambio de parte del objeto retenido, si este es divisible o si fueran varios, manteniéndose la retención sobre el resto. La sustitución parcial no resulta obligatoria para el acreedor quien, no obstante, podrá consentirla si le interesa, excepto que existiera acuerdo de distribución de la responsabilidad entre los diferentes objetos retenidos (cfr. art. 15.1 LDRG).

De otra manera, considerando la indivisibilidad del derecho real de garantía, la sustitución ha de ser total. Esto es, aún cuando el derecho de retención se ejercite sobre un objeto susceptible de división o sobre más de un objeto por causa del mismo crédito, su totalidad, todos ellos han de verse afectados por el cambio, de forma que su propietario o el deudor personal no pueden pretender la sustitución parcial de parte de los mismos a cambio de una nueva garantía que, aun siendo suficiente para cubrir la mayor parte de la deuda, no lo sea para cubrir su totalidad, incluso aunque cubriera la parte de responsabilidad correspondiente a los objetos o parte del objeto que se pretenda sustituir. La garantía es indivisible y sólo puede sustituirse por otra cuando ésta resulte suficiente para cubrir el importe total más el veinticinco por ciento de la deuda (art. 11.2 LDRG).

#### **8.4.2. La garantía sustituta**

La sustitución puede imponerse cuando la garantía sustituta sea cualquiera de las que la LDRG considera suficientemente segura para mantener la protección del interés del acreedor. Se entienden como tales las garantías reales y la fianza solidaria de entidad de crédito. La garantía sustituta se impone al titular del derecho de retención, quien a partir de la sustitución se convertirá en acreedor pignoraticio, hipotecario, etc., sin que "voluntariamente" constituya el derecho real o el afianzamiento sustituto.

##### **8.4.2.1. Las garantías reales**

Las garantías reales que pueden ofrecerse en sustitución del derecho de retención son la hipoteca sobre inmuebles, la prenda con desplazamiento de la posesión, la prenda sin desplazamiento, la hipoteca mobiliaria y la anticresis. Como consecuencia, es posible que un crédito inicialmente garantizado por derecho real de retención, y, por tanto, sobre un bien de naturaleza mueble cuya posesión se ha desplazado, termine siendo asegurado con el valor de

cualquier bien, independientemente de cual sea la naturaleza mueble o inmueble de éste y de la necesidad de cambio posesorio.

En la constitución de la garantía sustituta, así como en su desenvolvimiento, habrán de observarse los específicos trámites y requisitos legalmente establecidos para ello. Por tanto, como regla de principio y a modo de ejemplo, no podrán ser objeto de hipoteca mobiliaria o de prenda con o sin desplazamiento posesorio los bienes que ya estuvieran pignorados (cfr. arts. 14.1 LDRG y 55.2º LHM); ni podrán ser objeto de prenda sin desplazamiento o de hipoteca mobiliaria los bienes hipotecados o embargados o cuyo precio de adquisición no se hubiera satisfecho íntegramente (cfr. art. 2 LHM)<sup>736</sup>; lo mismo que no podrán ser objeto de prenda sin desplazamiento los bienes susceptibles de gravarse con hipoteca mobiliaria o que por pacto hubieran sido hipotecados con arreglo al artículo 111 LH de la Ley Hipotecaria (arts. 54 y 12 LHM)<sup>737</sup>.

Pero, ¿es posible sustituir el derecho de retención inicialmente constituido por otro derecho de retención sobre un objeto diferente, mueble o inmueble? En principio, la LDRG no lo excluye expresamente ya que se refiere, de una manera general, a cualquier garantía de naturaleza real. Por otra parte, atendiendo al argumento finalista contenido en el Preámbulo, II, 5º y ss. LGP, el cambio no perjudica al acreedor y supone un beneficio para los intereses del deudor o del propietario y para la libre circulación de los bienes. No obstante, como se ha dicho, la garantía sustituta, cualquiera que sea, debe serlo con arreglo a su específico régimen jurídico y a los principios que lo sustentan. Específicamente, el régimen jurídico del derecho de retención exige que esta garantía se ejercite sobre el bien objetivamente vinculado al nacimiento del crédito asegurado; es decir, exige que el objeto retenido sea aquél por cuya causa se generó la obligación que se asegura (cfr. art. 5 DRG). Partiendo de esta consideración, entiendo que no es posible sustituir un derecho de retención por otro cuyo objeto no se encuentre de tal manera vinculado con la

---

<sup>736</sup> Art. 2 LHM, final: "excepto en el caso de que se constituya la hipoteca o la prenda en garantía de precio alzado".

obligación cuyo cumplimiento garantiza. Además, cuando las partes así lo convinieran, se trataría de un derecho real de prenda con independencia de la calificación que le quisieran atribuir<sup>738</sup>. Este mismo argumento de la necesidad de vinculación objetiva fundamenta también la negativa a la sustitución del objeto retenido manteniéndose la garantía en el resto de sus circunstancias.

En cualquier caso, el derecho real constituido en sustitución del derecho de retención resulta inmediatamente realizable al constituirse en garantía de un crédito ya vencido y exigible (cfr. arts. 3 y 5 LDRG), excepto en el supuesto de que la oposición judicial formulada estuviera pendiente de resolución (cfr. arts. 4.1 y 7.1 LDRG)<sup>739</sup> o que se hubiera acordado un plazo distinto para su realización. El ejercicio de la facultad de sustitución evita que retenedor y propietario acuerden el tipo de la subasta (cfr. art. 7.3, c) LDRG), aunque la falta de acuerdo en este sentido no tiene en la LDRG la importancia que tuvo en la LGP (cfr. art. 6.2 y 5 LGP)<sup>740</sup>.

---

<sup>737</sup> Véase, también, artículo 108 LH.

<sup>738</sup> Igualmente **LUCAS ESTEVE**: "El régimen...", p. 101, entiende que no es posible constituir otro derecho de retención "ya que esta garantía tiene un origen legal y no contractual (...) en caso de pacto entre las partes hablaríamos de prenda, no de retención". También **FELIU REY**: "Garantías...", p. 15, se inclina por la negativa aunque con argumentos de signo completamente diferente: "Salvando el juego de la autonomía de la voluntad, y realizando una interpretación finalista creemos que no, puesto que lo que se persigue es el no entorpecimiento de la libre circulación de los bienes. Por lo tanto, será necesario que la garantía constituida se adecue a dicha finalidad".

<sup>739</sup> En cualquier caso, la realización de la garantía quedará pendiente del resultado del pleito.

<sup>740</sup> El artículo 6.2 LGP establecía como "requisito de la ejecución forzosa notarial haber procedido a la valoración del bien, de mutuo acuerdo entre el acreedor y el propietario" La necesidad de acuerdo en este sentido, en una garantía que normalmente se constituye con la oposición del propietario, dificultaba sobremanera el ejercicio del *ius distrahendi* del acreedor. En este caso, el ejercicio de la facultad de sustitución evitaba la necesidad de acordar conjuntamente el valor del bien retenido. Esto no significa que se pueda obviar el trámite previo de la tasación de la cosa afectada cuando su valor no estuviera determinado o no hubiera sido previamente acordado porque, aun no siendo un paso explícitamente requerido por el ordenamiento, resulta necesario para la realización de la garantía.

#### **8.4.2.2. La fianza solidaria de entidad de crédito**

La LDRG también permite la sustitución del derecho de retención por una fianza solidaria de entidad de crédito. En este caso la garantía real se sustituye por una de naturaleza personal, sin que el cambio suponga merma alguna para la seguridad del crédito garantizado. Se entiende que la protección que el derecho real proporciona es equivalente a la que ofrece esa específica garantía personal, considerada adecuada para mantener la seguridad de satisfacción del crédito por la acreditada capacidad de cumplimiento del deudor solidario, por la solvencia de la entidad crediticia<sup>741</sup>.

También en este caso, la constitución de la garantía deberá hacerse de acuerdo con los trámites y las formalidades legales específicamente determinadas para ello.

#### **8.4.3. La suficiencia de la garantía sustituta**

En cualquier caso, la garantía real o personal sustituta ha de ser "suficiente". Según la LDRG, la garantía sustituta es suficiente cuando el precio justo de la misma o del objeto sobre el que ha de recaer cubra el importe del crédito asegurado por el derecho de retención más un veinticinco por ciento. Aunque la LDRG se refiera literalmente a "la deuda que generó la retención" (art. 11.2, final LDRG), y, por tanto, parezca referirse al crédito inicialmente asegurado, ha de entenderse que el valor de la cosa afectada por la nueva garantía o el importe afianzado han de cubrir, además del veinticinco por ciento adicional, la totalidad del crédito que resulte de la liquidación acreditada, esto es, el importe resultante de la suma de las cantidades correspondientes al capital adeudado, sus intereses y a los gastos de conservación devengados (arts. 5, 6.1 y 6.2 con relación art. 2.1, b) LDRG).

---

<sup>741</sup> No obstante, entiende **LUCAS ESTEVE**: "El régimen...", p. 102, que la sustitución del derecho de retención por este tipo de garantía no será habitual en la práctica, debido a las comisiones que la misma origina.



Para determinar la suficiencia de la garantía sustituta que se ofrece la LDRG acude al criterio del "precio justo" de la cosa ofrecida en garantía. Tal y como se indicaba en el Preámbulo de la LGP, el concepto de precio justo es el que se desprende de lo dispuesto por el artículo 323 CDCC, esto es, el que se corresponde con "el valor de mercado de la cosa en el momento de la sustitución de la garantía" (Preámbulo II, 8º LGP) "con relación a otras iguales o de análogas circunstancias" (art. 323 CDCC). Por tanto, el precio justo del objeto de la garantía sustituta ofrecida es su valor real, objetivamente determinado, y no el que las partes quieran subjetivamente atribuirle.

El precio real en mercado del bien afectado por la sustitución ha de ponerse en relación con el importe de la deuda que generó el derecho de retención, de manera que la garantía sustituta resultará suficiente cuando el valor real de su objeto sea igual o superior al del crédito asegurado más un veinticinco por ciento. La suficiencia o la insuficiencia del precio justo de la cosa -el que, en su caso, se obtendrá de su venta-, en orden a mantener la seguridad que el derecho de retención proporciona, ha de valuarse de acuerdo con el importe de la obligación que en concreto se garantiza, que es el que ha de cubrir el valor real que en el mercado corresponda al bien sustituto, aunque este valor sea inferior al del bien sustituido (Preámbulo II, 7º y 8º LGP y art. 11.2 LDRG). Por tanto, de acuerdo a estos parámetros legales, si la garantía sustituta cubre el crédito y el veinticinco por ciento que se adiciona, el acreedor no puede negarse a la sustitución, aunque el valor real del bien hasta entonces retenido fuera superior al del bien afectado por la garantía sustituta (art. 11.2 LDRG). Se entiende que, en definitiva, el exceso de valor del bien inicialmente retenido no resulta necesario para la seguridad del concreto crédito, que queda suficientemente garantizado cuando el valor de la garantía sustituta se corresponda con el de la deuda de la que responde.

La LDRG exige que a la cantidad resultante de la liquidación practicada se añada un veinticinco por ciento, pero no indica el concepto por el que se prevé la adición de este porcentaje. Puede que se tenga en cuenta que el

importe total acreditado no sea el definitivamente adeudado, ya que es posible que se continúen devengando intereses y, según cual sea la garantía sustituta, gastos de conservación (cfr. arts. 6.1, 6.2 y 2 LDRG); o puede que esa cantidad se adicione en previsión de los posibles gastos de procedimiento que en un futuro pueda generar la realización de la garantía (cfr. arts., 6.3, c) y 9 LDRG; arts. 87.8ª, 9ª y 10ª; 89.5, b) 2º LHM; 692.1, 1º y 694.2, 2º LEC).

## **9. OTROS SUPUESTOS DE SUSTITUCIÓN DEL OBJETO, EN CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE CONSERVACIÓN**

Al margen de la posibilidad de sustitución prevista en los artículos 11 y 16 LDRG, el objeto gravado habrá de ser sustituido en determinados casos, para evitar la pérdida o disminución de la garantía. Los supuestos que puede integrarse en esta hipótesis pueden ser muy variados, pero, en general, el bien sobre el que inicialmente se constituyó la garantía habrá de ser sustituido por otro cuando los vicios o defectos que presente permitan su sustitución, sin cargo, por otro de modelo igual o no, o por dinero, ya sea en concepto de indemnización o reembolso<sup>742</sup>.

En estos casos, el acreedor se ve obligado al cambio, para cumplir con el deber de “conservación”, que, en el ámbito de la LDRG, no implica tanto el mantenimiento del objeto inicialmente gravado como el del valor de la garantía (cfr. Preámbulo III, 3º LGP y arts. 11 y 16 LDRG)<sup>743</sup>. Igualmente en estos casos,

---

<sup>742</sup> Entiende **CARRASCO PERERA**: *Tratado...*, p. 826, que “si la prenda tiene por objeto cosas perecederas, el acreedor está facultado y obligado a enajenarlas para adquirir otras que las sustituyan, pues la constitución de una prenda de estas características confiere implícitamente al acreedor pignoraticio la condición de gestor del conjunto gravado en interés propio y del pignorante. A mi juicio, no es posible que el acreedor quede de esta forma obligado, a no ser que así lo asuma; el acreedor pignoraticio sólo se encuentra legalmente obligado a conservar la cosa que posee en garantía, atendiendo al estado en que le fue entregada y a la naturaleza de la misma, y si no obstante su diligencia la cosa parece la garantía desaparece por falta de objeto, riesgo que previamente fue asumido al aceptar el gravamen sobre ese determinado bien mueble.

<sup>743</sup> Evidentemente, en estos casos no es el objeto en sí lo que se conserva, sino el valor de la garantía.

la garantía no se extingue a pesar de la sustitución, sino que se mantiene y se proyecta en el objeto sustituto, en las mismas circunstancias.

Con independencia de su condición de fungibilidad, el bien especialmente afectado por la garantía también puede ser sustituido total o parcialmente<sup>744</sup>, por causa de siniestro, por la indemnización que corresponda al propietario o beneficiario de un contrato de seguro sobre ese mismo bien (art. 40 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de seguro, cfr. arts. 518 y 1626 CC).

Igualmente, cuando se trate de una garantía sobre valores o de participaciones sociales, la totalidad o parte de su objeto se sustituye, por ejemplo, en caso de reducción de capital que implique la amortización de acciones o participaciones mediante reembolso al accionista o al partícipe (arts. 163 y 164.3 LSA, 80 LSRL), o por disolución de la sociedad con derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación (cfr. art. 276 LSA, 119 LSRL), o en el caso de reembolso de las acciones por ejercicio del derecho de separación (arts. 147, 149.1, 2º, 225 LSA) o por la exclusión del socio (arts. 79. 80 y 101 LSRL). En cualquiera de estos casos la garantía quedaría vacía de contenido si se restituyera el contenido económico al propietario. Por tanto, las cuotas correspondientes a las acciones o a las participaciones inicialmente afectadas por la garantía sustituyen a éstas, quedando igualmente gravadas por el derecho real. La inmovilización de los saldos de los valores se traslada entonces a los saldos de efectivo provenientes de la amortización o del reembolso, siempre y cuando la entidad emisora tenga conocimiento de la existencia de la garantía real<sup>745</sup>

---

<sup>744</sup> Aunque con relación al artículo 518, sobre el usufructo, **ALBALADEJO: Derecho...**, t. III, v. 2º, p. 54; **MORENO QUESADA, BERNARDO**, en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DíEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 1371. Comentando el artículo 1626, en materia de censos, **O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER**: en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DíEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 1253.

<sup>745</sup> En este sentido, **DÍAZ MORENO**: “La prenda...”, p. 419; **CORTÉS GARCÍA**: “Derechos...”, p. 182; **SÁNCHEZ GONZÁLEZ**: “Derechos...”, p. 866; **SALINAS ADELANTADO**: *El*

Todos ellos son supuestos de subrogación real, y, como tal, de modificación por sustitución, y no de extinción de la garantía. En algunos casos, el acreedor habrá de procurar la sustitución del objeto (p.e. solicitando el cambio al suministrador cuando detecte que las condiciones del objeto no son las que le corresponden) o simplemente consentirla (p.e. en caso de reembolso de capital). Cuando el acreedor tuviera constituido un derecho real de retención, en garantía del pago de una obligación ya incumplida, y la sustitución suponga el cambio del objeto inicialmente retenido por dinero o por título representativo de dinero, siempre que sea por una cantidad líquida y exigible, podrá “hacerlo suyo”, notificándolo previamente al deudor (cfr. arts. 7.1 y 19.5 LDRG)<sup>746</sup>.

---

*régimen...*, pp. 349 y ss.

<sup>746</sup> Véase CAP III, § 5, 17.

## § 4. LA IMPUTACIÓN DE LOS FRUTOS

### 10. EL EFECTO ANTICRÉTICO

#### 10.1. Aspectos generales

La LDRG establece el régimen de los frutos o de los rendimientos derivados de la cosa retenida, como aspecto general de los derechos reales de garantía. Según el artículo 2.1, b) LDRG los frutos que genere la cosa empeñada o retenida han de imputarse a los intereses del crédito garantizado y, si procede, al capital. Se trata de una norma de carácter dispositivo, que puede ser modificada o excluida voluntariamente (cfr. art. 6.2 CC). Por tanto, excepto acuerdo de las partes en sentido contrario, el acreedor titular del derecho real de garantía tiene la facultad de percibir los frutos que origine la cosa mueble afectada por el gravamen, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si los hubieren, y, en su defecto, al capital del crédito.

Se trata de un efecto, el efecto anticrético, que la LDRG establece para ambas garantías mobiliarias, siempre que el objeto gravado produzca frutos. Por tanto, en el ámbito en que este efecto se circunscribe no puede considerarse como una institución independiente de la garantía de la que procede, sino como elemento esencial y accesorio de la misma (cfr. arts. 21 y ss. LDRG y 1881 y ss. CC). En los derechos de prenda y de retención el efecto anticrético se establece en consideración al poder que al acreedor corresponde sobre la cosa, especialmente cuando ostente y mantenga la posesión corporal de ésta hasta la total satisfacción de la obligación asegurada (arts 3, 6; 12.1, b); 18 y 19 LDRG; cfr. art. 1883.2º CC)<sup>747</sup>. Por ello, en defecto de pacto en otro

---

<sup>747</sup> Según **SCAEVOLA: Código...**, p. 379, el fundamento de la función anticrética se encuentra en que el acreedor aceptó la prenda como fructífera: "En la cosa fructífera se pueden apreciar dos parcelas de valor totalmente inseparables: una el valor estático de la cosa y otra el valor dinámico o de función; pero como el valor dinámico es una

sentido, el titular del derecho real se encuentra obligado a aplicar los frutos o rendimientos que perciba a la extinción del crédito asegurado. No obstante, el efecto ha de ser el mismo en caso de que la garantía grave bienes incorporales. Es decir, los frutos que produzca la cosa gravada han de imputarse siempre en la forma establecida por el artículo 2.1, b) LDRG, con independencia de la naturaleza corporal o incorporeal de la cosa de la que proceden, de manera que tanto el acreedor como el deudor o el propietario pueden exigir la aplicación del valor de los mismos al pago del crédito asegurado<sup>748</sup>.

El efecto anticrético referido a los bienes de naturaleza mueble ha sido calificado como una previsión de muy escasa importancia económica, lo cual hace sorprendente -a juicio de quien así la califica- su regulación legal<sup>749</sup>. Pero

---

circunstancia de la cosa e inseparable de ella, es natural que a efectos de garantía, cuando la prenda se constituye sobre la cosa sin limitaciones de valor, sea estático o dinámico, se constituye sobre todo. Esta es la razón para nosotros que explica jurídicamente la atribución dominical que hace el acreedor de los frutos o de los intereses cuando la cosa empeñada los produzca y cuando el crédito pignoraticio los devengue". En la misma línea **GUILARTE ZAPATERO: Comentarios...**, p. 541: "se suele invocar que la ley presume que los interesados quisieron afectar los intereses al cumplimiento, o, además, que los intereses del crédito dado en prenda constituyen un elemento de garantía con el que el acreedor ha debido contar". Este fundamento doctrinal ha sido criticado por **SERRANO ALONSO: Comentario...**, p. 1885, quien se muestra contrario a la aplicación de este efecto en la prenda: "En primer lugar es, al menos, dudoso que la posibilidad de compensación anticrética que se concede al acreedor pignoraticio sea una facultad consecuente con su posición en la relación prendaria, y en especial con la prohibición de usar la cosa entregada en prenda que le impone, salvo pacto en contrario el art. 1870, y en segundo lugar, porque si la cosa entregada en prenda sigue siendo de propiedad de quien entrega y los frutos e intereses pertenecen como regla general al propietario (art. 354 CC) no hay en principio explicación para que el dueño de la cosa se vea privado de los frutos que la misma produzca en favor del acreedor pignoraticio cuando éste sólo tiene la cosa con la finalidad de garantizar otra deuda; el contenido extraño de este precepto queda evidenciado al examinar las razones que se exponen como fundamento del mismo".

<sup>748</sup> Así, aunque atendiendo en concreto a la anticresis inmobiliaria, **HERNÁNDEZ MORENO, ALFONSO**, en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - Díez-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 1929: "De suerte que no se trata de una mera carga del acreedor anticrético poseedor del inmueble, sino de un verdadero derecho subjetivo cuyo ejercicio es imprescindible en función de la extinción de la deuda que está llamada a provocar".

<sup>749</sup> En este sentido **WOLFF: Tratado...**, p. 416: "La anticresis mobiliaria tiene muy escasa importancia económica, cosa que hace tanto más sorprendente que se regule legalmente"; **GARCÍA GOYENA: Concordancias...**, p. 180, respecto de los preceptos extranjeros concordantes ("2081 Frances, 1951 Napolitano, 2134 Sardo, 3136 de la

ocurre que, en la actualidad, la imputación anticrética en los bienes muebles ha cobrado relevancia por la creciente importancia que, desde el punto de vista económico, han adquirido los valores mobiliarios, que hoy en día suponen una parte importante del patrimonio de los particulares. La posibilidad de entregar en prenda bienes fructíferos, como son las acciones, las obligaciones, los bonos, los créditos o los efectos en general (cfr. art. 15.3 LDRG), precisa que la ley atienda y regule de forma expresa el destino que ha de darse a los frutos de esos bienes cuando son gravados en garantía del cumplimiento de una obligación. Atendiendo a esta circunstancia, la LDRG incluye la imputación anticrética entre los efectos generales de las garantías mobiliarias.

Específicamente, la imputación de los frutos prevista por el artículo 2.1, b) LDRG como efecto del derecho de retención, que acentúa el carácter real de esta garantía, es uno de los aspectos novedosos que introdujo la LGP con relación a la regulación del derecho de retención contenida en el Código Civil. En el Código Civil, excepto el artículo 1868, no existe precepto alguno que de una forma general autorice a la imputación de los frutos como efecto del derecho de retención<sup>750</sup>. Como resultado, el criterio tradicionalmente admitido por la doctrina es el contrario, esto es, la no imputación de los frutos que genere la cosa retenida y la aplicación del artículo 353 CC, es decir, la incorporación de los frutos a la propiedad de la que provienen, excepto que un acuerdo entre propietario y retenedor autorice a lo contrario<sup>751</sup>. Configurada la retención por la LGP como derecho real de garantía, se estableció, de manera análoga a lo tradicionalmente previsto para la prenda, la posibilidad de satisfacer el crédito asegurado mediante su compensación con los rendimien-

---

Luisiana, y 1204 Holandes”) que relaciona con el artículo 1777 que comenta, considera que “Todos estos artículos hablan del crédito que produce interés y se da en prenda: fuera de este caso, apenas se concibe que una cosa mueble pueda producir frutos: sin embargo, la Comisión quiso que se conservara esta palabra por la posibilidad de que ocurriera algún caso, aunque raro, de aplicación”.

<sup>750</sup> El artículo 502, 3º prevé un especial derecho a la compensación en favor del usufructuario, quien podrá retener la cosa usufructuada al concluir el usufructo, “hasta reintegrarse con sus productos” por las reparaciones indispensables para la subsistencia de la cosa que hubiera realizado.

<sup>751</sup> **DÍEZ-PICAZO**: *Fundamentos...*, p. 410; **CANO MARTÍNEZ DE VELASCO**: *La retención...*, p. 76; **FELÍU REY**: “Garantías...”, p. 15.

tos de la cosa retenida y, por tanto, la posibilidad de extinguir la obligación asegurada a costa del bien retenido que la garantiza, aprovechando el valor que sea capaz de producir. En consecuencia, a partir de la válida constitución del derecho real de retención, el régimen de los frutos correspondiente al título posesorio previo del poseedor queda sustituido por el previsto en la LDRG (cfr. arts. 2.1, b) LDRG con relación arts. 353, 451, 479, 1095, 1741, 1770.1º, 1877 CC). Así pues, fuera cual fuera el régimen posesorio anterior, el retenedor puede cobrar su crédito compensándolo con los frutos generados por la cosa retenida.

Atendiendo a lo dispuesto por los artículos 6.2 y 18.2 LDRG, que impiden al poseedor de la cosa retenida utilizarla en provecho propio sin el consentimiento del propietario, la actuación del acreedor respecto de la percepción de los frutos debe delimitarse con arreglo a los criterios que determinan la conservación diligente de la cosa, a la que se encuentra legalmente obligado, en función de la específica naturaleza y circunstancia del objeto gravado, excepto pacto en otro sentido. En general, se puede decir que los criterios han de ser los mismos que regían al momento de constituir la garantía. Sin embargo, a estos efectos, cabe distinguir, básicamente, dos situaciones distintas, según que el acreedor –o el tercero depositario- tenga o no la posesión material de la cosa fructífera. En la primera hipótesis, el poseedor tiene derecho a percibir los frutos directamente, así como el derecho a participar en su percepción y control, en cumplimiento de su deber de conservación. No obstante, el propietario, que conserva las facultades dominicales que no haya transmitido al constituir la garantía, tiene también derecho a controlar la gestión o la explotación del poseedor (cfr. art. 1869.2º CC), y a solicitar la constitución en depósito (cfr. art. 1870 CC) o la administración judicial de la cosa (cfr. art. 117 LH) cuando la conducta del poseedor no se ajuste a la diligencia debida, especialmente, cuando sea causa de perjuicios para sus intereses<sup>752</sup>. Cuando la garantía grave una cosa

---

<sup>752</sup> Así, aunque con relación al artículo 1881 CC, **GUILARTE ZAPATERO: Comentarios...**, p. 650: “la introducción de alteraciones y novedades en los procedimientos para producir los frutos deberá contar con la intervención del dueño de la finca. Si el



inmaterial, de la misma manera que si la cosa se encuentra en poder del propietario sin voluntad de renuncia del titular de la garantía, los frutos que genere la cosa habrán de ser entregados al acreedor para que los impute al pago de los intereses del crédito. Si los frutos generados los recibiera el propietario, éste habría de entregarlos directamente para su imputación.

En la imputación de los frutos, el crédito del retenedor queda sometido a las reglas generales sobre prelación de créditos establecidas en el Código Civil (art. 2.2 LDRG y 1922.2º y 1926 CC)<sup>753</sup>. Finalmente, por lo que a este punto se refiere, el acreedor debe formalizar la oportuna rendición de cuentas, al objeto de determinar la cantidad imputada a los intereses o al capital, y por tanto, la cuantía definitiva del crédito pendiente del que responde la garantía.

## **10.2. El efecto anticrético como mecanismo de pago de la obligación garantizada**

El efecto anticrético propio de las garantías mobiliarias las configura como derechos de realización de valor, también en su fase de seguridad. El efecto anticrético permite la satisfacción del crédito asegurado directamente sobre la cosa gravada, concretamente sobre los frutos que eventualmente genere, independientemente de la posterior posibilidad de realizarla económicamente mediante su enajenación. Desde esta perspectiva, el derecho real de prenda y el de retención pueden desempeñar, a partir de su constitución, una función de pago además de su genuina función de garantía<sup>754</sup>.

---

acreedor impone una explotación contraria a la existencia no sólo será responsable de los perjuicios que puedan derivar de la misma, sino que además el dueño de la finca estará facultado para oponerse a ella y lograr que cese. En tal sentido, estiman ciertos autores que, por analogía con lo dispuesto para la prenda en el artículo 1870, puede obtener que se constituya el secuestro”.

<sup>753</sup> Véase más adelante, CAP III, § 6.

<sup>754</sup> **SCAEVOLA**: *Código...*, p. 379: “la prenda en esta hipótesis es mixta porque se convierte en una forma de pagar además de conservar su carácter asegurador en forma totalmente íntegra”. Igualmente **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 541, la compensación anticrética en la prenda se “convierte en cierto aspecto en una institución mixta de garantía y de forma de pago”.

Por tanto, a través del efecto anticrético la LDRG instrumenta una alternativa que permite la extinción del crédito asegurado sin necesidad de acudir a la realización forzosa del bien retenido. El acreedor insatisfecho, ejercitando su facultad de retención, puede mantenerse en la posesión de la cosa fructífera gravada en seguridad de su crédito, hasta que a través del mecanismo de la compensación el crédito garantizado se extinga totalmente<sup>755</sup>. La imputación de los frutos opera a medida que estos se vayan percibiendo y en tanto persista la garantía, de manera que el acreedor ha de ir aplicando el valor de los mismos a los intereses, a los intereses y al capital, o al capital cuando los intereses se hubieran compensado. En consecuencia, el efecto anticrético que se deriva de los derechos de prenda o de retención tiene una duración limitada a la eficacia del propio derecho real. En caso de extinción de la deuda por el mecanismo de la imputación de los frutos, como en caso de extinción de la obligación por cualquier otra causa, se extingue la garantía, con lo que los frutos de la cosa generados a partir de ese momento dejan de estar sometidos al régimen que la LDRG establece y deben ser entregados, con la cosa que los genera, a quien corresponda.

### **10.3. El orden de preferencia en la imputación de los frutos**

Los frutos que genere la cosa retenida han de imputarse en la forma prevista por el artículo 2.1, b) LDRG, que establece un orden de preferencia taxativo. Según esta norma, los frutos se imputan exclusivamente a los intereses que origine el crédito garantizado cuando sea posible, y, en cuanto se hayan compensado o no se originen, al capital (art. 2.1, b). En consecuencia, si la cosa produce frutos, el acreedor no puede imputarlos a los gastos de conservación ni a sus intereses, sino una vez pagados los intereses y el capital<sup>756</sup>. Igualmente, si la obtención de los frutos genera cargas para el

---

<sup>755</sup> Igualmente **ABRIL CAMPOY**: "El derecho...", p. 1920.

<sup>756</sup> En definitiva, los gastos de conservación forman parte de la deuda garantizada (cfr. arts. 6.2 y 18.2 LDRG). En cambio, **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 293, asimila, a estos efectos, los gastos de conservación con los intereses: "aunque en el art. 1868 CC no se dice nada al respecto, parece que también será posible imputar los intereses a los *gastos* que se produzcan sobre la cosa, que, en cuanto al orden de

acreedor, éste debe soportarlas inicialmente y no puede deducir los gastos por esta causa generados del valor de los frutos percibidos, sino una vez compensados los intereses y el capital adeudado. En todo caso, las cantidades por este concepto resultantes se califican como gastos de conservación, y como tales deben contabilizarse al momento de proceder a la liquidación del total asegurado, del que forman parte (arts. 5, a); 6.2 y 18.2 LDRG)<sup>757</sup>.

## 11. LOS FRUTOS IMPUTABLES

### 11.1. El concepto de frutos en la LDRG

En el ámbito de la LDRG por frutos ha de entenderse tanto los rendimientos del dinero como los de las demás cosas. La LDRG utiliza el término frutos en un sentido lato, tal y como se utiliza en los artículos 354 y ss. CC<sup>758</sup>, y tal y como se emplea en el artículo 1881 CC, con el que se abre el Capítulo IV dedicado a la anticresis inmobiliaria, que no distingue entre frutos civiles y naturales<sup>759</sup>. La compensación anticrética opera, pues, en la LDRG siempre que la cosa retenida sea fructífera, es decir, siempre que sea capaz de

---

satisfacción creemos que deberán ser asimilados a los intereses". La diferencia estriba en que, si se entiende que los gastos de conservación se asimilan a los intereses podrían compensarse antes que el capital, mientras que, de la otra forma, no podrían ser compensados sino después.

<sup>757</sup> En la anticresis inmobiliaria el artículo 1882 CC faculta expresamente al acreedor para deducir del valor de los frutos las cantidades que emplee en el pago de contribuciones, cargas, conservación y reparación.

<sup>758</sup> Como Indica **LÓPEZ VILAS, RAMÓN**, en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DíEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 995, en estos artículos se acoge la noción más amplia de fruto, "como todo beneficio o rendimiento que, con propia sustantividad, se deriva de la utilización o explotación de una cosa". Véanse, también, arts. 451, 453, 469, 486, 651, 654, etc. CC. en los que se utiliza el concepto amplio de frutos, en cualquiera de sus variedades.

<sup>759</sup> Así lo entiende **GUILARTE ZAPATERO: Comentarios...**, p. 643: "a los efectos de la anticresis, cabe la percepción de frutos civiles y obviamente cualquier inmueble es susceptible de producirlos de esta clase".

generar un provecho o beneficio, independientemente de que se califique como fruto natural<sup>760</sup> o civil.

Con ello se zanja, en el ámbito de la LDRG, la polémica generada en torno al alcance del artículo 1868 CC, que establece la posibilidad de aplicar la compensación anticrética al derecho de prenda, pero que sólo alude literalmente a los intereses. Sobre la base de una interpretación histórica y literal, parte de la doctrina ha entendido que el artículo 1868 CC se refiere a los intereses en sentido estricto, y, por tanto, niega la posibilidad de extender el efecto anticrético a todo tipo de frutos en sentido amplio<sup>761</sup>. En la LDRG, cuando se trate de rendimientos del dinero, los frutos serán los que realmente se obtengan de la gestión de la cosa gravada. Pero cuando se trate de frutos en sentido estricto, es decir, cuando la cosa fructífera gravada en garantía no sea dineraria, todos los percibidos se imputarán igualmente en la forma prevista por la LDRG, si bien será necesario valorarlos para, una vez convertidos en dinero, aplicar la compensación. La valoración de estos frutos puede hacerse por acuerdo entre el acreedor y el propietario del bien retenido. No

---

<sup>760</sup> Como indica **LÓPEZ VILAS**: *Comentario...*, p. 997, se consideran frutos naturales a los llamados "naturales en sentido estricto" y a los "industriales" entendiéndose por los primeros, en atención a su origen, todos aquellos que la cosa da en sí, esto es, las producciones orgánicas de la cosa, bien sea por consecuencia de la función genérica de la misma, o lo sea con la ayuda o intervención más o menos directa del hombre".

<sup>761</sup> En la redacción actual del Código Civil se suprimió la mención a los "frutos" que, junto a los "intereses" se contenía en el artículo 1777 del Proyecto de 1851. A partir de ahí se argumenta, como en **SERRANO ALONSO**: *Comentario...*, p. 1886, que "la lógica debe llevar a estimar que se suprimieron los «frutos en general» por no desear incluirlos en la norma, salvo que se acredite que se utilizó una sola palabra «intereses» por considerarla suficientemente expresiva de todo tipo de frutos; pero como tal voluntad legislativa no consta, no parece aceptable ampliar su significado, cuando además, el mismo va en contra de la propia esencia de las facultades concedidas en el art. 1.870 al acreedor; lo excepcional de la norma lleva a considerar más adecuada la tesis restrictiva". En el mismo sentido **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 539. En contra **MANRESA Y NAVARRO**: *Comentarios...*, p. 581: "Algunos autores han creído que el presente artículo se refiere tan sólo al caso de que se dé en el concepto de prenda un crédito o valores que devengue interés, pues fuera de él no se concibe ningún otro, toda vez que las cosas muebles ordinariamente no producen interés; pero el término empleado lo está en un sentido amplio, equivalente a frutos, lo mismo naturales que civiles, y el legislador, siguiendo en esto a los autores del Proyecto de 1851, cuyo artículo 1.777 estableció idéntico precepto, reprodujo la disposición de éste por la posibilidad de que ocurriera algún caso de aplicación, aunque raro, como pueda suceder en los semovientes dados en prenda". En este último sentido **SCAEVOLA**: *Código...*, p. 379; **CARRASCO PERERA**: *Tratado...*, p. 839.

obstante, ante la falta de acuerdo, será el juez quien la decida. En defecto de pacto, la percepción de los frutos ha de acomodarse a la situación existente en el momento de nacimiento de la garantía.

Como ha quedado dicho, la compensación anticrética opera a partir del nacimiento de la garantía, siempre que la cosa gravada genere frutos. Este momento inicial resulta lógico en la prenda, que exige la transmisión posesoria para su válida constitución. Sin embargo, en el derecho real de retención es posible que la cosa gravada haya generado frutos también en el período que media entre la interversión del concepto posesorio y la constitución de la garantía. Los frutos obtenidos en ese período, a los que se extiende el derecho de retención, han de ser conservados por el acreedor, como accesorios de la cosa gravada, mientras no se constituya formalmente la garantía. La cuestión que entonces se plantea es si también deben compensarse estos frutos obtenidos previamente a la constitución del derecho de retención o sólo los generados con posterioridad. Al respecto considero que el acreedor se puede mantener en la posesión de los frutos obtenidos y constituir el derecho de retención también sobre ellos, como objeto directamente vinculado al crédito cuyo pago asegura la garantía. Hasta ese momento no puede compensarlos, excepto que las partes hubieran pactado lo contrario. Una interpretación estricta nos lleva a entender que sólo se pueden imputar los frutos obtenidos a partir de la constitución de la garantía, mientras que los obtenidos con anterioridad habrán de ser retenidos por el acreedor, quien podrá realizar su valor o “hacerlos suyos” (cfr. art. 19.5 LDRG) en las circunstancias descritas en el artículo 7 LDRG. Igualmente, pagado el crédito en su momento, los frutos previamente obtenidos seguirán el destino de la cosa de la que proceden y se devolverán, según corresponda, al deudor o al propietario.

No obstante, el artículo 3 LDRG permite al poseedor de buena fe retener la posesión de una cosa ajena, como puedan ser determinados frutos, en garantía del cumplimiento de las obligaciones relacionadas en el artículo 5LDRG, entre las que se encuentra “Los intereses de las obligaciones

establecidas por el presente artículo, desde que sea notificado el derecho de retención en la forma determinada por el presente artículo” (art. 5, d) LDRG). Parece, pues, que exista una contradicción entre esta norma y la contenida en el artículo 2.1, b) LDRG, que establece el efecto anticrético: por una parte, se legitima la posibilidad de constituir derecho de retención y mantenerse en la posesión de los frutos que genere la cosa (art. 3 en relación art. 5,d) LDRG), y, por la otra, se establece la necesidad de compensar esos frutos con los intereses que genere el crédito insatisfecho. Sin embargo, más que contradecirse, ambas normas se complementan. Efectivamente, el derecho de retención garantiza también el pago de los intereses, independientemente de que la cosa retenida genere o no frutos. Pero precisamente por ello, por causa de la garantía y en pago del crédito garantizado, cuando existan frutos se imputarán al pago de los intereses, preferentemente. En este último caso, cuando se perciban frutos, el derecho de retención no implica para su titular la facultad de retenerlos, que se sustituye por el efecto anticrético.

## **11.2. Consideración especial de la compensación de los dividendos sociales**

Dentro del concepto de frutos que acoge la LDRG también han de quedar comprendidos los dividendos o intereses que correspondan al socio en una sociedad mercantil (arts. 48.2, a) y 79.1 LSA, y art. 8.5 LSRL). Como pone de manifiesto la doctrina mercantilista, los dividendos han de entenderse englobados dentro de los intereses, como retribución concedida por un tercero en razón de la concesión de una financiación, no obstante la clara diferencia conceptual existente entre dividendo e interés, tanto por su origen –cualidad de socio en los primeros y condición de acreedor en los segundos- como por su cuantía –variable y fija, respectivamente<sup>762</sup>. Por tanto, aplicando la LDRG, los

---

<sup>762</sup> Se entiende, como **MEJÍAS GÓMEZ**: “Prenda...”, p. 638 y cita 40, que los dividendos son “en definitiva, rendimientos de la inversión materializada en el capital social de una sociedad mercantil”; y, como argumento en favor de la tesis que los califica como intereses, se añade que desde la perspectiva fiscal, conforme al artículo 38 de la Ley reguladora del IRPF, están idénticamente considerados rendimientos del capital mobiliario “los rendimientos obtenidos por la participación

dividendos que el socio tiene derecho a cobrar deberían abonarse directamente en la cuenta del acreedor pignoraticio e imputarse a los intereses estipulados en la constitución del derecho que genere el crédito garantizado y, en cuanto éstos se hayan compensado o no se produzcan, al capital.

Sin embargo, las normas específicas sobre la prenda contenidas en la LSA y en la LSRL disponen que corresponde al propietario el ejercicio de los derechos del socio, salvo disposición contraria en los estatutos (arts. 72.1 LSA y 37.1 LSRL). A partir de estos preceptos, en cuanto a este tema se refiere, un sector de la doctrina mercantilista interpreta que, cuando la prenda recaiga sobre acciones o sobre participaciones sociales y éstas produzcan dividendos o cualquier otro derecho de contenido económico, la compensación anticrética no opera *ope legis*, ya que las normas del Derecho de sociedades no distinguen entre unos y otros derechos y, por tanto, no excluyen el derecho del socio pignorante a percibir los dividendos<sup>763</sup>. Este sector considera que el artículo 1868 CC -y, por tanto, el artículo 2.1. LDRG- está pensado para la prenda clásica, en la que la posesión material del objeto pignorado corresponde al acreedor que, en consecuencia, es quien recibe los frutos. Y, a partir de ello, entienden que el artículo 1868 CC no otorga al acreedor un derecho a los intereses que puede producir la cosa pignorada, sino que sólo dispone que en caso de que el acreedor perciba intereses deberá compensarlos con los que se deben pero que, si no los percibe, no tiene ningún derecho a reclamarlos<sup>764</sup>. En consecuencia, según la misma opinión, no siendo

---

entidad”, así como “los rendimientos obtenidos por la concesión a terceros de capitales propios”. Igualmente, de este último autor: *Prenda...*, p. 223. Igualmente, **MORENO DE LA SANTA GARCÍA**: *Prenda...*, p. 130, incluye en el concepto de frutos los rendimientos que produzcan las acciones o participaciones empeñadas. En contra de esta opinión se sitúa **SÁNCHEZ-PARODI PASCUA**: “De la copropiedad...”, p. 647, para quien, en términos civiles, los intereses no formarían parte de la categoría de los frutos.

<sup>763</sup> **DÍAZ MORENO**; “La prenda...”, p. 417; **BROSETA PONT**: *Manual...*, p. 276; **MEJÍAS GÓMEZ**: “Prenda...”, p. 639; **SÁNCHEZ GONZÁLEZ**: “Derechos...”, p. 862; **SÁNCHEZ-PARODI PASCUA**: “Prenda...”, p. 809; **CARRASCO PERERA**: *Tratado...*, p. 924.

<sup>764</sup> **DÍAZ MORENO**: “La prenda...”, p. 417, considera que el artículo 1868 CC “establece un mecanismo de extinción de la obligación por compensación basado en el hecho de la posesión de la cosa por el acreedor. Pero no extiende la garantía a los frutos o intereses”. Igualmente **CARRASCO PERERA**: *Tratado...*, p. 914; **MORENO DE LA SANTA GARCÍA**: *Prenda...*, p. 243. Con otra opinión **SÁNCHEZ-PARODI PASCUA**: “De la

aplicable el artículo 1868 CC en el supuesto de que la prenda recaiga sobre acciones o sobre participaciones sociales, resulta de aplicación el artículo 1870 CC, que prohíbe al acreedor usar o disfrutar de la cosa empeñada salvo autorización del propietario. Así, desde esta perspectiva, se concluye afirmando la preferencia de los artículos 72 LSA y 37.1 LSRL sobre el artículo 1868 CC, de forma que los dividendos correspondientes –que normalmente se ejercitarán a través de entidades adheridas o encargadas de los registros- se han de abonar al titular de las acciones o de las participaciones, ya que es el legitimado frente a estas entidades, y no al acreedor pignoraticio. Los dividendos únicamente se han de abonar en la cuenta del acreedor cuando así lo dispongan los estatutos sociales<sup>765</sup>. Igualmente se afirma que el pacto en contrario alcanzado entre las partes en el negocio de prenda sólo será eficaz entre ellas; y cuando éstas pretendan oponer el acuerdo a la entidad emisora o a la que actúe como administradora de los valores o de las participaciones deberán ponerlo en su conocimiento, para que actúe según las instrucciones recibidas<sup>766</sup>.

---

copropiedad...”, p. 674.

<sup>765</sup> **MEJÍAS GÓMEZ**: “Prenda...”, p. 639: “Todo ello sin perjuicio de que luego, dependiendo de la ordenación de las relaciones internas, el socio deba o no entregar al acreedor pignoraticio, en todo o en parte, lo obtenido. Sigo así la tesis que sostiene la necesidad de distinguir entre los aspectos relativos a la legitimación -concernientes a las relaciones entre acreedor pignoraticio y socio, por un lado, y sociedad, por otro- y los aspectos internos –que atañen a las relaciones entre pignorante y acreedor-. Los primeros son regulados directamente por el Derecho de sociedades y existe la posibilidad de que los estatutos se aparten del criterio legal; los segundos se rigen, en principio, por lo pactado y, en su defecto, por lo dispuesto en la ley”. Con otra opinión **SÁNCHEZ-PARODI PASCUA**: “De la copropiedad...”, p. 674, considera que la percepción del dividendo por el acreedor pignoraticio supondría el cobro anticipado de su crédito, que sólo habría de ser posible si así “se hubiera pactado en el título constitutivo del gravamen”.

<sup>766</sup> **MEJÍAS GÓMEZ**: “prenda...”, p. 641: “Si en los estatutos figura como legitimado el acreedor pignoraticio para el cobro de los dividendos, será aplicable el artículo 1.868 CC. Si, por el contrario, es el propietario el legitimado para su cobro, bien por disposición estatutaria, bien por ausencia de regulación, no operará el artículo 1.868 CC, salvo que se hubiere pactado su aplicación en el ámbito de las relaciones internas dimanantes del contrato de garantía, circunstancia que permitirá al acreedor exigir la entrega de los dividendos al propietario, al objeto de compensar la deuda, pero sin que la sociedad venga obligada en ningún caso a dicha entrega, operando si lo hace bajo su exclusiva responsabilidad”. En el mismo sentido **DÍAZ MORENO**: “La prenda...”, pp. 416 y ss., y cita 104; **CORTÉS GARCÍA**: “Derechos...”, p. 181. En un sentido contrario, **PANTALEÓN PRIETO**: “Copropiedad...”, p. 122, estima que corresponde al acreedor pignoraticio el ejercicio del derecho al dividendo, que no se incluye entre los derechos del accionista a los que se refiere el artículo 72.1 LSA; por tanto, si en el título constitutivo de la prenda no se



Sin embargo, según lo entiendo, las normas que específicamente regulan el derecho real de prenda en Cataluña se encuentran recogidas en la LDRG. Y esta Ley dispone taxativamente la imputación anticrética como uno de los efectos generales de las garantías mobiliarias (art. 2.1, b). Ni el artículo 2.1, b) LDRG ni el paralelo artículo 1868 CC distinguen a estos efectos entre el supuesto en que la prenda se encuentre en posesión del acreedor, de un tercero, o incluso del mismo pignorante (cfr. arts. 6.3; 12.1, b); 18.3 LDRG; y 1863 y 1192 CC) para que se produzca el efecto anticrético. Su supuesto de hecho es que la prenda produzca intereses<sup>767</sup>.

Por otra parte, la LSA y la LSRL contienen las normas específicas reguladoras de este tipo de sociedades, cuya finalidad es favorecer el buen funcionamiento de las mismas<sup>768</sup>. Y entre estas normas algunas se refieren, específicamente también, a la prenda de acciones o de participaciones, pero sin entrar en cuestiones de detalle regulando aspectos que no le son propios y que, específicamente otra vez, ya se encuentran contemplados para Cataluña por una Ley especial que, en su ámbito y en su materia, prevalece sobre las

---

específica lo contrario, los dividendos compensarán con los intereses del crédito garantizado o con el capital. Para **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 308, cita 6, el pacto establecido en el título constitutivo de la prenda es eficaz, “pero existe una inversión de la carga de la prueba, porque para que dicho pacto sea oponible a la sociedad será necesario que el acreedor pignoraticio o el constituyente lo pongan en conocimiento de la sociedad emitente”. Este último autor, en obra cit., p. 347, entiende que “el art. 72.1 LSA, al otorgar el ejercicio de todos los derechos sociales al socio, ha querido decir más de lo que pretendía, por lo que se debe hacer una *reducción teleológica de la norma* que deje espacio para la aplicación analógica de la regla del art. 67.1 LSA, y atribuya la legitimación para el cobro de los dividendos directamente al acreedor pignoraticio”.

<sup>767</sup> De esta opinión **PANTALEÓN PRIETO**: “Copropiedad...”, p. 134. En contra, **DÍAZ MORENO**: “La prenda...”, p. 418: “los rendimientos –en nuestro caso intereses- del objeto pignorado no se comprenden en la garantía, sino que pertenecen al dueño de las cosas empeñadas. Cuando éstas se encuentran en poder del acreedor pignoraticio la ley presupone la voluntad de compensar sus frutos con los intereses debidos, dejando a salvo la posibilidad de pactar otro régimen. Cuando, por el contrario, el acreedor no es simultáneamente poseedor –como ocurre en el caso de los valores anotados- la compensación anticrética sólo opera por voluntad de las partes. Igualmente **MORENO DE LA SANTA GARCÍA**: *Prenda...*, p. 243.

<sup>768</sup> Remarcan esta idea **PANTALEÓN PRIETO**: “Copropiedad...”, p. 122; **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 307.

demás, y que ha de ser aplicable a todo tipo de prenda<sup>769</sup>. Efectivamente, los artículos 72 LSA y 37 LSRL se refieren a las relaciones llamadas internas, es decir, las que se desenvuelven entre el socio y la sociedad; pero, por eso precisamente, no se inmiscuyen en la relación entre los constituyentes, que habrá de desenvolverse según lo pactado. Tanto el artículo 72 LSA como el 37.1 LSRL se refiere al ejercicio de los derechos del accionista o partícipe, para reglamentar las relaciones de las partes en el negocio de prenda con la sociedad. Pero su objetivo no es impedir la compensación anticrética, sino facilitar o, lo que es lo mismo, evitar dificultades en el funcionamiento de la sociedad, de tal manera que le permite desconocer aquellas disposiciones del título constitutivo que se refieran a la titularidad o al ejercicio de los derechos del socio. Eso significa que cuando en el título constitutivo de la garantía se hubiera consignado alguna estipulación que se contradijera con lo dispuesto en los estatutos, la sociedad podrá considerar inoponibles tales estipulaciones<sup>770</sup>.

---

<sup>769</sup> **SALINAS ADELANTADO:** *El régimen...*, p. 347: “La finalidad del art. 72.2 LSA es la de favorecer el buen funcionamiento de la sociedad, pero éste no puede considerarse un principio absoluto. También son principios protegidos por el ordenamiento la existencia de un correcto sistema de garantías y la protección del acreedor pignoraticio. Por ello, cuando dicha regla vaya claramente en contra de estos principios, como sucede en el caso del derecho a cobrar los dividendos, debe ser reducida”.

<sup>770</sup> Así lo explica **PANTALEÓN PRIETO:** “Copropiedad...”, pp. 122 y ss., quien también aclara, en obra cit., p. 124, que no es posible que la sociedad renuncie para el futuro a la protección que le brinda el artículo 72.2.1 y, por tanto, que no es posible que los estatutos dispongan que el ejercicio de los derechos del socio corresponderá a quien se los atribuya el título constitutivo de la prenda, o al propietario de las acciones y al acreedor pignoraticio conjunta o mancomunadamente. Lo que sí es posible es que la sociedad renuncie a dicha protección caso por caso, por ejemplo, permitiendo el ejercicio conjunto por el propietario de las acciones pignoradas y el acreedor pignoraticio, o admitiendo el ejercicio de uno de tales derechos por aquél a quien el título constitutivo de la prenda le atribuya su exclusiva titularidad o su exclusivo ejercicio, aunque según los estatutos corresponda a la otra parte. En estos casos concretos en que la sociedad opte por renunciar a la protección que le otorga el artículo 72.1.1, lo hará a su propio riesgo: “si resulta que aquél a quien permitió el ejercicio del derecho de accionista no era, en realidad, su exclusivo titular, la sociedad no podrá alegar con éxito, para sostener que quedó liberada, o que un determinado acuerdo fue válido, la excusabilidad de su error al respecto”. La STS de 5 de noviembre de 1987, especialmente en su FD Segundo, determinó la nulidad de los cuerdos adoptados en una Junta General de una sociedad anónima al considerar improcedente la atribución de los derechos políticos que, de acuerdo con un contrato de prenda, los socios hicieron a favor del acreedor pignoraticio, cuando según los estatutos sociales el ejercicio de tales derechos correspondían a los accionistas.

Por otra parte, la compensación de los dividendos no implica necesariamente que sea el titular de la garantía quien los perciba, sino que éste, igual que el pignorante, tienen el derecho y la obligación de compensarlos en su caso, con independencia de quien tenga derecho a percibirlos. Los preceptos aludidos de la LSA y de la LSRL disponen que corresponde al propietario el ejercicio de los derechos de socio si los estatutos sociales no disponen otra cosa. Y, efectivamente, en este caso es el socio o el partícipe, propietario de las acciones o de las participaciones, quien percibe los dividendos y quien se encuentra obligado a entregarlos para su imputación en la forma descrita por la LDRG. En caso contrario, será el pignorante quien los reciba e, igualmente, los deba imputar<sup>771</sup>. Entiendo que ha de descartarse la idea de que la imputación anticrética es simplemente un beneficio para el acreedor. El pignorante también se beneficia del efecto anticrético porque, de otra forma, su deuda aumentaría. Es decir, la compensación anticrética beneficia al deudor porque al reducir los intereses debidos puede eliminarlos y reducir el capital del que responde la garantía. Igualmente, el acreedor se beneficia con el efecto anticrético, ya que su crédito disminuye; pero también puede entenderse lo contrario: que al acreedor convenga mantener el valor de su crédito y los rendimientos que le proporciona. Aún así, a pesar de ese interés, el acreedor está obligado a imputar, excepto que en el título constitutivo de la garantía se hubiera estipulado lo contrario.

Por tanto, partiendo de que la imputación ha de producirse siempre, en defecto de pacto en otro sentido, el problema estriba en quién ha de percibir los intereses para imputarlos cuando el título constitutivo de la prenda y los

---

<sup>771</sup> Según **LOJENDIO OSBORNE**: “La acción. Autocartera...”, p. 291, “En el caso del derecho al dividendo es claro que el legitimado es el socio pero *inter partes* sería plenamente aplicable la regla del art. 1.868 C.c. en virtud de la cual el acreedor hace suyos los productos para compensar los intereses o para «imputarlos» al capital”. Afirmación que matizo por entender que el acreedor pignoraticio nunca “hace suyos” los frutos que deriven de la cosa empeñada, que son de su propietario, el pignorante, y que, por tanto, compensan con los intereses de la deuda garantizada. **MORENO DE LA SANTA GARCÍA**: *Prenda...*, p. 130: “los rendimientos que produzcan las acciones o las participaciones pignoradas, debiéndose entender incluidos dentro del concepto de «intereses» también los dividendos a los efectos del art. 1.868 CC, los aplicará el acreedor a la satisfacción de la deuda, bien como intereses, o bien como capital”.

estatutos sociales se expresen de forma contradictoria. Al respecto entiendo que nada impide que el propietario legitimado por los estatutos perciba los dividendos. Pero también me adhiero a la opinión que considera que en este caso “se está admitiendo la procedencia de un circuito inútil”, porque el acreedor pignoraticio podrá exigir del propietario los dividendos de las acciones o de las participaciones dadas en prenda para compensarlos con los intereses de la deuda garantizada o amortizar su capital, siempre que no se hubiera pactado la exclusión del efecto anticrético<sup>772</sup>.

En definitiva, los dividendos sociales también se imputan a los intereses del crédito garantizado. La única forma de que no opere el efecto anticrético dispuesto en el artículo 2.1, b) LDRG es, como tantas veces ha quedado dicho, por acuerdo entre el propietario de las acciones o de las participaciones y el titular del derecho real. En consecuencia, aún en el supuesto de que los estatutos de la sociedad previeran la renuncia a la compensación anticrética, tal renuncia habría de constar en el título constitutivo de la prenda, de manera que, en defecto de pacto expreso, quien se acredite como titular de la garantía podrá exigir de la sociedad o del constituyente, según lo dispuesto en los estatutos, los dividendos activos que correspondan, para compensarlos en la forma dispuesta por la LDRG.

## 12. LOS INTERESES COMPENSABLES

Si el crédito asegurado produce intereses, a ellos se imputarán los frutos en primer lugar (art. 2.1, b) LDRG). Los intereses que genere el crédito, a los

---

<sup>772</sup> **PANTALEÓN PRIETO**: “Copropiedad...”, p. 134, quien añade que quienes defienden esta postura se olvidan de que el artículo 72.1 LSA no regula las relaciones internas, entre las partes del negocio de prenda, y que a la sociedad le resulta indiferente a quien corresponda el ejercicio, siempre y cuando corresponda a una sola de las partes. En este mismo sentido **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 347: “si en las relaciones internas los dividendos corresponden al acreedor pignoraticio parece *innecesario* que el dinero pase primero al socio con la obligación de que éste se lo entregue al acreedor pignoraticio, sobre todo cuando para la sociedad sería igualmente sencillo pagar directamente al acreedor pignoraticio”.

que han de imputarse los frutos de la cosa afectada por la garantía, han de ajustarse al tipo señalado en la relación obligatoria causa de la garantía o, en defecto de acuerdo, al interés legalmente establecido.

Por otra parte, y en relación con lo anteriormente expuesto en materia de frutos<sup>773</sup>, cuando el artículo 2.1, b) LDRG se refiere a “los intereses de la deuda garantizada”, en el derecho real de retención, ¿se refiere a todos los intereses o sólo a los devengados a partir de la constitución de la garantía? Es decir, la cuestión que se plantea es si el efecto anticrético se aplica o no a los intereses producidos en el periodo que media entre que el deudor incurre en mora hasta la constitución formal del derecho real de retención<sup>774</sup>. En favor de la postura excluyente cabe decir que los únicos intereses asegurados por la garantía son los devengados una vez constituido el derecho real (art. 5, d) LDRG)<sup>775</sup>. Por tanto, parece lógico que la compensación anticrética sólo ha de operar respecto de los intereses generados a partir de la constitución de la garantía, pero no respecto de los obtenidos anteriormente; sobre todo cuando se entienda que sólo han de compensarse con los frutos que a partir de ese mismo momento se percibieran. Los intereses generados con anterioridad a la constitución del derecho de retención se consideran, a estos efectos, como parte del capital garantizado<sup>776</sup>.

---

<sup>773</sup> Véase CAP III, § 4, 11.1

<sup>774</sup> Si se opta por incluir todos los intereses a los efectos del artículo 5, b) LDRG, los frutos sólo podrán compensarse con el capital una vez compensado todos los intereses generados. Si se excluyen, los frutos sólo podrán imputarse a los intereses percibidos a partir de la comunicación notarial, y luego compensar con el capital.

<sup>775</sup> En materia de intereses la LDRG limita el ámbito de la retención y no permite la retroactividad

<sup>776</sup> La expuesta en el texto es la opción que considero aplicable. Sin embargo, de considerar que todos los frutos, incluidos los eventualmente generados antes de la constitución formal de la retención, han de imputarse en la forma prevista por la LDRG, no habría razón para excluir de la compensación a los intereses que igualmente se generen con anterioridad a la existencia de la garantía.



## § 5. LA REALIZACIÓN COACTIVA DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS

### 13. LA ACCIÓN REAL

#### 13.1. La acción real de realización como efecto esencial del derecho real de garantía

La acción real de realización de la garantía, o *ius distrahendi*, es uno de los efectos legales de los derechos reales de retención y de prenda, que consiste en la posibilidad de enajenar el objeto gravado por la garantía para aplicar el valor obtenido al pago del crédito garantizado. Por su finalidad, la realización del valor se considera el contenido esencial de los derechos reales de garantía (cfr. art. 1858 CC), no obstante tener lugar en su fase de ejecución<sup>777</sup>. A esta última finalidad sirve la llamada fase cautelar o de seguridad de la garantía, cuyo efecto principal, más que la compulsión al pago voluntario –que, evidentemente, toda garantía persigue–, no es otro que hacer posible la eventual realización del derecho en la forma legalmente prevista.

Específicamente, la realización del valor del objeto retenido es la novedad más significativa que la LGP aportó con respecto a la regulación estatal de la retención. En el ámbito del Código Civil, la doctrina mayoritaria niega al retenedor un especial derecho de realización de la garantía<sup>778</sup>: el titular de un derecho de

---

<sup>777</sup> **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 451: "la facultad de instar la venta de la cosa es una consecuencia de la naturaleza real de la garantía, necesaria para que la función de seguridad que desenvuelve no resulte ilusoria". Igualmente, **SCAEVOLA**: *Código...*, p. 394; **SANCHO REBULLIDA**: *Elementos...*, p. 304. Para **VEIGA COPO**, **ABEL BENITO**: "La ejecución extrajudicial de la prenda y la regularidad de las subastas notariales (a propósito de la STS de 21 de noviembre 2000 (RJ 2000, 9312)", *Revista de Derecho Patrimonial*, 2002, nº 9, pp. 49 a 65, p. 49, "El derecho de realización de valor que establece el artículo 1872 CC es una consecuencia y a la vez un complemento de la prohibición legal del pacto comisorio en cuya virtud se impide que el acreedor se quede con la cosa entregada en prenda si el deudor incumple". Esta misma idea en **SERRANO ALONSO**: *Comentario...*, p. 1891.

<sup>778</sup> Aunque, en algunos casos, el derecho de retención previsto en los artículos 464

retención de naturaleza no real que desee cobrar su crédito ha de obtener una sentencia condenatoria, que sólo le brinda la posibilidad de embargar el patrimonio de su deudor. Pero, en el ámbito catalán el acreedor que lo desee dispone de la posibilidad de satisfacer su crédito con cargo al valor del objeto retenido, cuando la actitud incumplidora del deudor persista pese a la retención mantenida. De esta manera, el derecho de retención no es en Cataluña un simple mecanismo de compulsión al pago, sino que se configura como verdadera garantía de naturaleza real, que otorga a su titular, como efecto más característico y esencial, la facultad de proceder a la enajenación del bien retenido, independientemente de cuál sea el patrimonio donde se integre e, incluso, contra la voluntad de su propietario, para cobrar el crédito con el precio obtenido.

Como efecto esencial de las garantías mobiliarias, el *ius distrahendi* no precisa de pacto entre las partes que lo prevea<sup>779</sup>. Con el mismo fundamento finalista, es ineficaz el pacto que pretenda anular la facultad de realización o limitarla de manera que la haga prácticamente inejercitable<sup>780</sup>. La realización del valor de la garantía tiene como presupuestos generales la válida constitución del derecho real y el incumplimiento de la obligación garantizada (cfr. arts. 7.1, 19.1 LDRG; 1872 y 1876 CC; 81 LHM; 104 LH; 248, 517, 681 LEC). Específicamente, la realización del valor de las garantías mobiliarias reguladas en la LDRG, presupone, además, que no se haya formulado oposición judicial o que la misma no haya ido acompañada de la consignación o afianzamiento de una entidad de crédito, en los términos legalmente determinados (arts. 4.1, 7.1 y 19.1 LDRG). Concurriendo todos esos presupuestos, el titular de la garantía mobiliaria se encuentra facultado para

---

1600 (arrendamiento de obra), 1730 (mandato) y 1780 (depósito), que hablan de “retener en prenda”, se haya equiparado a la prenda (SSTS 16 de julio de 1970, 7 de julio 1987). Por todos, **POZO CARRASCOSA**: *El Derecho...* .

<sup>779</sup> Cuestión diferente es la necesidad de pacto por el que las partes convengan sujetarse a un procedimiento determinado para la realización del derecho real (cfr. arts. 7.2 y 19.2 LDRG, 129 LH, 234.2 RH, 636, 640 y 641 LEC).

<sup>780</sup> **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 558.



instar el procedimiento de realización de valor, de acuerdo con las reglas establecidas por los artículos 7 y 19 LDRG<sup>781</sup>.

La instancia del proceso de realización es una facultad que corresponde al titular del derecho real de garantía (arts 2.1, c), 7.1 y 19.1 LDRG; cfr. art. 1872 CC). Pero, aunque el titular de la garantía obre por sí mismo promoviendo el procedimiento de enajenación, no es él quien transmite la cosa gravada, sino el propietario. El adquirente recibe directamente del propietario la cosa cuyo valor se realiza, aunque físicamente la reciba del acreedor, a quien, como titular de la garantía corresponde la posesión (cfr. arts. 12.1 LDRG y 1869. 1º CC). Siendo pues el propietario quien enajena la cosa afectada, a éste corresponde la eventual responsabilidad derivada de vicios o defectos ocultos o de evicción (cfr. art. 1475.2º CC)<sup>782</sup>.

---

<sup>781</sup> De otra forma, **MEJÍAS GÓMEZ**: *Prenda...*, p. 282, considera que “la prenda ha de constar en documento público para pretender el inicio de la vía extrajudicial por el cauce del art. 1872 CC. Resulta inadecuado y contradictorio con la preocupación manifestada por el Legislador, admitir la posibilidad de que la enajenación de la prenda a través del procedimiento previsto en el art. 1872, se lleve a cabo en base a un título constitutivo de la garantía formalizado en documento privado”.

<sup>782</sup> Así lo entiende **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 561: “Parece claro que, efectivamente, el acreedor pignoraticio vende en su propio nombre y no en representación del pignorante. Acaso sea más correcto matizar que insta la venta en su propio nombre, es decir, ejercitando el derecho que le corresponde, o sea, como titular de un derecho real de garantía y no como titular dominical de la cosa. Ahora bien, como para que se consuma la enajenación es precisa la entrega de la cosa, es a él, que la posee, a quien corresponde entregarla. Pero de ahí a concluir que también le alcanza la responsabilidad por vicios de la cosa o por evicción existe una profunda diferencia”. Igualmente, **MIRALLES GONZÁLEZ, ISABEL**: “Realización coactiva del derecho de prenda con desplazamiento”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1985, pp. 35 a 59, p. 340: “el acreedor pignoraticio no es efectivamente el titular enajenante –en el sentido de sujeto transmisor-, pues si bien transmite, lo hace en virtud de su propia legitimación (...) y, así, no es tenido de evicción ya que no transfiere el derecho de propiedad. Quien transfiere en realidad es el pignorante aunque se trate de un enajenante forzoso. Y es éste quien responde no sólo por ser el constituyente de la prenda, sino también por ser el verdadero enajenante. El pignorante conoce, necesariamente, que el ejercicio del derecho de prenda puede conducir a una enajenación en la que se verá privado de su derecho de propiedad, siendo responsable (artículo 1.857-2 C. C.) de la obligación que la Ley le impone: «...que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad a quien la empeña o hipoteca», y que se mantiene no sólo durante la pendencia del derecho, sino que se alarga tras la enajenación, alcanzándole entonces la obligación común a todos los negocios de tipo oneroso; la obligación de sanear (artículo 1.474 C. C.)”. En el mismo sentido, **SÁNCHEZ ROMÁN**: *Estudios...*, t. IV, p. 987; **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 381; **MORENO DE LA SANTA GARCÍA**: *Prenda...*, p. 137.

Como facultad que es, el acreedor puede ejercitar o prescindir de la realización, según le convenga, sin renunciar a su derecho (cfr. art. 6.2. CC)<sup>783</sup>. Junto a las posibilidades procedimentales que la LDRG pone al alcance del titular de la garantía, éste mantiene la posibilidad de forzar el cumplimiento de la obligación asegurada tanto por la vía judicial ordinaria (cfr. art. 248 LEC), ejercitando la acción personal que deriva de su posición como acreedor en la relación jurídica obligacional y que le asiste para dirigirse contra la totalidad del patrimonio del deudor (cfr. art. 1911 CC)<sup>784</sup>, como a través del procedimiento ejecutivo, cuando tenga derecho al mismo, dirigiéndose directamente por acción real contra los bienes gravados (cfr. arts. 517.4º, 5º, 6º, 7º y 9º<sup>785</sup>; y 681 LEC). Además, si el titular de la garantía lo cree conveniente, puede desistir del procedimiento extrajudicial de realización de valor ya iniciado, abonando los gastos que hasta el momento se hubieran originado, y acudir al procedimiento judicial correspondiente.

A tenor de lo dispuesto por el artículo 19.7 LDRG, en caso de que el derecho real de prenda recaiga sobre varios objetos, “la persona deudora puede exigir que su realización finalice cuando la enajenación de alguno de esos objetos ya haya cubierto la deuda garantizada y los gastos de la ejecución”. En consecuencia, esta norma limita la acción real de realización a los bienes que resulten imprescindibles para conseguir el valor suficiente que cubra el crédito garantizado y los gastos que genere el procedimiento, que, en definitiva, es la finalidad perseguida por la garantía. Esta norma resulta

---

<sup>783</sup> **VEIGA COPO**: “La ejecución...”, p. 50: “El artículo 1872 CC no es un precepto de derecho necesario en el sentido de que al acreedor no le quepa más medio de ejecución que el allí contemplado. Es una facultad que asiste al acreedor, pero en ningún caso una obligación, y como todos los derechos son renunciables a tenor del artículo 4 del Código Civil no hay dificultad alguna en que el acreedor acuda directamente al procedimiento judicial”. En el mismo sentido, **FUGARDO ESTIVILL**: “Consideraciones...”, p. 346.

<sup>784</sup> Salvo en el supuesto de que medie pacto de limitación de la responsabilidad, para que la obligación garantizada se satisfaga únicamente sobre los bienes afectados por la garantía (cfr. 140 LH).

<sup>785</sup> Algunos de los títulos que llevan aparejada ejecución son títulos complejos, por lo que el acreedor habrá de demostrar, también, la existencia y exigibilidad del crédito garantizado, así como la afección en garantía del mismo del objeto concreto cuyo valor se quiere realizar (517.6º y 7º LEC).

aplicable a cualquier procedimiento de realización del valor de la garantía pignoratícia. Igualmente, aunque el artículo 19.7 LDRG se encuentre sistemáticamente ubicado en sede de prenda, no habría de haber inconveniente en aplicar la limitación que en la misma se establece a los procesos de realización del derecho real de retención<sup>786</sup>.

### **13.2. Los diferentes mecanismos previstos por la LDRG para el ejercicio de la acción real**

La LDRG no prevé un único mecanismo de realización del valor de la garantía, ni para el derecho de retención ni para el de prenda. Junto al tradicional procedimiento de subasta pública notarial, cuyos trámites y requisitos se encuentran encaminados a conseguir la máxima seguridad y protección de los intereses de las partes (arts 7.3 y 19.4 LDRG), la propia LDRG prevé la utilización de otros mecanismos de enajenación de la cosa, cuando así fuera el deseo de los directamente interesados (arts. 7.2 y 19.2 LDRG), o cuando en razón de la naturaleza del objeto afectado (arts 7.4, 19.5, 19.6 y 20 LDRG) o de la persona del acreedor (art. 19.8 LDRG) la transmisión haya de seguir un procedimiento específicamente previsto para ello, que igualmente asegure, de una manera general y objetiva, la protección de todos los intereses concurrentes, especialmente por lo que se refiere a la determinación del valor del objeto gravado. Igualmente, La LDRG introduce la posibilidad de que el titular de un derecho de retención sobre un bien mueble de valor inferior a 500 euros pueda disponer libremente del mismo, en determinadas condiciones (art. 10, b) y c) LDRG), supuesto que, en un sentido estricto, no puede calificarse de realización del valor, pero sí de procedimiento legalmente establecido para la extinción de la garantía por extinción del crédito garantizado (cfr. art. 10, c) LDRG). Por tanto, dependiendo de las circunstancias señaladas, la realización extrajudicial del valor de la garantía queda sometida a unas o a otras de las normas procedimentales legalmente previstas, cuya común finalidad es obtener el máximo rendimiento económico con los menores costes posibles, en beneficio tanto del titular de la

---

<sup>786</sup> De esta opinión **POZO CARRASCOSA**: “Els drets...”, p. 227.

garantía como del propietario del objeto cuyo valor se realiza (Preámbulo, 6º LDRG).

En síntesis, los procedimientos extrajudiciales de realización del valor previstos por la LDRG son los siguientes:

- . Venta directa (arts. 7.2 y 19.2 LDRG)
- . Subasta pública notarial (art. 7.3 y 19.4 LDRG)
- . Procedimiento de realización de la prenda sobre valores sometidos a cotización oficial (arts. 7.4, 19, 6 y 20 LDRG)<sup>787</sup>.
- . Realización en la prenda sobre dinero o sobre título representativo de dinero (art. 19.5 LDRG)<sup>788</sup>.
- . Procedimiento de realización de las prendas hechas por los Montes de Piedad reconocidos legalmente (art. 19.8 LDRG)
- . Disposición de la cosa mueble de valor inferior a 500 euros retenida (art. 10 LDRG).

### **13.3. Prescripción de la acción real**

La LDRG no señala un plazo especial de prescripción de la acción de realización de la garantía (cfr. arts. 11 LHM, 128 LH y 1964 CC<sup>789</sup>). Por tanto, a

---

<sup>787</sup> La LDRG dispone que la ejecución extrajudicial de la garantía real posesoria sobre valores sometidos a cotización oficial deberá atenerse a lo previsto por la legislación vigente aplicable por razón de la materia. Esta legislación la constituye, fundamentalmente, los arts. 320 y ss. C de C, aunque, como se verá más adelante, la aplicación de los mismos no excluye totalmente la aplicación de otros procedimientos extrajudiciales de realización previstos por la LDRG.

<sup>788</sup> La LDRG contempla este supuesto en su artículo 19, que se refiere exclusivamente al derecho real de prenda. Sin embargo, es posible aplicarlo analógicamente al derecho de retención cuando, por ejemplo, un mandatario cobre por cuenta e interés ajeno ciertas cantidades de dinero, o cuando un depositario mantenga la posesión sobre un título representativo de dinero; objetos sobre los que también es posible constituir derecho de retención en garantía del pago del crédito generado por la actividad realizada en ellos.

<sup>789</sup> Art. 11 LHM: “La acción hipotecaria y la pignoraticia prescribirán a los tres años, contados desde que puedan ser legalmente ejercitadas”; art. 128 LH: “La acción hipotecaria prescribirá a los veinte años, contados desde que pueda ser ejercitada; en este último sentido el artículo 1964 CC.

partir del 2004, resultan de aplicación los artículos 121-20, 121-21 y 121-22 en relación al artículo 121-8.2, todos del CCC<sup>790</sup>, texto que sustituye al artículo 344.2º CDCC<sup>791</sup> (Disposición Final Primera CCC). Estos preceptos establecen

---

<sup>790</sup> Disposición Final Primera de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre. Primera Ley del Código Civil de Cataluña (BOGC nº 3798, de 13 de enero del 2003): “Resten substituïts pels preceptes corresponents d’aquesta Llei els articles 1, 2, 3 y 344 i les Disposicions finals segona i quarta del decret legislatiu 1/1984”.

<sup>791</sup> Según el sustituido artículo 344.2º CDCC, las acciones y los derechos reales sobre bienes muebles prescribían por el transcurso de seis años, desde que pudieran ejercitarse. Este plazo general de prescripción de las acciones y los derechos reales no coincidía con el plazo general de prescripción que el mismo artículo 344.2º CDCC establecía para las acciones y los derechos personales, que era de treinta años. A pesar de la imprecisión del artículo 344.2º CDCC y de la confusión que generó, la doctrina catalana parecía estar de acuerdo en que el precepto limitaba temporalmente el ejercicio de las acciones y los derechos personales al plazo de prescripción de treinta años. Así, **RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO**: “La Prescripción y la caducidad. Perspectivas legislativas”, Materiales de las *Onzenes jornades de Dret català a Tossa*, celebradas en Tossa de Mar el 21 y 22 de setiembre del 2000, p. 3; **LAMARCA I MARQUÈS, ALBERT**: “La prescripció de les accions personals que no tenen assenyalat termini especial en el dret civil de Catalunya: la seva inaplicació”, *El futur del Dret Patrimonial de Catalunya* (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa). Coordinador: Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 455 a 484, p. 456; **RIBAS MORENO, GLÒRIA**: “La prescripció extintiva i els seus terminis en la Compilació de Dret Civil de Catalunya”, *El futur del Dret Patrimonial de Catalunya* (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa). Coordinador: Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 519 a 562, p. 547. En general, la doctrina consideró que el plazo de prescripción legalmente establecido debía reducirse. De esta opinión **RIVERO HERNÁNDEZ**: “La prescripción...”, p. 3: “Creo que es necesario «repensar» ciertos extremos de su régimen, pues el actual es antiguo y anticuado, de cuando el tiempo de quince o treinta años significaban algo muy distinto en la vida social y el tráfico jurídico”; **RIBAS MORENO**: “La prescripció...”, pp. 556 y 560, respectivamente, analizando los antecedentes históricos del artículo 344.2 CDCC, advierte que “s’otorga un termini de prescripció de 6 anys a les accions i drets, que recauen sobre béns mobles, quan tenen caràcter real, no per voluntat expressa de diferenciar el seu termini de prescripció del de les accions i drets que recauen sobre béns mobles, quan tenen caràcter personal, sino, simplement, per adequar els terminis de prescripció extintiva als d’usucapió. Donat que només són usucapibles les accions i drets de caràcter real, l’adequació de terminis no va afectar a les accions i drets de caràcter personal ... Els drets personals no són usucapibles, i és per aquest motiu que, en relació a la prescripció extintiva, no ha estat necessari efectuar cap diferenciació en relació a si aquests drets personals recauen sobre béns mobles o immobles, amb la qual cosa el termini de prescripció de totes les accions i drets personal és de trenta anys. Ara bé, el fet que no hagi estat necessari efectuar aquesta diferenciació no implica que no hagi estat oportú. Considerem que, en el moment en què s’otorga a les accions i drets real que recauen sobre béns mobles un termini especial de prescripció de sis anys per tal d’adequar-lo al termini d’usucapió, s’hauria d’haver reduït també el termini de prescripció d’aquests drets i accions que recauen sobre béns mobles quan són de caràcter personal”. **LAMARCA I MARQUÈS**: “La prescripció...”, p. 482, también reflexiona sobre la posibilidad de acortar los plazos de prescripción, aunque considera que hay que actuar con prudencia dado que “Una gran reducció dels terminis de prescripció pot generar incertesa en la contractació, portant a actituds fraudulentas i a una desconfiança i rapidesa en les relacions de dret privat, que generin una altra mena de costos difícilment compensables”.

un término general de prescripción de diez años, para las pretensiones de cualquier clase que no tengan señalado ningún plazo especial de prescripción, siempre y cuando el derecho no haya sido adquirido antes por usucapión o que este Código a las leyes especiales catalanas no hayan dispuesto otra cosa (art. 121-20), y unos plazos especiales más cortos, de tres años (art.- 121-21) y de un año (art. 121-22), para los supuestos que en los mismos se relaciona. Estos plazos pueden ser abreviados o ampliados por los interesados, siempre que no excedan de la mitad o el doble de lo legalmente establecido, respectivamente, y siempre que el pacto no comporte indefensión a alguna de las partes (art. 121-3 CCC). En cualquier caso, el artículo 121-8.2 CCC establece que la extinción por prescripción de la pretensión principal se extiende a las garantías accesorias, aunque no haya transcurrido su propio término de prescripción. Como consecuencia de estas previsiones, en la mayoría de supuestos, la acción personal y la acción real que le es accesoria prescribirán en el mismo momento, ya se avengan las partes a los plazos legalmente establecidos o convengan en abreviarlos o en ampliarlos. Lo que es imposible es que el plazo de prescripción de la acción real exceda del que le corresponde a la acción personal, por imperativo del artículo 121-8 CCC. Sin embargo, sí parece posible el supuesto contrario, es decir, que el término de prescripción de la acción personal exceda del que corresponda a la acción real, ya sea porque se acuerde una ampliación del plazo de prescripción de la acción personal, que puede ser de hasta veinte años, sin equiparar el que corresponda a la acción real que le es accesoria, o que se convenga una reducción del plazo de prescripción de esta última, resultando éste más breve que el de la acción personal a la que garantiza.

Es posible, entonces, que la garantía real prescriba cuando todavía no lo haya hecho el crédito garantizado. En este caso, no obstante, no significa que el titular de la garantía no pueda ejercitar su acción real de realización del valor, porque, tal y como se expresa en los preceptos que ahora nos ocupan, lo que prescribe no son los derechos ni las acciones, sino las pretensiones, entendiendo por tales, como la propia Ley indica, “el derecho a reclamar de

otro una acción o una omisión” (art. 121-1 CCC)<sup>792</sup>. Mientras la obligación garantizada no se haya extinguido y aún cumplido el plazo de prescripción de la acción real, el acreedor podrá instar la realización del valor de la cosa gravada por la garantía real posesoria y continuar con el procedimiento, en tanto el sujeto beneficiado por la prescripción, el deudor o el pignorante o un tercero, no la invoquen (art. 121-4 CCC). Igualmente, es posible que tanto el crédito como el derecho real que lo garantiza hayan prescrito. E igualmente, por las mismas razones antes expuestas, esta circunstancia tampoco significa la imposibilidad de ejercitar esos derechos. Porque el crédito, aunque prescrito, existe, y, como accesorio de él, también existe la garantía, que podrá realizarse en tanto la prescripción no sea invocada<sup>793</sup>.

---

<sup>792</sup> Así había sido puesto ya de manifiesto por **RIVERO HERNÁNDEZ**: “La prescripción...”, p. 3: “*Objeto de prescripción: ¿derechos, acciones, pretensiones? Creo que debe tomarse partido, y que hoy no puede hablarse, en puridad, de prescripción de derechos o acciones, sino que prescribe la pretensión*”; **ALBALADEJO**: *Derecho...*, t. I, p. 497: “Este efecto, he dicho que no es ni la extinción del derecho ni de la acción, de modo que existiendo aquél, el interesado puede invocarlo, y no extinguida tampoco la acción, puede, asimismo, accionar ante los Tribunales, pidiendo su protección. Ahora bien, como la consecuencia que ha producido la prescripción ha sido la de retirar al titular del derecho el poder de *imponer* éste, dejándolo, pues, a la voluntad del sujeto pasivo, resultará que lo mismo en el campo procesal que en el extraprocesal, e igualmente cuando el titular *exige* su derecho que cuando lo *opone* a la exigencia del sujeto pasivo (así, opone a éste aquel derecho, alegando que la deuda que su deudor le reclama se compensó con dicho derecho, es decir, con lo que éste le debía a él), tal derecho no prevalece, sino en cuanto que dicho sujeto pasivo lo acepta”. En el mismo sentido **LETE DEL RÍO, JOSÉ M.**: *Derecho de obligaciones*, v. I, tercera edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1995, p. 195. Atendiendo a todo ello, el Capítulo I, del Título II CCC se refiere siempre a la “pretensión” como objeto de la prescripción (en el *Proyecto de la primera llei del Codi civil de Catalunya* –Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña nº 280, de 8 de abril del 2002-, resaltaba la redacción dada al artículo 121-2, según la cual “No prescriben las acciones meramente declarativas...”).

<sup>793</sup> Para **REGLERO CAMPOS**: “Ejecución...”, p. 454, la prescripción de la acción declarativa condiciona el ejercicio de la acción ejecutiva, que se habrá de limitar al valor de la cosa dada en garantía: “En cuanto a la prescripción de la acción para instar el procedimiento del artículo 1.872 CC, hay que decir que no tiene señalado plazo especial, por lo que será de aplicación el general de quince años del artículo 1.964 CC, con independencia de cuál sea el plazo de prescripción de la acción para exigir la obligación garantizada. Es decir, la prescripción de la acción declarativa no implica necesariamente la de la ejecutiva especial, si bien ésta, en tal caso, estará limitada al valor de la cosa sujeta a la garantía”. Sin embargo, en cuanto a la aplicación analógica del plazo de quince años del artículo 1964, **ROCA SASTRE – ROCA-SASTRE MUNCUNILL**: *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2º..., p. 1212 consideran que “el plazo de veinte años es el de la prescripción del *crédito hipotecario*, pero no el de la *hipoteca* o acción estrictamente hipotecaria aisladamente considerada, ni la del *crédito* en sí (...) las disposiciones consonantes del Código civil y de la ley Hipotecaria deben entenderse en el sentido de que *el crédito garantizado con hipoteca* prescribe a los veinte años; no significa, pues, que haya una prescripción de la



Por tanto, incumplida la obligación garantizada por garantía real posesoria y en tanto no se invoque la prescripción del derecho real que la asegura (porque se haya agotado su propio término de prescripción o como efecto directo de la prescripción de la acción personal de la que es accesorio), su titular puede ejercitarlo, manteniéndose en su posición de retenedor o instando la realización del valor de la cosa retenida. En concreto, hasta que se satisfaga totalmente el crédito garantizado, el titular de la garantía puede extender la retención, por la interrupción de la prescripción de la obligación garantizada, hasta un máximo de treinta años, que es el término de preclusión legalmente establecido, pasado el cual “Cualquier pretensión susceptible de prescripción se extingue en todo caso...” (art. 121-24 CCC).

Pero ¿qué ocurre cuando el titular de la garantía no realiza el valor de la cosa ni demanda judicialmente el pago de la obligación, sino que opta por permanecer inactivo en este sentido, interrumpiendo periódicamente los plazos de prescripción de su derecho, con el límite que impone el artículo 121-24 CCC? En este caso, quien se vea directamente perjudicado por ello podría requerir al acreedor para que ejecute su derecho o proceda a su realización<sup>794</sup>.

---

acción hipotecaria distinta de la del crédito garantizado por la hipoteca. Éste hay que pensar que fue el verdadero pensamiento del legislador hipotecario de 1861, por bien que pudo expresarlo con mejor tecnicismo o claridad. No se quiso desligar el crédito de la hipoteca que lo garantiza, a base de establecer dos prescripciones diferentes (...) Por ello se instauró, en rigor, aunque podían hacerlo con más corrección, un solo y tipo único de prescripción, que en el fondo lo es del *crédito hipotecario*, en su unidad compleja o en bloque (...) En definitiva, cuando *un crédito está asegurado con hipoteca*, la prescripción sólo opera *por el término de veinte años*, en vez de quince, que es el que rige cuando el *crédito no se haya asegurado hipotecariamente*”.

<sup>794</sup> Así opina **WOLFF**: *Tratado...*, p. 452. El deudor y el propietario pueden salir perjudicados, por ejemplo en materia de intereses. Pero la inactividad del acreedor también puede suponer un perjuicio para el resto de los acreedores del propietario de la cosa retenida. El derecho real de retención, de carácter *erga omnes*, puede suponer un mecanismo de fraude si, simuladamente, se prepara su constitución con el fin de sustraer el bien ficticiamente retenido a la acción del resto de acreedores. En este caso, ante la imposibilidad de cobrar su crédito de otra manera, los acreedores perjudicados pueden requerir al retenedor para que ejecute su derecho, para el caso de que el valor de la cosa que se realiza exceda del de la obligación que garantiza. Para **MIRALLES GONZÁLEZ**: “Realización...”, p. 44, la negativa injustificada del acreedor a promover la realización o la ejecución de su derecho supone la infracción del principio de buena fe (art. 7.1 CC), un abuso de derecho (art. 7.2 CC) y el incumplimiento del artículo 1258 CC, que obliga a las



A pesar de ello, hay quien considera que el acreedor no estará obligado a proceder a la realización ni siquiera cuando el constituyente le intime para que la haga, aunque éste podrá exigirle los daños y perjuicios derivados de su actitud<sup>795</sup>.

#### **13.4. Presupuestos necesarios para la realización extrajudicial de la garantía**

Según el artículo 7.1 LDRG, el retenedor no puede proceder a la realización de la cosa retenida, ni por venta directa ni por subasta pública notarial, sino “a partir de un mes de la comunicación notarial a la persona deudora y a la propietaria de la decisión de retener, y sin que se haya producido oposición judicial, de acuerdo con el artículo 4”. Como complemento, el artículo 4.1.LDRG añade que “Sólo impide la realización del valor de la cosa la oposición judicial,

---

partes en un negocio a cumplir, no sólo lo expresamente pactado, sino también todas las consecuencias que del mismo se deriven. Este mismo planteamiento en **VEIGA COPO**: “La ejecución...”, p. 55: “El acreedor si bien no tiene la obligación de vender después del vencimiento del crédito, sí tiene la obligación de decidir en un período de tiempo razonable si va a proceder a la realización o no de la venta, o por el contrario va a acudir a otras vías. Se apela en estos casos como solución idónea a los principio de la buena fe y la diligencia debida (...) El acreedor que no ejecuta o bien condona o bien abusa del principio de buena fe, provocando de un lado, una admisible vinculación de un bien, y de otro, contravalorando la facultad del deudor a obtener su liberación, y finalmente vulnerando obligaciones elementales de todo negocio jurídico, pues no sólo recaen éstas en lo expresamente pactado, sino también en todas las consecuencias que deriven de los mismos (art. 1258 CC)”.

<sup>795</sup> **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 382, entiende que el acreedor “no tiene la obligación de vender después del vencimiento de la garantía, *pero sí la obligación de decidir en un periodo de tiempo razonable si va a realizar o no la venta (...)* cuando venza el crédito garantizado, comienza un periodo de tiempo en el que el acreedor pignoraticio podrá decidir qué hacer frente al incumplimiento de su deudor. La duración de este periodo dependerá del caso concreto, determinándose según los criterios de la *buena fe y la diligencia debida (...)* después, visto que el acreedor pignoraticio está contraviniendo la buena fe y la diligencia que le era exigible, responderá de los daños derivados de su actitud, aunque ni siquiera en este caso se le pueda obligar a ejecutar la prenda”. **MEJÍAS GÓMEZ**: *Prenda...*, p. 288: “aun no existiendo una obligación por parte del acreedor pignoraticio de proceder a la venta de las acciones pignoradas inmediatamente después del vencimiento de la obligación garantizada, ha de decidirse en un período de tiempo razonable, se si va a proceder o no a la ejecución. En caso contrario, el pignorante podrá exigir al acreedor los daños y perjuicios derivados de su actitud”. **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 561, considera que, vencida la obligación garantizada, el acreedor no viene obligado a instar la venta, por lo que resulta inexacto estimar que puede incurrir en mora.

acompañada de la consignación o el afianzamiento por una entidad de crédito del valor de la deuda principal más el 20 por 100 para gastos” En parecido sentido se expresa el artículo 19.1 LDRG, referido a la prenda: “Una vez vencida la deuda garantizada con prenda, la persona acreedora puede proceder a la realización del valor de la cosa pignorada, de acuerdo con las reglas establecidas por el presente artículo, siempre que en el plazo de un mes no haya oposición judicial y ésta vaya acompañada de la consignación o el afianzamiento por una entidad de crédito del valor de la deuda”. Como se observa, los presupuestos de la realización del valor tanto de la garantía retenedora como de la pignoratícia vienen a ser los mismos, a excepción de la referencia al 20 por 100, que sólo se exige para la consignación o el afianzamiento en el derecho de retención.

Atendiendo al carácter fundamental de la realización del valor de la garantía, la LDRG exige que, antes de proceder a la misma, concurren ciertos presupuestos legalmente establecidos. La razón de ser de estos presupuestos legales se encuentra en la necesidad de establecer las garantías precisas que, en la medida de lo posible, protejan los intereses del propietario del bien afectado y los de los terceros, y establecer un equilibrio entre estos y los del titular de la garantía. En este sentido, la LDRG adopta una serie de medidas de precaución, tendentes, por una parte, a fijar un período de tiempo prudencial para que los directamente perjudicados por la garantía la conozcan y puedan actuar en consecuencia, satisfaciendo la deuda o defendiendo sus intereses de la forma que consideren más conveniente; por otra, a impedir que la realización tenga lugar independientemente del resultado de la actuación defensiva de los perjudicados, y, finalmente, para preservar los intereses del acreedor cuando la oposición del perjudicado no vaya acompañada de su voluntad de cumplir con aquello que le corresponda.

Con esa finalidad, como se ha dicho, la LDRG establece una serie de presupuestos o requisitos previos para proceder a la realización de las garantías mobiliarias a través de los procedimientos en ella previstos. Así, para realizar la garantía, la LDRG requiere que haya transcurrido un mes desde la

constitución del derecho de retención (art. 7.1), o desde el vencimiento de la deuda garantizada con prenda (art. 19.1); que no haya habido la oposición judicial a que estos mismos artículos se refieren o que ésta no vaya acompañada de la consignación o el afianzamiento de la deuda garantizada (arts. 4.1 y 19.1 LDRG).

#### **13.4.1. Transcurso del plazo previsto para plantear oposición judicial<sup>796</sup>**

Para proceder a la realización extrajudicial del derecho de retención o del derecho de prenda el titular de la garantía ha de dejar transcurrir un mes (arts. 4.1, 7.1 y 19.1 LDRG). La diferencia formal en este punto estriba en que mientras que en el derecho de retención, que se constituye en garantía de una obligación ya incumplida, el plazo empieza a contar desde que el retenedor acredite que los destinatarios de la comunicación notarial conocen o pueden conocer el contenido de la misma<sup>797</sup>, en el derecho de prenda el mes cuenta desde que se produce el incumplimiento del crédito asegurado.

Por otra parte, la finalidad del establecimiento de un plazo para proceder a la realización de la garantía no es la misma en el derecho de retención que en el derecho de prenda. En el derecho de retención el plazo de un mes se concede, básicamente, para posibilitar la oposición a la constitución de la garantía, siempre y cuando esta oposición se formule en los términos dispuestos por el artículo 4.1 LDRG, mientras que en el derecho de prenda el plazo se establece para formular oposición a la realización de la cosa empeñada, sin que pueda discutirse la constitución de esta garantía.

---

<sup>796</sup> Véase CAP II, § 2, 5.3.

<sup>797</sup> El plazo empieza a contar desde la fecha de la notificación. Es decir, el mes ha de contarse, no desde la fecha en que el acreedor exprese notarialmente su voluntad de retener, sino desde que la comunicación notarial y su contenido sea conocido por los sujetos a quienes va dirigida. Cuando las condiciones de deudor y de propietario no coincidan en una misma persona, y las respectivas notificaciones se conozcan en fecha diferente, el plazo empezará a contar a partir de la última.

No obstante, en ambos casos el plazo de un mes se establece como medida de equidad en favor de la seguridad y justicia del procedimiento, para que los perjudicados por la garantía tengan la oportunidad de conocer la situación jurídica del bien y reaccionar como consideren en defensa de sus intereses. En este sentido, la LDRG obliga al titular de la garantía a mantenerse en su situación de retención, respetando el plazo durante el cual el deudor o el propietario pueden oponerse judicialmente.

Atendiendo a ello, este plazo resulta del todo lógico en el derecho de retención, puesto que ni deudor ni propietario saben de la nueva situación jurídica del bien, porque no conocen la existencia de la garantía, hasta que reciban la notificación. Se trata, en este caso, de la realización extrajudicial de un derecho real constituido unilateralmente, por la sola voluntad del acreedor, para garantizar una obligación incumplida y, por tanto, ya vencida y exigible. Sin embargo, los sujetos que eventualmente puedan resultar afectados por la garantía han de conocer su existencia y disponer de la oportunidad de reaccionar como consideren conveniente. Atendiendo a esta finalidad, el plazo en el derecho de retención, que ha sido reducido de tres meses a uno respecto del previsto en la LGP (cfr. art. 6.1 LGP), me parece excesivamente breve, sobre todo teniendo en cuenta, como se dijo en su momento, que el límite para formular oposición podía haberse hecho coincidir con el momento en que efectivamente el retenedor decidiera realizar su garantía.

Sin embargo, en la prenda el constituyente de la garantía conoce desde un principio las circunstancias de la obligación garantizada, especialmente, el momento de su exigibilidad, y el riesgo al que somete al bien empeñado en caso de incumplimiento. Desde este punto de vista, el establecimiento de un plazo para la realización del derecho de prenda me parecería en cierta manera superfluo, si no fuera porque, en definitiva, supone un *plus* de protección para los intereses del deudor y del pignorante.

Literalmente interpretada, la LDRG establece estos presupuestos de concurrencia necesaria para proceder a la realización del valor de la cosa “por enajenación directa o por subasta pública notarial”, como se dice en el artículo 7.1, o “de acuerdo con las reglas establecidas por el presente artículo”, como se dice en el artículo 19.1 LDRG. Por consiguiente, parece que el acreedor habrá de mantener la fase de seguridad de la garantía durante ese mes sólo cuando pretenda realizarla “de acuerdo con las reglas establecidas” en la LDRG. Sin embargo, entiendo que en este punto existe una diferencia sustancial entre el derecho real de retención y el derecho de prenda. En el derecho de retención la previsión de este plazo aparece, no sólo en el artículo 7.1, referido a la realización extrajudicial de la garantía por los procedimientos previstos en la LDRG, correlativo al artículo 19.1 en sede de prenda, sino, también, en el artículo 4.1 LDRG, referido a la forma de constitución de la garantía. Por tanto, podría entenderse que en el derecho de retención el plazo se establece como presupuesto no sólo de la realización de la garantía “por enajenación directa o por subasta pública notarial”, sino, también, según el artículo 4.1 LDRG, como requisito de “la realización del valor de la cosa”, en general. Por consiguiente, entiendo que el acreedor deberá respetar siempre este plazo de un mes para iniciar el procedimiento de realización del derecho de retención, con independencia de que el mismo se desenvuelva por la vía extrajudicial o por la judicial.

Evidentemente, el acreedor no se encuentra obligado a realizar su garantía finalizado el plazo. El titular de la garantía conserva su *ius distrahendi* en tanto no se sea pagado el crédito garantizado en su totalidad, de manera que, hasta entonces, lo podrá ejercitar cuando estime conveniente (art. 2.1, a), 6.1, 18.1 LDRG)<sup>798</sup>.

---

<sup>798</sup> **FUGARDO ESTIVILL:** “Consideraciones...”, p. 346: “el concepto de «vencimiento de la deuda» ha de considerarse en sentido amplio, sin que sea preciso instar el procedimiento en el mismo momento en que se declare vendida la deuda, sino que debe entenderse en el sentido de que el acreedor podrá instar el cumplimiento de la obligación garantizada mientras la deuda se halle vencida e impagada y sin perjuicio de los demás procedimientos idóneos y alternativos que pueda emprender para exigir el cumplimiento forzoso de la obligación insatisfecha, se trata de un *poder autónomo* de que dispone el acreedor y no de una obligación”.

### 13.4.2. Ausencia de oposición judicial

Para que el titular de la garantía mobiliaria pueda iniciar cualquiera de los procedimientos de realización que la LDRG pone a su alcance es preciso que en ese plazo de un mes no se haya presentado oposición judicial o que, habiéndose presentado, los perjudicados no hayan procedido a la consignación o al afianzamiento de la deuda garantizada (arts. 4.1, 7.1 y 19.1 LDRG).

De forma literal, la LDRG requiere que en el plazo de ese mes no se haya producido oposición judicial (arts. 4.1, 7.1 y 19.1 LDRG). Sin embargo, presupuesto de la realización de la garantía no es sólo *que no haya habido* una oposición judicial a la determinación del crédito garantizado. El presupuesto consiste, también, en esperar al resultado de la decisión judicial cuando la oposición haya sido formulada (cfr.695 LEC). Si la oposición judicial no ha sido interpuesta, lo mismo que si habiéndolo sido la decisión resultante declara la viabilidad de la realización, ésta procederá (cfr. 695.3 LEC). De entenderse de otra manera, de entender que la sola oposición judicial obstaculiza en cualquier caso la enajenación del bien, se estaría admitiendo que la propia LDRG pone al disposición del opositor un mecanismo sencillo para evitar la fase de realización de la garantía<sup>799</sup>. En consecuencia, si durante el plazo de un mes establecido no se formula oposición, lo que implica un consentimiento tácito a la concreta reclamación<sup>800</sup>, o, habiéndose formulado, se declara la existencia del derecho en la amplitud que le corresponda, el retenedor puede hacer uso de su facultad e instar el procedimiento de realización en la forma prevista por los apartados 7 y 19 LDRG<sup>801</sup>.

---

<sup>799</sup> **ABRIL CAMPOY:** "El derecho...", p. 1922: "se arbitraría por la propia Ley un modo de evitar la ejecución, pues bastaría solamente oponerse a la retención comunicada notarialmente".

<sup>800</sup> **CAMPO VILLEGAS:** "En torno...", p. 122.

<sup>801</sup> No obstante, lo usual será que la decisión judicial resultado de la oposición se produzca en un plazo superior al mes previsto.

### **13.4.3. La consignación o afianzamiento**

La sola oposición a la constitución del derecho de retención o a la reclamación del pignorante no paraliza la facultad del titular de la garantía para proceder a la realización del valor. En ambos casos, para producir ese efecto resulta necesario que la oposición judicial vaya acompañada de la consignación o el afianzamiento por una entidad de crédito del valor de la deuda (arts. 4.1 y 19.1 LDRG).

No obstante, en el caso del derecho de retención, el artículo 4.1, final LDRG exige, además, que a la cantidad adeudada se adicione un 20 por 100 de la misma para el pago de los gastos de procedimiento que se originen. Esta diferencia de trato entre el derecho de retención y el derecho de prenda no está, a mi juicio, justificada, dado que en ambos casos previsiblemente se han de generar gastos de procedimiento.

La consignación o el afianzamiento representa una garantía adicional en beneficio del acreedor, que demuestra la predisposición de la parte deudora a cumplir con su compromiso en el caso de que éste realmente exista y en las circunstancias finalmente determinadas, no obstante su oposición. Por ese motivo, cuando la oposición vaya acompañada de la consignación o del afianzamiento requeridos no será posible proceder a la realización del valor de la garantía en tanto no se conozca el resultado de la decisión judicial que, según su sentido, declarará la viabilidad o no del procedimiento<sup>802</sup>.

---

<sup>802</sup> **POZO CARRASCOSA:** “Els drets...”, p. 222, discrepa de la medida adoptada por el legislador en este punto, ya que, si bien entiende que la consignación o el afianzamiento pretende, sin duda, evitar una oposición a la realización meramente dilatoria y temeraria por parte del deudor o del propietario, se trata de un requisito excesivo, especialmente cuando se trate de una retención injustificada. Este autor entiende que la introducción de esta norma se debe al mimetismo del legislador, que también la ha previsto para la prenda (art. 19.1 LDRG), aunque difieran tanto las distintas situaciones como la justificación de las respectivas medidas. Considera que en el caso de la prenda, garantía previamente constituida por acuerdo de voluntades, la medida puede tener su justificación, porque se trata de dar al deudor una última oportunidad de evitar la realización. Sin embargo, a su juicio, en el caso del derecho de retención, garantía de constitución unilateral por parte del acreedor, la situación es muy diferente, precisamente por esta circunstancia, ya que el deudor, no sólo se puede oponer a la realización del valor de la garantía, sino también a su

### **13.5. Carácter imperativo o dispositivo de las normas de procedimiento contenidas en la LDRG**

La imperatividad o disponibilidad de las normas que regulan el procedimiento de realización del valor de las garantías reales ha sido una cuestión que no ha interesado al derecho de retención, dada la naturaleza jurídica del mismo en la legislación estatal. Sin embargo, a partir de la promulgación de la LGP y, actualmente, bajo el régimen de la LDRG el tema se proyecta tanto en el derecho real de prenda posesoria como en el derecho real de retención, con la misma implicación e importancia. Por otra parte, la cuestión ha girado en torno al procedimiento de subasta notarial, único que hasta el momento se preveía para la realización de la garantía pignoraticia (cfr. arts. 14 LGP y 1872 CC). Actualmente, dado que la LDRG prevé más de un procedimiento extrajudicial de realización, entiendo que la cuestión es igualmente trasladable a su ámbito, atendiendo a todas las posibilidades en su conjunto.

Cierto sector doctrinal, atendiendo al principio de libertad contractual que el artículo 1255 CC consagra, ha considerado que no hay por qué estimar imperativo el procedimiento notarial de realización legalmente previsto por el artículo 1872 CC para la garantía pignoraticia y, en consecuencia, que “las partes pueden pactar otros procedimientos de enajenación que sean suficientemente seguros para el dueño de la cosa”<sup>803</sup> y no contradigan la prohibición del pacto comisorio<sup>804</sup>. Esta postura se apoya en la circunstancia de que el Tribunal Supremo ha aceptado en alguna ocasión la procedencia del pacto entre las partes conviniendo la aplicación del artículo 1872 CC para la

---

constitución. Y en este último sentido, parece excesivo que su oposición deba necesariamente de ir acompañada de la consignación o del afianzamiento al que la LDRG le obliga.

<sup>803</sup> **ALBALADEJO:** *Derecho*, t. III..., v. 2º, p. 262.

<sup>804</sup> **SALINAS ADELANTADO:** *El régimen...*, p. 389; **MORENO DE LA SANTA GARCÍA:** *Prenda...*, p. 260.



ejecución de la hipoteca<sup>805</sup>. Atendiendo a ello, en principio no habría de haber inconveniente en aceptar cualquier otro procedimiento de realización del valor de la prenda que resultara igualmente seguro para las partes, aunque no estuviera previsto en la LDRG. Sin embargo, a mi juicio, es más acertada aquella otra postura que considera dudosa la posibilidad, dado que en los casos de referencia en los que se apoya la tesis que ahora se rebate se trataba de aplicar un procedimiento legal, aunque previsto para otro tipo de garantía; mientras que en estos casos se trataría de utilizar un procedimiento acordado por las partes, “con unos trámites y requisitos, cuya valoración en orden a dotar de seguridades al deudor y al pignorante no ha sido contrastada por la ley”<sup>806</sup>. Atendiendo a ello, lo que sí sería admisible es que las partes convinieran otros trámites o requisitos, adicionales a los legalmente establecidos, para proceder a la realización del valor de la garantía, siempre y cuando no la hagan inviable<sup>807</sup>.

---

<sup>805</sup> **ALBALADEJO:** *Derecho*, t. III..., v. 2º, p. 262, y jurisprudencia citada.

<sup>806</sup> **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 559. Igualmente **SCAEVOLA:** *Código...*, p. 395: “Pero si bien no es un procedimiento necesario y único, lo que no cabe la menor duda es que elegida esta forma de ejecución o de apremio, sus trámites o requisitos para realizar la ejecución son insoslayables y han de cumplirse de manera indudable porque, aunque precepto de derecho civil, tiene un carácter acusadamente público y supone una serie de garantías de las que no se puede prescindir, y en este sentido es de derecho no dispositivo”. De la misma opinión **VALVERDE Y VALVERDE:** *Tratado...*, pp. 537 y 547; **MEJÍAS GÓMEZ:** *Prenda...*, pp. 259 y 282; **VEIGA COPO:** “La ejecución...”, p. 50. Así lo ha entendido también la jurisprudencia: STS de 26 de diciembre de 1995, FD Primero: “los términos «podrá» y «salvo pacto en contrario» de los artículos 1872 del Código Civil y 323 del Código de Comercio, no tienen la interpretación facultativa que les da el juzgador «a quo» sino que el término «podrá» del artículo 1872 quiere decir que el acreedor está facultado y no obligado a utilizar el procedimiento que el precepto establece, pudiendo prescindir de él sin abandonar sus derechos a la prenda, pues podrá proceder a la realización de su crédito persiguiendo otros bienes del deudor, más en caso de pretender la venta de lo entregado en prenda deberá seguir el procedimiento del artículo 1872 (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 octubre 1526) (sic), interpretación acorde con la que se da al término salvo pacto en contrario del artículo 323 del Código de Comercio, que no afecta a la disponibilidad del procedimiento a seguir, sino a la necesidad o no de que haya vencido el préstamo”. Igualmente STS de 25 de septiembre de 1986, FD Segundo.

<sup>807</sup> **PÉREZ-GONZÁLEZ – ALGUER:** *Tratado...*, p. 474: “El principio de libertad de contratación (cfr. art. 1255), dentro de los límites amplios que deja el art. 1872, permite se pacten todas aquellas particularidades que no choquen con la esencia del derecho de prenda ni, principalmente, con la ineludible necesidad de la venta de la cosa pignorada (art. 1858) precisamente en subasta y con citación del deudor y del dueño de la cosa en su caso”.

Sin embargo, el artículo 640 LEC (cfr. art. 694.1 LEC), que pretende la flexibilización de la realización judicial, de la misma manera que actualmente lo pretende la LDRG (Preámbulo, 6º), prevé que en el procedimiento de apremio las partes, e incluso quien tenga un interés directo<sup>808</sup>, "podrán pedir al tribunal que convoque una comparecencia con la finalidad de convenir el modo de realización más eficaz de los bienes hipotecados, pignorados o embargados, frente a los que se dirige la ejecución"<sup>809</sup>. En la comparecencia, los asistentes pueden hacer sus propuestas, en concreto "podrán proponer cualquier forma de realización de los bienes sujetos a la ejecución y presentar a persona que, consignando o afianzando, se ofrezca a adquirir dichos bienes por un precio previsiblemente superior al que pudiera lograrse mediante la subasta judicial". También cabrá proponer otras formas de satisfacción del derecho del ejecutante" (art. 640.2.2º LEC)<sup>810</sup>. En el caso de que se llegue a un acuerdo

---

<sup>808</sup> Para **GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ**: *Ley de Enjuiciamiento...*, p. 742, el artículo 640 LEC debería haber determinado las personas legitimadas para solicitar la comparecencia, al objeto de evitar "inseguridades e indefensiones". **RUIZ DE ALEGRÍA MARTÍN, CARMELO**, en **AAVV: Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**, dirigido por **LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO** y coordinado por **SESMA DE LUIS, PABLO – SAN ROMÁN MORENO, JOSÉ RAMÓN – ZORRILLA RUIZ, MANUEL MARÍA**, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 610 a 611, p. 611: "tienen interés directo todas aquéllas personas diferentes al ejecutado que son titulares, y lo pueden acreditar, de un derecho sobre el bien que ha sido objeto de embargo (Ej. arrendatarios, ocupantes de hecho, comuneros, copropietarios, usufructuarios, titulares de créditos anteriores o posteriores, etc.)". En cambio, para **MUÑOZ SABATÉ, LLUÍS**: "El convenio privado de realización de bienes en el proceso de ejecución (artículo 640 LEC)", *Revista Jurídica de Catalunya*, 4-2001, pp. 1191 a 1204, p. 1195, aboga por una legitimación muy amplia dado que, en su opinión, "la legitimación sólo sirve para despertar un debate, de modo que nada se pierde ni arriesga mostrando aquella flexibilidad"; entiende por tanto que tercer interesado será todo aquél que acredite su crédito e, incluso "puede serlo también el codemandado condenado solidariamente como avalista al cual, pese a no haberse dirigido contra el mismo la ejecución, no deja de importarle la más óptima satisfacción del crédito con bienes de su codeudor".

<sup>809</sup> **MUÑOZ SABATÉ**: "El convenio...", p. 1195, considera que, aunque la LEC no lo mencione y en la práctica no será lo usual, no existe ningún inconveniente legal para admitir la posibilidad de que las partes inserten en algún contrato un pacto *ad cautelam* sobre el intento de realización convencional; este autor entiende que "no existe ningún inconveniente legal para admitir esta posibilidad, ya que además de hallarse en línea con la filosofía que anima el proceso de ejecución, según acabamos de exponer, la concesión que el legislador hace a la autonomía de la voluntad carece de toda justificación lógica para limitar su expresividad dentro solamente del proceso. Lo que no puede perjudicar este posible pacto es obviamente el derecho de terceros".

<sup>810</sup> **MUÑOZ SABATÉ**: "El convenio...", p. 1199, opina que en el amplio enunciado de este precepto cabe cualquier fórmula acordada, aunque supeditada a que no cause perjuicio alguna a tercero; entiende, por tanto, que superfluo sería intentar enunciar las distintas fórmulas posibles, y que "En realidad la única fórmula que concreta el enunciado

entre las partes, el Tribunal lo aprobará, siempre que no suponga perjuicio para tercero o estos hubieran dado su aprobación (art. 640.3 LEC)<sup>811</sup>. En consecuencia, atendiendo al abanico de posibilidades que ofrece la LDRG, entiendo que, también en la actualidad, cuando las partes en el derecho real de garantía pretendan seguir un procedimiento de realización del valor distinto, más flexible o más adecuado para sus intereses que los previstos por la LDRG, no tendrán más remedio que seguir la vía establecida por el artículo 640 LEC e iniciar un procedimiento judicial de realización. Por la vía del artículo 640 LEC cualquier propuesta puede llegar a materializarse, con la necesaria aprobación y, por tanto, supervisión judicial. Si el acuerdo no se cumpliera en los términos y en el plazo pactados, el titular de la garantía podrá proceder por las vías extrajudiciales previstas en la LDRG (venta directa o subasta pública notarial. arts. 7 y 19 LDRG), así como por el procedimiento judicial previsto por la LEC (cfr. art. 640.4 LEC).

## **14. EL PROCEDIMIENTO DE VENTA DIRECTA DE LA COSA GRAVADA**

### **14.1. Justificación**

La LDRG introduce como novedad significativa, tanto para el derecho de retención como para el derecho de prenda, la posibilidad de que el acreedor y el propietario de bien gravado por la garantía acuerden un procedimiento específico de realización del valor, por el que la cosa mueble sea vendida directamente por cualquiera de ellos o mediante una tercera persona (Preámbulo 6º LDRG, y arts. 7.2 y 19.2 LDRG<sup>812</sup>)

---

legal que comentamos es el compromiso de comprar por parte de tercero perfectamente identificado, aunque a mi criterio no es preciso que dicho tercero se halle materialmente presente”, sino que será suficiente con que el compromiso por parte de ésta sea firme y se halla realizado de manera que pueda obligar a su cumplimiento.

<sup>811</sup> Según **MUÑOZ SABATÉ**: “El convenio...”, p. 1201, “El acuerdo tiene todas las trazas inherentes a la conciliación o transacción judicial previstas en el artículo 415 para la audiencia previa. Por ello sus efectos deben ser también los mismos: la posibilidad de exigir su cumplimiento por los trámites previstos para la ejecución de sentencia”.

<sup>812</sup> Los artículos 7.2 LDRG, referido al derecho de retención, y 19.2 LDRG, referido

Como se expresa en el Preámbulo de la LDRG, la inclusión de este procedimiento se justifica en el deseo de mejorar “los mecanismos de realización del valor de la cosa objeto de la garantía, con la finalidad de sacar el máximo rendimiento económico de los mismos y con los menores costes posibles, en beneficio tanto de la persona deudora como de la acreedora” (Preámbulo, 6º LDRG). Por tanto, con las debidas cautelas, trámites y requisitos que la LDRG establece, el titular de la garantía puede acordar con el propietario de la cosa la venta de la misma sin necesidad de acudir al procedimiento de subasta. Resulta evidente que la LDRG considera preferible la realización del valor por el procedimiento de venta directa si se atiende al contenido de los artículos 7.3 y 19.4 LDRG, dedicados al procedimiento de subasta pública notarial de la cosa retenida y pignorada, respectivamente, a cuyo tenor “A falta de acuerdo para la venta directa, la persona retenedora puede proceder a la enajenación por subasta pública notarial de la cosa mueble retenida, de acuerdo con las siguientes reglas”.

Esta nueva posibilidad introducida por la LDRG, que mejora y flexibiliza los mecanismos de realización de la garantía, es un reflejo de la novedad introducida con la misma finalidad por el artículo 641 LEC, que se refiere a la “Realización por persona o entidad especializada”, para el procedimiento de apremio. Tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial, esta fórmula se presenta como una alternativa procedimental, prioritaria a la subasta, que posibilita que la enajenación del bien, incluso por subasta privada, se lleve a cabo a través de sujetos conocedores del mercado específico en el que se transmiten unos bienes de características determinadas (p.e. un cuadro o una joya). El alto grado de conocimiento y experiencia de estos profesionales puede suponer la optimización de los resultados de la venta, que es precisamente el objetivo primordial de la realización de la garantía, sin mengua de la tutela jurídica precisa.

---

a la prenda, se expresan de manera prácticamente idéntica. Las únicas diferencias que existen entre ambos es que mientras que el 7.2 utiliza las expresiones “persona retenedora y la propietaria”, “cosa mueble retenida”, “enajenación” y “notificado”, el 19.2 se refiere a la “persona acreedora y la pignorante”, “cosa dada en prenda”, “vendida” y “notificada fehacientemente”.

Sin embargo, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 641 LEC, la LDRG no requiere que la venta se lleve a cabo por persona especializada, aunque ello sea lo aconsejable. La LDRG permite que la venta se encomiende al acreedor, al propietario o a una tercera persona, lo que no impide que se pueda realizar de forma conjunta por algunos o todos ellos.

En cualquier caso, el recurso a la venta directa habrá de tener en cuenta las características especiales del bien en cuestión, de forma que así lo aconsejen (cfr. art. 641.1º LEC). Igualmente, en caso de que la venta se encomiende a persona o entidad especializada habrá que atenderse a sus reglas o usos de funcionamiento, que habrán de ser compatibles con el fin de la realización y con la adecuada protección de los intereses de acreedor y propietario (cfr. art. 641.1.2º LEC).

## **14.2. Requisitos**

Los requisitos para utilizar el procedimiento de la venta directa están señalados en los artículos 7.2 y 19.2 LDRG, para los derechos de retención y de prenda, respectivamente. En ambos casos la LDRG precisa acuerdo entre las partes, formalizado en escritura pública en la que se contengan los criterios de enajenación y notificado fehacientemente a los titulares conocidos de derechos reales sobre la cosa.

### **14.2.1. El acuerdo de venta directa**

El acuerdo para proceder a la venta directa del bien gravado por la garantía ha de ser tomado voluntariamente entre el acreedor y el propietario, y ha de ser expreso. La LDRG no alude en este punto al deudor cuando sea persona distinta del propietario, a pesar de que su participación puede resultar del todo necesaria para determinar el importe definitivo e, incluso, la existencia y la

exigibilidad de la deuda<sup>813</sup>. En este caso existe, pues, el riesgo de que el precio de la venta se destine al cumplimiento de una obligación incorrectamente determinada o, incluso, extinguida por pago, lo que originaría perjuicios de difícil reparación al impedir la acción de regreso por parte del pignorante contra el deudor. Para evitar este riesgo, la norma debería exigir, cuanto menos, la notificación al deudor no pignorante, tal y como se requiere para la subasta pública notarial (arts. 7.3, b) y 19.4, b) LDRG)<sup>814</sup>

El contenido de este acuerdo no puede limitarse a autorizar la venta por ese concreto procedimiento, sino que también debe referirse a los “criterios de enajenación”, como puedan ser la determinación de la persona o personas autorizadas para disponer del bien, las facultades que en concreto se le otorgan, el valor de venta o de mercado del bien o la fijación de un mínimo, plazo y prórroga, forma de pago, rendición de cuentas, destino del precio sobrante, etc.

Atendiendo a su contenido, el acuerdo supone la celebración de un negocio jurídico cuyo efecto principal es autorizar a una persona o entidad determinada para proceder a la enajenación de la cosa al mejor precio posible, por un procedimiento específico, cuyas reglas y requisitos se encuentran formalmente establecidas por las partes, en interés de ambas<sup>815</sup>.

---

<sup>813</sup> Para **FUGARDO ESTIVILL**: “Consideraciones...”, p. 350, la ausencia del deudor, en los casos en que éste y el pignorante no sean la misma persona, es un inconveniente porque “la deuda vendrá establecida por determinación unilateral del acreedor, con el grave riesgo de que se realice la prenda y se aplique el valor conseguido”.

<sup>814</sup> De esta opinión **FUGARDO ESTIVILL**: “Consideraciones...”, p. 350, quien, además, entiende que “para evitar que el convenio se pacte de espaldas al deudor o sin las garantías adecuadas, la norma debería exigir que sea preciso que, con carácter previo al pacto, el acreedor acredite haber requerido fehacientemente el pago de la deuda al deudor no pignorante. Lo contrario, supone prescindir, al menos sobre el papel, de uno de los afectados directos en la cuestión lo que puede comportar mengua de garantías para éste y también para el pignorante”.

<sup>815</sup> **FUGARDO ESTIVILL**: “Consideraciones...”, p. 348: “El convenio consiste en un negocio jurídico típico, *inter vivos*, oneroso, bilateral, *solvendi causa* –el crédito se extinguirá cuando el importe de la venta se haya realizado y en la medida que cubra el importe de la deuda existente-, negociado –por contraposición a los que son de adhesión-obligatorio, dependiente, de disposición, y formal *ad solemnitatem*”.

El acuerdo alcanzado evita que el titular de la garantía pueda recurrir a cualquier otro procedimiento de realización del valor, para evitar la duplicidad, en tanto el de venta directa no se haya llevado a cabo, en las condiciones pactadas. No obstante, por el acuerdo el acreedor no renuncia indefinidamente a la utilización de cualquiera de los procedimientos de realización que la ley pone a su alcance, de manera que si la venta directa no tuviera éxito, lo mismo que en el caso de que no se respetaran las condiciones acordadas, el acreedor podrá utilizar los recursos procedimentales de que disponga. A estos efectos resulta aconsejable que las partes fijen un plazo prudencial para proceder a la enajenación directa del bien.

En el acuerdo debe designarse la persona autorizada para proceder a la venta directa. Tal y como se ha apuntado, la LDRG se refiere en este punto al acreedor, al pignorante o al tercero, pero nada impide que alguna de estas personas o todas ellas actúen conjuntamente. En cualquier caso, es precisa la autorización, la atribución de poder dispositivo para enajenar, lo que de otra forma no pueden hacer por sí mismos ni el acreedor, que está obligado a conservar la cosa y a no utilizarla, ni el propietario, quien no podría enajenarla como libre del gravamen.

La venta directa de la cosa afectada por la garantía ha de hacerse siempre a favor de un tercero. Es decir, el recurso a este procedimiento no puede suponer la interdicción del pacto comisorio, de manera que el titular de la garantía y el pignorante pacten que el primero se quedará directamente con la cosa a cambio de un precio que compensará con la deuda garantizada. Ni siquiera habría de ser posible el pacto entre las partes según el cual, si la enajenación de la cosa finalmente no se consigue en las condiciones por ambas acordadas, el acreedor pueda “hacerla suya otorgando carta de pago por la totalidad de su crédito y haciéndose cargo de los gastos originados por el procedimiento” (cfr. arts. 7.3, f) y 19.4, c) LDRG). Considero que esta posibilidad, prevista y aceptada para el caso de la enajenación por subasta, donde el fracaso de la misma es fácilmente constatable, podría suponer, en el supuesto de la venta directa, una puerta

abierta al fraude que, en consecuencia, infringiría la prohibición del pacto comisorio<sup>816</sup>.

#### 14.2.2. Formalización del acuerdo de venta directa en escritura pública

El acuerdo de enajenación directa “debe formalizarse necesariamente en escritura pública” (arts. 7.2 y 19.2 LDRG). En consecuencia, el acuerdo ha de revestir la forma solemne requerida, siendo totalmente ineficaz el que no la revista.

La LDRG requiere que el acuerdo se haga constar en escritura pública porque la intervención de un fedatario público representa el control de la legalidad y, por tanto, aporta la garantía formal necesaria para los intereses de las partes implicadas<sup>817</sup>.

---

<sup>816</sup> De la misma opinión **FUGARDO ESTIVILL**: “Consideraciones...”, p. 349: “Lo que exige la norma es que la venta se efectúe a un tercero y no al acreedor. Si el acreedor actuara como comprador del bien y el pignorante como vendedor, reservándose el derecho de recuperar la cosa dentro de un plazo y por un precio determinado, el resultado sería que en el caso de que el deudor no ejercitara dicho derecho, el acreedor se haría dueño de la cosa, lo que podría incidir en la prohibición del pacto comisorio y el negocio indicado sería nulo. Tampoco sería admisible pactar una opción a favor del acreedor estableciendo que si el deudor no paga pueda adquirir la cosa gravada mediante el pago de su precio equivalente al importe de la deuda o próximo al mismo y mediante la oportuna compensación”. Esta opinión, que comparto en lo esencial, niega toda eficacia a los pactos de naturaleza comisorio. Sin embargo, entiendo que si bien esos pactos no pueden ser válidos cuando se adopten en el momento de constituir la garantía, no siempre han de ser nulos cuando se adopten en el momento de su realización, especialmente con los efectos de una dación en pago, con finalidad *pro soluto*, tal y como prevé y acepta la LDRG.

<sup>817</sup> **FUGARDO ESTIVILL**: “Consideraciones...”, p. 355: “la exigencia de este requisito es perfectamente justificable. El conjunto de intereses y efectos inherentes a los derechos reales de garantía es muy amplio: afecta *inter partes* y a los terceros ajenos a la relación real de garantía; exige la protección y tutela de los intereses jurídicos y económicos de todas ellas; debe evitarse la apropiación directa de la cosa por el acreedor real y preservarse el contenido del derecho real; garantizarse la consiguiente realización de valor y la legitimidad dispositiva del o de las personas autorizantes para disponer; por último, cuando el pignorante no es el deudor debe cohonestarse, asimismo, su específica situación contractual”.



### **14.2.3. Notificación del acuerdo de venta directa a los titulares conocidos de los derechos reales sobre la cosa**

Las partes en el acuerdo tiene la obligación de notificar fehacientemente a los titulares conocidos de los derechos reales sobre la cosa, al objeto de que “si les interesa, paguen la deuda y se subroguen en la posición de la acreedora” (arts. 7.2, final y 19.2, final LDRG). Con esta precaución se trata de preservar y respetar los intereses de los titulares de los derechos reales que puedan existir sobre la cosa gravada cuyo valor se ha propuesto realizar (p.e. el usufructuario, el nudo propietario, el condueño, el retenedor, etc).

En este punto existe una diferencia formal sustancial entre la literalidad del artículo 7.2 LDRG, dedicado al derecho de retención, y la del artículo 19.2 LDRG, dedicado al derecho de prenda, dado que mientras que en éste se exige la notificación “fehaciente”, aquél sólo requiere la notificación<sup>818</sup>. Sin embargo, esta diferencia formal no ha de marcar, a mi juicio, ninguna diferencia sustantiva, especialmente si se atiende al paralelismo existente entre ambos artículos y a su idéntica finalidad, que no es otra que arbitrar un instrumento de prueba suficiente que acredite el conocimiento por parte de los notificados, de forma que no se ponga en peligro la eficacia del procedimiento, con todo lo que ello podría suponer para los intereses de los directamente implicados en el proceso de venta.

En estos preceptos la LDRG exige que se notifique únicamente a los titulares conocidos de los derechos reales de garantía existentes sobre la cosa, para que defiendan sus intereses en la forma que consideren más conveniente, concretamente, como dice la LDRG, pagando la deuda y subrogándose en la

---

<sup>818</sup> El Proyecto de Llei de drets reals de garantia (BOPC, nº 255, de 21 de enero de 2002) no requería la fehaciencia de la notificación del acuerdo de venta directa ni para el derecho de retención ni para el derecho de prenda (arts. 6.2 y 17.2). La introducción de este requisito en sede de prenda se debe a una enmienda de modificación al artículo 17 del Proyecto, presentada por el G. P. Popular. En sede de retención, presentaron sin éxito enmiendas de modificación en este sentido el G. P. D’Iniciativa per Catalunya Verds, y el G. P. Popular (BOPC, nº 311, de 14 de junio de 2002).

posición del acreedor. No obstante, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 19.3 LDRG, “En los casos de pignoración de participaciones sociales o acciones nominativas, el Notario o Notaria de oficio debe notificar a la sociedad el inicio del proceso”. Como sucede en algún otro caso, esta previsión se encuentra sistemáticamente formulada para el caso de la prenda, pero, como en otros casos también, entiendo que resulta igualmente aplicable en los supuestos de retención cuando el derecho real recaiga sobre acciones nominativas o sobre participaciones sociales, fundamentalmente, para obviar los problemas que pueden derivar de las restricciones a la libre transmisibilidad de las mismas impuestas por los estatutos de la sociedad emisora<sup>819</sup>.

## **15. LOS PROCEDIMIENTOS NOTARIALES DE REALIZACIÓN PREVISTOS Y REGULADOS POR LA LDRG**

La LDRG prevé y regula el procedimiento notarial de realización de los derechos reales de retención y de prenda posesoria, en los artículos 7.3 y 19.4, respectivamente. Por las propias y particulares características de cada uno de estos derechos, existen unas diferencias entre sus respectivos procedimientos de realización que demandan su análisis por separado. Sin embargo, existen también determinados aspectos de los que ambos derechos participan y que, por tanto, permiten su tratamiento conjunto, como pueda ser la constitucionalidad de los artículos 7 y 19 LDRG y ciertos trámites estrictamente procedimentales.

---

<sup>819</sup> Véase CAP III, § 5, 15.2.2.2

## **15.1. El respeto de los artículos 7.3 y 19.4 LDRG a las garantías constitucionales**

### **15.1.1. La doctrina del TS sobre la constitucionalidad del “procedimiento extrajudicial de ejecución” previsto por el anterior artículo 129.2º LH**

El procedimiento notarial de realización del valor de las garantías es una modalidad alternativa a la vía judicial de ejecución, que se caracteriza, desde el punto de vista subjetivo, en que el proceso se tramita ante un notario, sin intervención judicial directa. Este proceso alternativo, previsto en los artículos 7 y 19 LDRG para las garantías mobiliarias reguladas en Cataluña, y en los artículos 8 y 23 LDRG para los derechos de retención sobre bienes inmuebles y de anticresis, respectivamente, se encuentra también previsto en varios preceptos del ordenamiento jurídico estatal, como mecanismo jurídico de satisfacción del crédito: en el artículo 1872 CC, para la prenda con desplazamiento de la posesión; en el artículo 16.2 LVP, que en el párrafo 2º de su letra c) hace una remisión expresa las reglas establecidas en el artículo 1872 CC, para los bienes muebles adquiridos a plazos; en los artículos 86 y ss. y 94 LHM, para la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento; y en el artículo 129 LH, en su redacción resultante tras la reforma de la Ley Hipotecaria introducida por la Disposición final novena de la LEC, para la hipoteca inmobiliaria.

Sin embargo, tras la promulgación de la Constitución de 1978, especialmente a raíz de la promulgación del Decreto 290/1992, de 27 de marzo, de Modificación del Reglamento Hipotecario en materia de ejecución extrajudicial de hipotecas, se inició un debate acerca de la constitucionalidad de esta modalidad alternativa<sup>820</sup>. El debate cobró fuerza por causa de unas decisiones

---

<sup>820</sup> El Decreto 290/1992 -que dio una nueva redacción a los artículos 234, 235 y 236 RH, e introdujo en el mismo texto los artículos 236.a. al 236.o.-, propiciaba la utilización de este procedimiento alternativo, por los motivos que se exponen en su Preámbulo: “El incremento del crédito hipotecario en nuestro país en estos últimos años ha sido de tal volumen que puede considerarse como uno de los fenómenos más significativos de nuestra expansión económica. En efecto, la cartera de créditos con garantía hipotecaria se ha cuadruplicado en el período 1982-1989. Esta circunstancia, que por un lado pone de manifiesto el vigor del crédito territorial, determina, por otro, una

jurisprudenciales contradictorias que, partiendo de Salas distintas del Tribunal Supremo, se concretaron en el “procedimiento extrajudicial de ejecución” previsto por el artículo 129.2º LH, en su anterior redacción, para el caso de que así lo hubieran pactado las partes y constara en la escritura de constitución de la hipoteca<sup>821</sup>. Por una parte, en 1995, con pocos días de diferencia, la Sala 3ª del Tribunal Supremo desestimó dos recursos, cuyos motivos pretendían la impugnación del RD 290/1992 (SSTS de 16 y 23 de octubre de 1995)<sup>822</sup>. Por otro lado, en 1998, la Sala 1ª del Tribunal Supremo, resolvió un recurso declarando derogado por inconstitucionalidad sobrevenida el artículo 129.2º LH y las disposiciones reglamentarias que lo desarrollaban, en aplicación de la Disposición Derogatoria 3ª CE, según la cual “Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución” (STS de

---

enorme presión sobre la Administración de justicia que, a la postre, puede poner en peligro el dinamismo de un sector de vital importancia para la cobertura de necesidades tan básicas de los ciudadanos como son las relativas a la adquisición de viviendas. Es preciso, por ello, desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial, tal y como se ha hecho en otros países con resultados esperanzadores. La gran certeza que ofrecen la documentación pública y la publicidad registral de las relaciones hipotecarias hacen que este objetivo sea plenamente viable sin merma de las debidas garantías del deudor. Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que la ejecución de la hipoteca constituye el ejercicio de un derecho privado -el derecho del acreedor a la enajenación de la cosa hipotecada- que puede efectuarse privadamente cuando así se ha pactado. Nuestra legislación hipotecaria ya prevé un procedimiento extrajudicial de ejecución, pero en la práctica su articulación reglamentaria, incapaz de atajar determinadas conductas estratégicas, no ha funcionado adecuadamente. Por ello, ante la necesidad de agilizar las ejecuciones hipotecarias y de remover los obstáculos procedimentales que pudieran constreñir la expansión del crédito territorial, se ha considerado oportuno revisar la disciplina del denominado «procedimiento ejecutivo extrajudicial».

<sup>821</sup> Art. 129.2º LH, en su anterior redacción: “Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria, el cual será aplicable, aun en el caso de que existan terceros, con arreglo a los trámites fijados en el Reglamento hipotecario”.

<sup>822</sup> Pocos meses antes, el Auto del Tribunal Supremo, de 4 de abril del mismo año, Sala 3ª, Sección 7ª 3ª, no admitió un recurso que igualmente pretendía la impugnación del RD 290/1992, alegando infracción de los artículos 14 y 24 CE; en esa ocasión el tribunal no entró en el conocimiento de las pretensiones de fondo, por considerar “sin duda alguna que el acto impugnado no ha percutido en el ámbito de los derechos fundamentales alegados” (FD Segundo). Las SSTS de la Sala 3ª de lo Contencioso utilizaron diversos argumentos para defender la plena constitucionalidad, fundamentalmente los que permiten declarar la constitucionalidad del procedimiento sumario del anterior artículo 131 LH, la analogía con la ejecución pignoraticia del artículo 1872 CC, el origen contractual de la hipoteca, la inexistencia de infracción de la reserva de ley, dado que el artículo 129.2 LH proporciona la suficiente cobertura legal, y la ausencia de indefensión al quedar siempre abierta la intervención judicial por la vía del artículo 132 LH.

4 de mayo de 1998). Posteriormente, en 1999, la misma Sala 1ª del Tribunal Supremo dictó otras dos sentencias reiterando la inconstitucionalidad sobrevenida del procedimiento previsto en el artículo 129.2º LH, formando jurisprudencia en este sentido (SSTS 30 de enero y 20 de abril de 1999)<sup>823</sup>.

Las sentencias que consideran la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 129 LH fundamentan su decisión en varios motivos. En líneas generales, se entiende que el procedimiento extrajudicial hipotecario “carece de tradición en España, antes de la promulgación del Código civil e incluso posteriormente” (STS de 4 de mayo de 1998, FD Tercero)<sup>824</sup>; que lesiona el derecho fundamental a la

---

<sup>823</sup> En la STS de 30 de enero de 1999 no se entra a analizar la infracción del artículo 129 LH y 234 y ss. RH, debido a la extemporaneidad de su alegación por parte del recurrente en casación; sin embargo, en su FD Segundo se declara que la Sala “comparte y ratifica” la doctrina establecida por la STS de 4 de mayo de 1998 “acerca de la inconstitucionalidad de normas preconstitucionales y, por ello, de la derogación del artículo 129 de la Ley Hipotecaria en el inciso sobre «procedimiento extrajudicial», entre otros extremos”. En la STS de 4 de mayo de 1998, FD Segundo, se alude a las resoluciones del orden jurisdiccional contencioso administrativo que aceptan la constitucionalidad y legalidad del procedimiento extrajudicial hipotecario, no obstante lo cual se considera que “estas resoluciones que pertenecen a otro orden jurisdiccional, pese al valor ilustrativo que tienen y que obligan a la ponderación de sus razonamientos, dada su procedencia, no constituyen jurisprudencia para esta Sala de lo Civil, ni, por ello, la vinculan en sus decisiones”. **LÓPEZ LIZ, JOSÉ:** *Perfecta constitucionalidad del procedimiento extrajudicial. Compendio argumental contra la STS 4-5-98*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 1999, p. 54, considera que la doctrina legal que sienta la STS de 4 de mayo de 1998 no tiene un valor *erga omnes*, “no tiene ningún valor vinculante porque el único valor complementario del ordenamiento jurídico que reconoce el art. 1.5 del Código Civil a la doctrina legal del Supremo se refiere a la nacida al interpretar y aplicar la ley ordinaria y la costumbre, pero no la Constitución, porque ésta es misión reservada al Tribunal Constitucional. El Tribunal Supremo puede inaplicar una ley como consecuencia de la aplicación de la vigencia de la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución, pero esa doctrina constitucional nacida al amparo de esa Disposición Derogatoria, no debe, no puede generar una doctrina constitucional de carácter vinculante para todos los órganos del Poder Judicial”. En consecuencia, este mismo autor, obra cit., p. 57, afirma que “El Tribunal Supremo puede dictar más Sentencias como la presente, pero no creará jurisprudencia y la doctrina generada en absoluto será vinculante para los demás órganos del Poder Judicial”.

<sup>824</sup> En la STS de 4 de mayo de 1998, FD Cuarto, se considera que, hoy día, no se puede mantener “la equiparación de la facultad concedida al acreedor prendario, con la establecida, por analogía, para el acreedor hipotecario”, sobre todo porque el artículo 1872 CC está sistemáticamente ubicado fuera de las «disposiciones comunes a la prenda y la hipoteca», lo que indica una voluntad inequívoca del legislador de que el precepto resulta aplicable solamente a la prenda y no a la hipoteca. Además, se entiende que los argumentos que el Decreto 290/1992 emplea para justificar las medidas que establece no son atendibles, puesto que su intención está en desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial; finalidad que no resulta compatible con la reserva de jurisdicción que hace la Constitución, aunque ello se intente fundamentar en el pacto entre las partes, dado que no cabe disponer de las normas imperativas de Derecho público.

tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 CE, porque limita las causas de oposición (STS de 4 de mayo de 1998, FD Noveno y STS de 20 de abril de 1999, FD Primero)<sup>825</sup>; que infringe el principio de unidad de jurisdicción contenido en el artículo 117.3 CE, porque la función notarial no puede sustituir a la estrictamente jurisdiccional (STS de 4 de mayo de 1998, FD Sexto, Séptimo y Octavo; STS de 20 de abril de 1999, FD Segundo y Tercero)<sup>826</sup>, y que infringe la reserva de ley en materia procesal, igualmente contenida en el artículo 117.3 CE, porque su tramitación se regula por normas reglamentarias (STS de 4 de mayo de 1998, FD Décimo y STS de 20 de abril de 1999, FD Cuarto)<sup>827</sup>.

---

<sup>825</sup> STS de 20 de abril de 1999, FD Primero: “En principio, el derecho a la jurisdicción (art. 24), garantiza el libre acceso que no puede ser entorpecido u obstaculizado sino por causa fundada en la ley siempre que razonablemente no impida o cercene el ejercicio de este último. Pero, sobre todo, lo que no puede confundirse es el derecho a oponerse a la ejecución por causas limitadas o taxativas que forman parte integrante del derecho de acción en su vertiente pasiva, con el reconocimiento de un derecho, al parecer *ex novo* a plantear un juicio declarativo de oposición que agrava la posición del ejecutado o de los terceros, aún más que en la ejecución judicial de la hipoteca que autoriza el art. 131 de la Ley Hipotecaria, dado que en éste las causas de oposición admitidas, tienen mayor amplitud, con lo cual se produce la paradoja de que una ejecución ni siquiera garantizada por su naturaleza jurisdiccional (y, por ello, inconstitucional) resulta más gravosa y perjudicial para el ejecutado que la judicial”.

<sup>826</sup> STS de 4 de mayo de 1998, FD Sexto: “La función de ejecución y, por tanto, la atribución del conocimiento del proceso de ejecución son cometidos propios de los Jueces y Tribunales integrantes del «Poder Judicial»; STS de 4 de mayo de 1998, FD Octavo: “Ni siquiera soslayando su carácter de inadmisibile ejecución privada, como practicada con publicidad notarial, mediante el artilugio de considerarla una ejecución pública notarial, cabe que se acepte su legitimidad puesto que la función notarial (tan valiosa, de otra parte) no puede sustituir a la estrictamente jurisdiccional, como es la actividad de ejecución”.

<sup>827</sup> STS de 20 de abril de 1999, FD Cuarto: “Como recalca la sentencia de esta Sala, cuya doctrina reiteramos, «que en el caso se conculca, por las normas reglamentarias, el principio de legalidad que establece el invocado art. 9 CE, en relación con el art. 117.3, por cuanto dichas normas regulan un proceso de ejecución, sin respetar la «reserva de ley» que esta disposición constitucional prevé para «las normas de competencia y procedimiento» (...) Por supuesto que dicha «reserva de ley» no se cumple con la mera enunciación de un precepto legal, vacío de contenido normativo, que «deslegaliza» la materia remitiéndose a unas normas reglamentarias”.

### 15.1.2. Reacción doctrinal ante la declaración jurisprudencial de inconstitucionalidad sobrevenida del anterior artículo 129 LH

La declaración de inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 129 LH originó una fuerte reacción por parte de la doctrina<sup>828</sup>, que rebatió los argumentos esgrimidos por la Sala 1ª del Tribunal Supremo y demandó un pronunciamiento específico del Tribunal Constitucional, que se manifestara de forma definitiva<sup>829</sup> acerca de la conformidad del artículo 129.2º LH con la Constitución y aclarara la

---

<sup>828</sup> **MAGARIÑOS BLANCO, VICTORIO**: “El procedimiento extrajudicial de realización de la hipoteca. Su viabilidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1997, nº 641, pp. 1255 a 1314; **DURÁN RIVACOVA, RAMÓN**: “La vigencia del procedimiento extrajudicial sumario en la ejecución hipotecaria”, *La Notaria*, mayo 1998, nº 5, pp. 17 a 60; **GARCÍA MAS, FRANCISCO JAVIER**: “Breves comentarios a la Sentencia del Tribunal supremo 402/1998, (Sala de lo Civil), sobre el procedimiento de ejecución extrajudicial”, *La Notaria*, mayo 1998, nº 5, pp. 61 a 73; **GASCÓN INCHAUSTI, FERNANDO**: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, setiembre-diciembre 1998, nº 48, pp. 1162 a 175; **GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, FERNANDO**: “Notas sobre la inconstitucionalidad del procedimiento ejecutivo extrajudicial del artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998”, *La Ley*, 1998-4, pp. 1516 a 1518; **IGLESIAS CANLE, INÉS**: “Procedimiento extrajudicial hipotecario. A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 402/1998 de 4 de mayo”, *La Ley*, 1998-6, pp. 2313 a 1216; **SANTAOLALLA LÓPEZ, FERNANDO**: “Jurisdicción y ejecución extrajudicial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1998, nº 648, pp. 1663 a 1686; **CABALLO I ANGELATS, LLUÍS**: “Consideraciones sobre la exclusividad de la potestad de ejecutar, con motivo de la sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998 sobre el proceso notarial de realización hipotecaria”, *Justicia*, 1999, nº 2, pp. 225 a 249; **NÚÑEZ BOLUDA, LUIS**: “La inconstitucionalidad del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, en su segundo párrafo relativo al «procedimiento extrajudicial». Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 4 de mayo de 1998”, *Revista de Derecho Privado*, 1999-I, pp. 321 a 330; **ROBLEDO VILLAR, ANTONIO**: “La inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria (A propósito de la STS, Sala 1ª de 4 de mayo de 1998 y sus repercusiones en la realización forzosa de bienes)”, *Revista General de Derecho*, 1999, v. 55, pp. 3594 a 3608.

<sup>829</sup> Con fecha 18 de diciembre de 1981, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 129 LH, aunque de forma indirecta, haciendo un paralelismo entre este artículo y las normas reguladoras del procedimiento de ejecución hipotecaria. En aquella ocasión el Tribunal desestimó el recurso de amparo que, básicamente, se basaba en la violación del derecho a la tutela judicial garantizado en el artículo 24 CE. Debido a la existencia de este precedente, **LÓPEZ LIZ**: *Perfecta...*, p. 50, entiende que “El Tribunal Supremo, pues, ha invadido la esfera del Tribunal Constitucional, cuando dice que no hay que plantear cuestión previa de inconstitucionalidad, sobre todo si tenemos presente que éste ya se había pronunciado sobre el procedimiento extrajudicial en favor de su constitucionalidad en Sentencia de 18 de diciembre de 1981”.



situación de desconcierto e inseguridad creada a raíz de los pronunciamientos jurisprudenciales opuestos sobre idéntica cuestión de fondo<sup>830</sup>.

De forma mayoritaria, la doctrina calificó de sorprendente el criterio jurisprudencial que negaba tradición jurídica al procedimiento extrajudicial. Ese criterio se rebatió recordando que se trata de un proceso que, habiendo sido introducido en el proceso codificador, tiene una tradición jurídica de más de cien años, tiempo suficiente para considerarlo una institución fuertemente arraigada en nuestro ordenamiento jurídico que, además, prevé similares procedimientos para otros tipos de garantía<sup>831</sup>. Pero, además, se advirtió que la tradición jurídica no es un requisito necesario para que el ordenamiento jurídico admita determinada figura o institución; “entenderlo así, o insinuarlo, como hace la sentencia, supone cerrar la puerta a toda innovación legislativa y aferrarse al pasado, actitudes ambas que sí que podrían reputarse contrarias al espíritu del texto constitucional”<sup>832</sup>. Por otra parte, se entendió que aludir a la “mentalidad jurídica

---

<sup>830</sup> **LÓPEZ LIZ:** *Perfecta...*, p. 106; **GASCÓN INCHAUSTI:** “Comentario...”, p. 1172; **SANTAOLALLA LÓPEZ:** “Jurisdicción...”, p. 1686; **DURÁN RIVACOBA:** “La vigencia...”, p. 60; **García Mas:** “Breves...”, p. 71; **IGLESIAS CANLE:** “Procedimiento...”, p. 2315.

<sup>831</sup> **DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA:** *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados (Actualizado a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, p. 79; **DURÁN RIVACOBA:** “La vigencia...”, p. 44; **LÓPEZ LIZ:** *Perfecta...*, p. 60; **POVEDA DÍAZ, JOSÉ:** “La constitucionalidad de la ejecución extrajudicial de la hipoteca”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre-octubre 1999, nº 5, pp. 567 a 593, p. 585; **IGLESIAS CANLE:** “Procedimiento...”, p. 2314; **GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ:** “Notas...”, p. 1516, quien advierte, además, que “ya en las Partidas se reconocía al titular de un derecho real a vender públicamente la cosa gravada (Partida 5ª, Título 13 de la Ley XLI)”. Pese a que el Código Civil, en su artículo 1872, reconoció de modo expreso un procedimiento similar para la enajenación de la prenda, no reconoció expresamente un procedimiento similar para la ejecución extrajudicial de la hipoteca, lo que suscitó serios debates sobre la licitud de los pactos que se fueron introduciendo en la práctica notarial y que autorizaban la ejecución extrajudicial de la hipoteca. Admitidos estos pactos en la práctica, tuvieron su primer reconocimiento normativo en el Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915 y, posteriormente, en la Ley Hipotecaria de 1944. Finalmente, el Decreto 290/1992 reformó el contenido de los artículos 234 a 236 del Reglamento Hipotecario, para facilitar la aplicación de este procedimiento. A pesar de todo ello, **ROBLEDO VILLAR:** “La inconstitucionalidad...”, p. 3602, considera que “dicha institución no ha gozado de tradición jurídica en España; con anterioridad al CC era inexistente y, tras su promulgación, imperaba la concepción germánica del Fuero Juzgo que se inclinaba por la ejecución judicial frente a la romanista que era partidaria de la venta privada (...) queda patente que la ejecución hipotecaria extrajudicial carece de claros antecedentes en nuestro Derecho que puedan justificar su aplicación práctica”.

<sup>832</sup> **GASCÓN INCHAUSTI:** “Comentario...”, p. 1164. En parecido sentido **NÚÑEZ BOLUDA:** “La inconstitucionalidad...”, p. 328.



actual”, como hizo la Sala 1ª del Tribunal Supremo para negar la equiparación con la facultad concedida al acreedor prendario, es aludir a “un concepto absolutamente indeterminado, subjetivo, polivalente y muy peligroso para ser utilizado nada menos que como base derogativa en la vía judicial de normas jurídicas”<sup>833</sup>

En contra de la aplicación del principio de exclusividad de la jurisdicción (arts. 117.3 y 4 CE) se dijo, en primer lugar, que “no es de esencia de la ejecución el estar en manos de los Jueces, sino que lo es sólo por decisión de la Constitución”<sup>834</sup>, la cual no puede interpretarse en un sentido puramente literal, dado que “no existe absoluta sino relativa separación de funciones entre los tres poderes”<sup>835</sup>, por lo que resulta suficiente la intervención de un fedatario público. Pero además, se aclaró que el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria “no es, en puridad, una forma de ejecución forzosa, un proceso de ejecución, sino tan sólo una forma de hacer efectiva una garantía pactada por las partes al margen de los poderes públicos y, por ende, de los órganos jurisdiccionales”<sup>836</sup>. Existen muchas muestras de la potestad normativa de los

---

<sup>833</sup> **LÓPEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ**: “Notas...”, p. 1516. En parecido sentido **GASCÓN INCHAUSTI**: “Comentario...”, p. 1164; **POVEDA DÍAZ**: “La constitucionalidad...”, p. 586, y **LÓPEZ LIZ**: *Perfecta...*, p. 76, para quien “además, la prenda y la hipoteca son derechos reales de garantía de significación similar, porque no se alcanza a ver la necesidad de una diferencia de trato”.

<sup>834</sup> **GASCÓN INCHAUSTI**: “Comentario...”, p. 1165.

<sup>835</sup> **LÓPEZ LIZ**: *Perfecta...*, p. 152: “El gran error de la Sentencia 4-5-98 es empeñarse en no ver más allá de las narices del art. 117.3 de la Constitución, y aunque tales apéndices separan dos ojos, hacen falta muchos más para percibir una realidad jurídica que aún deteniéndose y asimilando el contenido del art. 117.3, remonta el vuelo por encima de las montañas. Tras ellas se vislumbra un panorama mucho más complejo que el viejo axioma, una función para cada poder y un poder para cada función, y así resulta que la función de ejecución es una función dispersa que no reside solamente en el remansado valle de los Jueces y Magistrados, sino que habita en otros poderes distintos al jurisdiccional”.

<sup>836</sup> **GASCÓN INCHAUSTI**: “Comentario...”, p. 1165: “En el caso de las ejecuciones pecuniarias, es precisa una primera entrada en la esfera patrimonial (y, por tanto, privada) del deudor, seleccionando y trabando (mediante el embargo) determinados bienes que serán después subastados públicamente; y se produce una ulterior inmisión en su esfera privada cuando se sustituye su voluntad al consumarse la venta pública y otorgarse, con plena eficacia registral, la escritura de venta del bien subastado. Y esto es así tanto si la ejecución es jurisdiccional como si es administrativa. En el procedimiento judicial no sucede, sin embargo, ninguna de estas dos actuaciones, ni es necesario (*rectius*, no sucede *porque* no es necesario): es el propio deudor el que, de un lado, afecta un bien

particulares (Derecho consuetudinario, convenios colectivos de trabajo, estatutos sociales,...), “normas que permiten regular determinadas relaciones interindividuales y que conviven pacíficamente con las de una autoridad pública”<sup>837</sup> (cfr. art. 1091 C). Como consecuencia, se sostuvo que la realización de la hipoteca no es más que el ejercicio de un derecho privado que faculta a su titular para enajenar por sí mismo el bien afectado por la garantía<sup>838</sup>. La realización, que es el contenido esencial de la hipoteca, está sometida al control de la legalidad y puede desenvolverse ante la supervisión de un notario, porque, por una parte, este funcionario está legalmente habilitado para ello<sup>839</sup> y, por otra, no se trata de ejecutar lo juzgado, sino de controlar que la enajenación de la cosa hipotecada se ajuste a la legalidad. Es cierto que en este caso, por la vía de la

---

suyo al pago de la deuda (mediante la hipoteca) y el que, de otro, apodera a un particular (el propio acreedor inclusive) para otorgar en su nombre la escritura de venta tras la subasta (art. 234.1.3.ª RH). No hace falta que nadie (Juez o Administración) «tome» o «afecte» ningún bien; y tampoco hace falta que nadie, con su intervención, supla la ausencia de voluntad del deudor para que sea plenamente válida y eficaz la enajenación del bien hipotecado (...) Por ello, no cabe considerar que el Notario se arrogue funciones que son claramente públicas y jurisdiccionales (como parece dar a entender el FJ 8ª de la sentencia), pues en absoluto impone su voluntad o sustituye con ella la del deudor (cosa que sí hace el Juez en el procedimiento ejecutivo sumario del art. 131 LH)”. La misma idea **CABALLOL I ANGELATS**: “Consideraciones...”, pp. 235 y ss; **NÚÑEZ BOLUDA**: “La inconstitucionalidad...”, p. 328.

<sup>837</sup> **LÓPEZ LIZ**: *Perfecta...*, p. 68: “No parece dudoso que en estos casos –y en otros de alcance parecido- estamos en presencia de disposiciones normativas, dado su tenor abstracto y su capacidad de aplicación reiterada o, lo que es lo mismo, ante legislación entendida «lato sensu». Y si esto es así, la conclusión es que puede haber legislación (material) que no proceda del Estado (...) allí donde no exista ius cogens estatal renace la ocasión para la legislación por parte de los particulares”.

<sup>838</sup> A este respecto, **PEDREGAL Y CAÑEDO**: *Texto...*, p. 814, ya consideró “innecesario el mandato judicial, porque el derecho del acreedor arranca del mismo contrato celebrado con el deudor, y no es en modo alguno preciso que el Juez corrobore lo que los contratantes han establecido lícitamente”

<sup>839</sup> **LÓPEZ LIZ**: *Perfecta...*, p. 153: “el procedimiento notarial contemplado en el art. 129.2 de la Ley Hipotecaria satisface las exigencias de este poder, pues el Notario es funcionario público (art. 1 de la Ley del Notariado) que se sitúa en la órbita de la Administración Pública (según el art. 1 del Reglamento del Notariado depende del Ministerio de Justicia)”; este mismo autor, obra cit., p. 168: “Notario que, además, posee un estatuto jurídico especial que lo diferencia de los demás ciudadanos y también de los demás funcionarios de la Administración Pública, y goza de una independencia similar a la del Juez, por lo que, si se permite el arbitraje, qué reparo puede haber en un proceso de ejecución a la hora de conferirlo a un Notario que es un experto en Derecho que tiene muy bien ganada su «auctoritas» por sus conocimientos técnicos en Derecho y por su independencia e imparcialidad”.

autonomía de la voluntad se evita la intervención judicial, pero esa es precisamente la esencia y virtualidad de la hipoteca<sup>840</sup>.

Ahora bien, esto último no supone en todo caso, a juicio de la doctrina, vulneración del principio de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Es decir, que se limite la contradicción procesal, porque el deudor no pueda realizar reclamaciones distintas a las que permiten la suspensión (querrela criminal y cancelación de la hipoteca -art. 236.ñ.1 RH), no significa que el proceso extrajudicial sea inmune al control jurisdiccional y, por tanto, que se produzca indefensión. Se trata de un proceso legalmente previsto y minuciosamente regulado, al que el constituyente de la garantía se somete voluntariamente conociendo su eficacia desde el primer momento. Sus trámites aseguran la legalidad, y su finalidad es proporcionar seguridad suficiente a las partes a través del control de la enajenación, evitando los abusos (prohibición del pacto comisorio) y posibilitando la obtención de un precio justo. Pero además y principalmente, lo que reclama el derecho fundamental a la tutela del artículo 24 CE es que las decisiones del Notario en el procedimiento extrajudicial puedan someterse a revisión judicial. En el caso del procedimiento extrajudicial, el libre acceso a los tribunales por la vía del juicio declarativo ordinario era una

---

<sup>840</sup> **NÚÑEZ BOLUDA**: “La inconstitucionalidad...”, p. 329: “Sobre todo si tenemos en cuenta que la actuación del Notario está reglada y no puede hacer nada más que seguir las pautas que establece el Decreto”. **MAGARIÑOS BLANCO**: “El procedimiento...”, p. 1298: “No se trata, pues, de una ejecución forzosa en sentido estricto, a través de la cual se encauce el poder coactivo del acreedor al objeto de satisfacer su interés en la obligación, y que tendría que realizarse por medio de los órganos jurisdiccionales (...) estamos en un campo distinto del jurisdiccional: ni se juzga ni se hace ejecutar lo juzgado, sencillamente se activa la facultad de enajenar en la que consiste sustancialmente la hipoteca”. En este sentido **LÓPEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ**: “Notas...”, p. 1516; **SANTAOLALLA LÓPEZ**: “Jurisdicción...”, p. 1673; **DURÁN RIVACOBRA**: “La vigencia...”, pp. 48 y ss; **GARCÍA MAS**: “Breves...”, p. 69; **IGLESIAS CANLE**: “Procedimiento...”, p. 2313; **DÍAZ FRAILE**: *Ejecución...*, p. 88. Para **LÓPEZ LIZ**: *Perfecta...*, p. 82: “No es el pacto a que se refiere el art. 129 par. 2.º LH, el que sirve de apoyo a la enajenación extrajudicial de la finca. Esta facultad privada de enajenación tiene su apoyo en la hipoteca (...) Jugamos, pues, en el campo propio de la hipoteca, es decir, en el campo donde opera la fuerza propia de la autonomía privada que se concreta en la hipoteca. En este campo, que no es el jurisdiccional, porque no se juzga ni se hace ejecutar lo juzgado, simplemente se pone en marcha la facultad de enajenar en que sustancialmente consiste la hipoteca”. En un sentido contrario parece situarse **ROBLEDO VILLAR**: “La inconstitucionalidad...”, p. 3604: “Así, como la potestad de ejecución corresponde únicamente a los órganos judiciales (art. 117.3 de la CE), no es posible mantener un procedimiento que –atribuido en exclusiva a los fedatarios civiles– vulnera claramente el mandato constitucional”.

posibilidad que se encontraba expresamente reconocida en el artículo 236.o. RH, al remitirse al artículo 132 LH, en su anterior redacción<sup>841</sup>. A través de este último artículo, las controversias que pudieran surgir en el procedimiento extrajudicial se desplazaban al juicio declarativo. Y siendo el extrajudicial un procedimiento de carácter no definitivo, esto es, que no produce el efecto de cosa juzgada, el libre acceso a los tribunales siempre quedaba a disposición de aquél que deseara obtener una resolución fundada en Derecho<sup>842</sup>.

En cuanto a la infracción de reserva de ley, el Tribunal Supremo consideró, que las normas procesales que regulan la ejecución hipotecaria, en tanto que normas de orden público que regulan la actividad procesal, debían observar la reserva legal que les atribuye el artículo 117.3 CE. En contra de ello se arguyó que “dicha reserva está concebida para los procesos en sentido estricto, o sea, los que se siguen ante los Tribunales de justicia. Por lo cual no puede alcanzar a

---

<sup>841</sup> **LÓPEZ LIZ:** *Perfecta...*, p. 184; **GASCÓN INCHAUSTI:** “Comentario...”, p. 1169; **NÚÑEZ BOLUDA:** “La inconstitucionalidad...”, p. 329; **MAGARIÑOS BLANCO:** “El procedimiento...”, pp. 1301 y ss. En el mismo sentido **SANTAOLALLA LÓPEZ:** “Jurisdicción...”, p. 1674; **POVEDA DÍAZ:** “La constitucionalidad...”, p. 585; **DURÁN RIVACOBA:** “La vigencia...”, p. 54; **IGLESIAS CANLE:** “Procedimiento...”, p. 2314; **LÓPEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ:** “Notas...”, p. 1517; **DÍAZ FRAILE:** *Ejecución...*, p. 89. Como ha sido mencionado (véase cita 829), con anterioridad a la STS de 4 de mayo de 1998, la STC de 18 de diciembre de 1981 desestimó un recurso de amparo en el que los solicitantes demandaban la declaración de inconstitucionalidad de los artículos reguladores del procedimiento de ejecución hipotecario, por considerar que violaba su derecho a la tutela jurisdiccional y a la defensa garantizado en el artículo 24 CE. En su decisión, el Tribunal argumentó, haciendo un paralelismo con el artículo 129 LH (FD Quinto), que “Lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario. En rigor, la radical limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo y nada más (...) Desde esta perspectiva es claro que no puede haber violación del artículo 24 de la Constitución, porque el deudor y el titular del dominio de la finca no quedan indefensos ni privados de tutela” (FD Sexto). En este mismo sentido, aunque igualmente referidas al artículo 131 LH, el Tribunal Constitucional ha ido resolviendo los recursos que, a lo largo de los años, alegaban la vulneración del derecho de defensa consagrado en el artículo 24 CE (entre otras, SSTC de 18 de setiembre del 2000, 24 de febrero de 1998, 4 y 15 de diciembre y 2 y 27 de octubre de 1997; 24 de enero y 9 de mayo de 1995, 30 de junio de 1993, 17 de enero de 1991, 17 de mayo de 1985). Por otro lado, la doctrina coincide en indicar que no hay que olvidar los intereses del acreedor, que son precisamente los que precisan tutela frente al incumplimiento del deudor. De forma totalmente contraria lo entiende **ROBLEDO VILLAR:** “La inconstitucionalidad...”, p. 3604: “Si la ejecución hipotecaria se aparta del órgano jurisdiccional no podrá garantizarse dicha tutela; si, además, el procedimiento no responde al principio de reserva legal y, sobre todo carece de una mínimas pero ciertas causas de oposición la indefensión está asegurada”.

<sup>842</sup> En este sentido, **LÓPEZ LIZ:** *Perfecta...*, pp. 187 y ss.

un procedimiento extrajudicial como es el ejecutivo notarial”<sup>843</sup>. Se adujo también que el propio artículo 129.2º LH encomienda al Reglamento Hipotecario la regulación del procedimiento, dotándole de este modo de cobertura legal suficiente, tal y como dejó dicho la Sala 3ª del Tribunal Supremo<sup>844</sup>.

A pesar de la avalancha y del peso de los argumentos aportados, tanto por los comentaristas como por la jurisprudencia, en defensa de la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial de realización hipotecaria, la doctrina contraria sentada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo demostró un efecto vinculante que ha quedado reflejado en algunas decisiones posteriores. Así, por Auto TSJC 30/2000, de 31 de octubre, dictado en el recurso gubernativo 22/2000, se desestimó este recurso y se confirmó la calificación del Registrador denegando la inscripción de un acta de protocolización de un procedimiento ejecutivo

---

<sup>843</sup> **SANTAOLALLA LÓPEZ**: “Jurisdicción...”, p. 1685; **LÓPEZ LIZ**: *Perfecta...*, p. 219.

<sup>844</sup> **GASCÓN INCHAUSTI**: “Comentario...”, p. 1164; **GARCÍA MAS**: “Breves...”, p. 70; **IGLESIAS CANLE**: “Procedimiento...”, p. 2314; **ROBLEDO VILLAR**: “La inconstitucionalidad...”, p. 3603; **SANTAOLALLA LÓPEZ**: “Jurisdicción...”, p. 1685. Este último autor, obra y p. cit., entiende, en cambio, incumplida la reserva legal que se deriva del artículo 33 CE, en concordancia con el artículo 53.1 CE, porque la regulación del procedimiento hipotecario incide en el derecho de propiedad ya que determina una transmisión del dominio en favor del rematante o adjudicatario; entiende que el artículo 129.2º LH hace una deslegalización al remitirse en bloque al reglamento, y que, por tanto, “El contenido del Reglamento Hipotecario (arts. 234 a 236) no suscita reparos de inconstitucionalidad, salvo el advertido de su insuficiencia de rango. Esto debería subsanarse”. Este último criterio ha sido contestado por **LÓPEZ LIZ**: *Perfecta...*, p. 219: “ni todos los procedimientos terminan con transmisión de dominio, ni puede desconocerse que la realización hipotecaria, como ya hemos dicho, no es más que el ejercicio de un derecho privado que constituye la esencia de la hipoteca y que consiste precisamente en la facultad que el acreedor tiene de enajenar, por sí mismo, el bien sujeto al cumplimiento de la obligación garantizada”. Para **DURÁN RIVACOBIA**: “La vigencia...”, p. 43, “Acaso podría discutirse si la técnica de confiar al desarrollo reglamentario la concreción casi básica de las instituciones recogidas en la ley sea la óptima. Tal vez constituya un fenómeno discutible o incluso poco escrupuloso con la perfección jurídica, pero creo que no entra en quiebra el principio de legalidad. En todo caso, responde a una política legislativa mejorable, pero pertenece al ámbito amplísimo de la prudencia o el arbitrio con que cuenta el legislador a la hora del ejercicio de su tarea. Ello aparte, opino que supone un hecho generalizado en los actuales términos de producción legislativa. Me parece que llevar el hecho al extremo de considerar inconstitucionales las normas que se remiten al desarrollo reglamentario resulta muy arriesgado”. De esta última opinión **DÍAZ FRAILE**: *Ejecución...*, p. 87. Sin embargo, para **NÚÑEZ BOLUDA**: “La inconstitucionalidad...”, p. 327, “la sentencia considera inconstitucional al propio artículo 129.2, por lo que la solución de transcribir en la Ley los preceptos reglamentarios no sería bastante (...) Si el Tribunal considera que además del artículo 9 de la Constitución, hay otros dos artículos a los que afecta, es que no sólo es un problema de forma, sino también de fondo”.

extrajudicial de ejecución de hipoteca. En este auto, el Presidente del Tribunal consideró que, existiendo una doctrina consolidada orientada a la inconstitucionalidad sobrevenida del procedimiento en cuestión, el valor de esa jurisprudencia ha de tener necesariamente unos efectos vinculantes, en favor de la seguridad jurídica, a los que no se puede sustraer el Registrador<sup>845</sup>.

### **15.1.3. La consolidación del procedimiento extrajudicial de realización de la hipoteca. El actual artículo 129 LH y su proyección positiva**

La Disposición final novena de la LEC vigente ha dado una nueva redacción al artículo 129 LH. Este precepto postconstitucional y, por tanto, sobre cuya constitucionalidad sólo se puede pronunciar el Tribunal Constitucional, autoriza hoy a las partes para acudir a la venta notarial, sin necesidad de intervención judicial, cuando así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución de la hipoteca<sup>846</sup>. Por lo tanto, la actual LEC mantiene y consolida el

---

<sup>845</sup> Según el Razonamiento Jurídico Segundo de este Auto, “no se trata de dilucidar si el Registrador de la Propiedad, por sí, puede inaplicar una norma constitucional al entenderla derogada por el texto constitucional; se trata de ver si al Registrador de la Propiedad le vincula la doctrina sentada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (...) Es sabido, asimismo, que la jurisprudencia –entendida como la doctrina que emana del más alto Tribunal de la Nación– complementa el ordenamiento jurídico y éste debe entenderse *en su globalidad*. El valor de esta jurisprudencia, pues, la dependencia del Registrador a la misma y la propia seguridad jurídica, en la medida que debe afectar a todos los operadores jurídicos respecto a la materia que trata, determinan claramente la obligación de sometimiento del Registrador”. Al respecto, **FUENTES MARTÍNEZ, JESÚS-JULIÁN**: “Aplicar la Ley, cumplir la Ley. De nuevo sobre el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria (hoy venta extrajudicial)”, *La Notaria*, noviembre-diciembre 2000, nº 11-12, pp. 103 a 108, p. 106: “En modo alguno compete a Notarios y Registradores realizar una tarea semejante a la que desempeñan los jueces y Tribunales al fallar el caso cuyo conocimiento tengan encomendado (faltaría más). A mayores, en el ejercicio de su función calificadora, el Registrador tiene, si cabe, un ámbito mucho más restringido de actuación, en tanto que está vinculado por el contenido de los asientos registrales (en este caso el procedimiento de ejecución extrajudicial pactada en su día e inscrito), cuya salvaguarda está bajo el amparo de los Tribunales y que proclaman erga-omnes, con presunción “*iuris tantum*”, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma que proclama dicho asiento”.

<sup>846</sup> **CAMPO VILLEGAS, ELÍAS**: “Consideraciones sobre la realización extrajudicial de los bienes hipotecados, después de la Ley 1/2000”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 4-2001, pp. 1229 a 1244, p. 1233: “Es así una venta efectuada por el acreedor que se halla investido de una legitimación específica para realizar la enajenación al igual que la ostentada por una comisión liquidadora en determinadas situaciones de crisis. La venta no la realiza el Notario. Éste no hace otra cosa que ejercer su función de tal, entre cuyas misiones se halla muy en particular la de controlar la legalidad de las actuaciones y la



recurso al procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca, con remisión a las normas correspondientes del Reglamento Hipotecario para las formalidades del procedimiento<sup>847</sup>. En principio, los artículos 234 a 236 RH resultan aplicables en cuanto al desenvolvimiento del proceso. Ahora bien, dado que el artículo 236.o. RH remite a los cinco últimos párrafos del artículo 132 LH, hoy igualmente derogados por la Disposición final novena de la LEC, si existiera oposición por parte del deudor la única vía posible sería la judicial, como para el resto de supuestos de jurisdicción voluntaria.

Alguno de los motivos que fundamentaron la declaración jurisprudencial de inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 129 LH, por la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de haber prosperado, hubieran podido perfectamente predicarse de otros mecanismos de satisfacción del crédito previstos por el ordenamiento jurídico que se desenvuelven sin la presencia de un órgano jurisdiccional, y fundamentar un proceso ante el Tribunal Constitucional. El desenvolvimiento del proceso al margen de la intervención judicial es precisamente la característica de los procedimientos notariales que la LDRG prevé para la realización del valor de las garantías que regula. Los motivos que en concreto hubieran podido afectar a las garantías mobiliarias hubieran sido la vulneración de los principios de exclusividad de la jurisdicción (art. 117.3 CE) y de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Sin embargo, a juicio de la doctrina, que comparto, las consideraciones hechas en favor de la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial hipotecario son perfectamente trasladables a los procedimientos previstos por la LDRG para la realización de los derechos reales de garantía, dado que, en esos casos también, se trata de formas privadas de satisfacción del crédito que no excluyen la tutela judicial: en concreto, los artículos 7.3 y 19.4 LDRG prevén

---

seguridad de los intereses en juego”.

<sup>847</sup> **CAMPO VILLEGAS:** “Consideraciones...”, p. 293: “Pero no todo son mieles para este nuevo precepto. Podrá achacársele el mismo vicio que se imputó al anterior sistema tanto por aquellas sentencias del Tribunal Supremo como por ciertos autores. Nos referimos a que subsiste el vacío de contenido normativo que «deslegaliza» la materia remitiéndose de nuevo a normas reglamentarias. Por ello consideramos recomendable que el núcleo de las actuaciones a seguir en estas subastas y ventas extrajudiciales forme parte de la propia Ley Hipotecaria o de una ley independiente a tramitar por el procedimiento de urgencia o incluso aprobarse mediante Decreto-Ley”.

expresamente la imposibilidad de iniciar el procedimiento notarial de realización cuando exista oposición judicial<sup>848</sup>. Así lo ha entendido también la DGRN, en su Resolución de 28 de mayo del 2001, en la que se reproducen todos los argumentos anteriormente vertidos en favor de la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial de realización de valor<sup>849</sup>.

---

<sup>848</sup> **GASCÓN INCHAUSTI**: “Comentario...”, p. 1175; **LÓPEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ**: “Notas...”, p. 1516; **CABALLO I ANGELATS**: “Consideraciones...”, p. 229; **IGLESIAS CANLE**: “Procedimiento...”, p. 1214; **GARCÍA MAS**: “Breves...”, p. 63; **FUENTES MARTÍNEZ**: “El derecho...”, p. 252; **MEJÍAS GÓMEZ**: *Prenda...*, p. 287; **VEIGA COPO**: “La ejecución...”, p. 61. La misma justificación, aunque en términos mucho más generales, ha sustentado desde siempre la legitimidad del proceso. Así en **SCAEVOLA**: *Código...*, p. 396: “La atribución notarial para proceder a la venta por vía privada o extrajudicial la encontramos acertada. En realidad se trata del ejercicio de una acción real, y como tal acción, sólo debía derivar por el cauce del proceso pertinente y ante los Tribunales de justicia, pero no existe dificultad en que se realice por ante Notario, y ello, porque estimamos que en el precepto que se glosa está consagrada una figura de defensa privada, que le asiste al acreedor y que sin necesidad de acudir a la propia jurisdicción la realiza por sí, pero mediante ciertas formalidades (...) No es que al Notario se le atribuyan facultades jurisdiccionales sustituyendo al Juzgador, pues a quien propiamente se le atribuyen dichas facultades es al acreedor, que es quien constituye con su acción directa y de apremio la tutela de los órganos con jurisdicción. El Notario no pasa de ser un testigo de excepción, que corrobora lo sucedido levantando el acta de subasta correspondiente, siendo un fedatario que certifica de haberse cumplido con las formalidades y exigencias del texto legal”.

<sup>849</sup> Esta Resolución fue a propósito de la inscripción de una enajenación extrajudicial de inmueble hipotecado que se realizó con anterioridad a la única sentencia invocada en la nota de calificación, la STS de 4 de mayo de 1998, que consideró derogado el procedimiento extrajudicial por oposición a las normas constitucionales. El Registrador deniega la inscripción porque considera que “dicha derogación se produjo desde la fecha de entrada en vigor de la Constitución, sin que se trate de conferir valor de jurisprudencia a la doctrina sentada en una sola sentencia del Tribunal Supremo, ni de aplicar con efecto retroactivo una norma restrictiva de derechos” (Hechos, VI). Esta opinión del Registrador se rebate en la Resolución, FD Tercero, por considerar que “se trata de una enajenación extrajudicial de inmueble hipotecado basada en un pacto inscrito cuya validez se presume mientras no recaiga la correspondiente declaración judicial en contrario (cfr. artículo 1 de la Ley Hipotecaria). Habida cuenta que sólo los órganos judiciales –en el caso concreto- y no el Registrador, pueden declarar inaplicable una ley preconstitucional por considerarla derogada por la Constitución; y que, además, dicha enajenación fue realizada con anterioridad a la única Sentencia invocada en la nota de calificación (...) debe concluirse que la calificación registral ahora debatida excede del ámbito establecido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. A mayor abundamiento, no pueden ser compartidas las objeciones expresadas por el Registrador, y ello por las siguientes consideraciones: ...”.



## 15.2. La realización notarial de las garantías mobiliarias. Aspectos comunes

### 15.2.1. Inicio del procedimiento

El titular de un derecho de garantía mobiliaria que opte por ejercitar la acción de realización por el procedimiento de subasta pública notarial previsto por la LDRG y satisfacer su crédito por esta vía, con cargo el valor del objeto gravado por la garantía, deberá observar necesariamente las formalidades que imponen los artículos 7.3 y 19.4 LDRG, relativos a los derechos de retención y de prenda, respectivamente, para que la enajenación pueda calificarse como válida<sup>850</sup>. Así se desprende de lo dispuesto tanto en el artículo 7.3, 1º LDRG, para el derecho de retención, como en el artículo 19.4, 1º LDRG, para el de prenda, según los cuales a falta de acuerdo para la venta directa, el titular de la garantía puede proceder a la enajenación de la cosa por subasta pública notarial, “de acuerdo con las siguientes reglas”.

La realización prevista en los artículos 7.3 y 19.4 LDRG consiste en promover la enajenación del bien afectado en garantía por subasta notarial, que supone la notoriedad y publicidad suficiente del procedimiento de enajenación. La subasta pública ha de desarrollarse ante un notario hábil, que

---

<sup>850</sup> Ni la LDRG ni el Código civil especifican todos los requisitos a los que ha de ajustarse la subasta -como pueda ser el contenido de los anuncios (cfr. art. 464 LEC), requisitos que han de reunir los licitadores para tomar parte en la subasta (cfr. art. 647 LEC), la forma de presentación de las diferentes posturas (cfr. art. 648 LEC), o el desarrollo del proceso de subasta (cfr. art. 649 LEC). Como consecuencia, tal y como aclara la STS de 21 de noviembre del 2000, FD Tercero, “nos encontramos ante un vacío legal para llenar el cual habrá de acudir a aquellas normas que regulan la celebración de subastas públicas en procesos ejecutivos, judiciales o extrajudiciales, que permitan establecer unos criterios objetivos aplicables al caso”. A juicio de **CANO RICO, JOSÉ RAMÓN**: *Las ventas por orden judicial y en ejecución de garantías. Las ventas en pública subasta por Corredor de Comercio Colegiado*, informe elaborado para el Consejo general de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, febrero 1997, p. 17, la LGP –y, por tanto, la actual LDRG- “solo será aplicable a las prendas civiles, pero, en ningún caso, a las prendas mercantiles cuya regulación es competencia exclusiva de la legislación estatal. Por ello también, el contenido del artículo 12 de la Ley foral citada podría reputarse inconstitucional porque vulnera el artículo 149-1.6º al referirse y regular, aunque sea incidentalmente, la prenda de valores cuando este tipo de prendas, como ya hemos dicho, se califican como mercantiles por la especial ley de circulación mercantil del objeto de prenda”.

asume el control de la legalidad de la enajenación, conforme a las disposiciones contenidas en la LDRG.

El notario puede ser elegido por las partes, de común acuerdo. Aunque la LDRG no lo especifique, en la prenda partes serán siempre las del negocio de garantía, es decir, el titular de la garantía y el propietario del objeto afectado, cuando esta condición y la deudor no concurren en una misma persona<sup>851</sup>. En cambio, en el derecho de retención, donde la voluntad del propietario de la cosa no influye para nada en la constitución de la garantía, e incluso su identidad puede resultar totalmente desconocida para el acreedor, el acuerdo puede alcanzarse también entre éste y su deudor. A falta de pacto en este sentido, será el acreedor quien puede elegir. Si el deudor tiene fijado su domicilio en Cataluña, el acreedor puede elegir entre cualquiera de las notarias que ejerzan sus funciones en la demarcación correspondiente al domicilio del deudor<sup>852</sup>, o, si no hubiera notaría demarcada, entre cualquiera de las de cabecera del distrito notarial correspondiente. De otra forma, esto es, si el deudor no tuviera domicilio conocido en el ámbito territorial catalán, el acreedor habrá de elegir entre cualquiera de las notarias de las de cabecera del distrito notarial donde se encuentre la cosa gravada por la garantía (arts. 7.3, a) y 19.4, a) LDRG)<sup>853</sup>.

---

<sup>851</sup> Por tanto, cuando estas condiciones recaigan sobre sujetos distintos, el deudor no habrá de tomar parte en el acuerdo.

<sup>852</sup> En este punto también, la LDRG se refiere solamente “a la persona deudora”, pero, como en otros casos, el domicilio del propietario habría de ser el referente para designar al notario hábil en defecto de acuerdo, porque, en definitiva, es el propietario quien enajena el objeto que se subasta. No obstante, la LDRG no ofrece base suficiente para mantener esta posición, dado que, a diferencia de lo que ocurre en el número siguiente del mismo artículo respecto de los sujetos que deben ser citados, la LDRG no distingue aquí entre las personas del deudor y del propietario.

<sup>853</sup> Quizás hubiera sido mejor adoptar el criterio del artículo 684.4º LEC, que, prescindiendo del criterio del domicilio del deudor, determina la competencia atendiendo a lo acordado por las partes y, en defecto de acuerdo “en el lugar en que los bienes se hallen, estén almacenados o se entiendan depositados”. Por otra parte, en algunos casos específicos, la subasta se puede desarrollar en lugar distinto de una notaría, como sucede en la prenda de resguardo de depósito de almacenes generales, supuesto en el que la venta de los efectos depositados se hará en el depósito de la compañía, con la intervención de fedatario público, según el artículo 197 C de C.

El procedimiento se inicia a instancia del titular del derecho real (arts. 7.3 y 19.4 LDRG), mediante un requerimiento dirigido al notario competente para que proceda a la venta en pública subasta del bien gravado por la garantía. En el requerimiento se han de expresar las circunstancias determinantes de la certeza y exigibilidad del crédito, y la cantidad exacta objeto de la reclamación en ese momento, con especificación del importe de cada uno de los conceptos, así como la existencia del derecho real de garantía constituido en su seguridad; circunstancias que el acreedor ha de acreditar aportando los documentos oportunos (cfr. art. 236.a. LH). El notario habrá de examinar el requerimiento y los documentos que lo acompañen y, si estima cumplidos todos los requisitos, iniciará el procedimiento de realización solicitado.

Para proceder a la subasta resulta necesario que el bien afectado por la garantía se encuentre en poder del acreedor o del tercero designado, para que en su momento pueda ser aprehendido. En otro caso, el Notario habrá de requerir al poseedor (deudor, propietario (cfr. arts. 6.3 y 18.3 LDRG) o una tercera persona) para que lo entregue al acreedor o a quien se hubiera designado como depositario (cfr. art. 16.1,d) y 16.3 LVP). Si el poseedor no entrega el bien para su enajenación en pública subasta el procedimiento no podrá seguir adelante (cfr. art. 687.3 LEC). Si la garantía recae sobre bienes incorporales, el acreedor ha de presentar la documentación que acredite la titularidad del derecho que ejerce (documento constitutivo, resguardo provisional, certificado de legitimación, etc.).

La subasta ha de ser anunciada al público con un mínimo de cinco días hábiles y un máximo de quince respecto de la fecha de celebración fijada. El anuncio de subasta ha de hacerse en uno de los diarios de mayor circulación de la localidad en la que haya de celebrarse y en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, haciendo constar el lugar, día y la hora de su celebración (arts. 7.3, b) y 19.4, b) LDRG). Además de estas circunstancias legalmente determinadas, en el anuncio se incluirán en forma concisa las condiciones generales de la subasta, especialmente la descripción de los

bienes, su situación jurídica y el tipo de salida de la primera subasta, de manera que permita a los interesados examinar la oferta, decidir la conveniencia de su participación y conseguir la financiación que consideren necesaria. La difusión de la subasta a través de su anuncio y publicación pretende que el conocimiento de la misma llegue al mayor número posible de interesados, de manera que se provoque la máxima concurrencia de postores y, por ello, la obtención de un precio elevado.

A la subasta han de ser citados el deudor y el propietario de la cosa cuya realización se pretende -si esas circunstancias recayeran en personas distintas- en la forma prevista por los artículos 202 y ss. del Reglamento Notarial o, si su localización no fuera posible, por edictos (arts. 7.3, b) y 19.4, b) LDRG). Pero el acreedor no necesita requerir previamente de pago al deudor<sup>854</sup>. Ni el deudor ni el propietario concurren a la subasta como sujetos pasivamente legitimados, como parte opuesta en el curso del procedimiento<sup>855</sup>. Se les cita a los solos efectos de que tengan conocimiento del procedimiento instado y puedan actuar en defensa de sus intereses como estimen conveniente. En su caso, habrá de ser en el ámbito judicial donde se ventilen las causas que se puedan plantear como consecuencia de la oposición judicial que se ejercite (arts. 7.1 y 19.1 LDRG; cfr. art. 695 LEC), oposición que una vez notificada al notario impide proceder a la subasta o continuar con ella (cfr. art. 696.2. LEC)<sup>856</sup>.

---

<sup>854</sup> Lo que no obsta para que, a solicitud del acreedor, el notario requiera de pago al deudor, haciendo constar que de no realizar el pago se procederá a la subasta sin necesidad de previa notificación (cfr. arts. 87.3<sup>a</sup> y 94.1<sup>o</sup> LHM).

<sup>855</sup> Porque, en realidad, la realización del valor es, tal y como ha quedado dicho, el ejercicio de un derecho privado que faculta a su titular para proceder a la enajenación en la forma previamente acordada por las partes -en la prenda- o permitida por la Ley -en la retención. Con la misma idea **GUILARTE ZAPATERO**: *Comentarios...*, p. 557.

<sup>856</sup> **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 385, considera que “Por lo que respecta a los valores negociables, la existencia de una oposición judicial de carácter suspensivo es, en nuestra opinión, claramente negativa, porque, dada la lentitud de la justicia, esto puede significar un retraso considerable en la agilidad del procedimiento de ejecución”. Sin embargo, hay que tener en cuenta que cuando se trate de valores cotizables en mercados secundarios oficiales, su enajenación seguirá, en la mayoría de casos, el procedimiento previsto en el artículo 322 C de C, que permite la enajenación de los valores con independencia de las excepciones que puedan oponer deudor o propietario (cfr. arts. 7.4, 19.6 y 20 LDRG).

La LDRG requiere que, además del deudor, se cite al propietario del bien que se subasta (arts. 7.3, b) y 19.4, b) LDRG). En este punto, y respecto del derecho de prenda, la LDRG atiende al supuesto más común de que las cualidades de propietario y pignorante recaigan en una misma persona. Pero puede también suceder que ambas cualidades recaigan en sujetos diferentes, bien porque el propietario haya legitimado a otra persona para que empeñe una cosa propiedad del aquél en beneficio de un tercero, bien porque la cosa ya afectada en garantía haya sido transmitida a un tercero. En el primero de estos supuestos considero que, aunque la LDRG no lo prevea, debería citarse también al pignorante, además de al deudor y al propietario, en virtud de la legitimación que le fue otorgada, para evitar la indefensión y porque este sujeto ha sido parte en el negocio de la prenda. En el segundo caso, quien fue inicialmente el pignorante no habrá de ser citado, excepto que fuera el deudor personal de la obligación garantizada, ya que transmitió con el objeto la única responsabilidad que afectaba a su patrimonio; en cambio, el adquirente habrá de ser citado, con independencia de que se hubiera subrogado o no en el pago garantizado de la deuda.

Los sujetos citados tienen la posibilidad de comparecer y de oponerse a la realización. La LDRG no establece ningún plazo dentro del cual sea posible ejercitar esta oposición judicial –distinta de la oposición prevista en arts. 4.1, 7.1 y 19.1 LDRG - a la realización del valor (cfr. art. 695 LEC<sup>857</sup>). Este silencio legal permite entender que el deudor o el propietario -incluso, el propietario no pignorante que hubiera iniciado un procedimiento de reivindicación- podrán oponer las excepciones reales o personales que consideren oportunas en tanto no se haya producido el remate o la adjudicación de la cosa<sup>858</sup>.

---

<sup>857</sup> El artículo 695 LEC, que prevé las causas y los efectos de la “oposición a la ejecución”, no establece ningún plazo especial y, en su número 2, se limita a disponer que “Formulada la oposición a que se refiere el apartado anterior, se suspenderá la ejecución”.

<sup>858</sup> Así lo entiende **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 385. En cambio, **MIRALLES GONZÁLEZ**: “Realización...”, p. 53, considera que podrá formularse oposición en cualquier momento antes de proceder a la subasta, porque a este momento se refería el artículo 236 RH. Sin embargo, entiendo que ese artículo, igual que el artículo 88 LHM, al decir que el procedimiento se suspenderá “con anterioridad a la subasta” no se está

## 15.2.2. La participación en la subasta

### 15.2.2.1. Facultades del titular de la garantía

En las subastas puede participar quien tenga interés en hacerlo, incluso el mismo acreedor. La participación del acreedor en las subastas, como licitador, es posible siempre y cuando se respeten las normas de procedimiento que la LDRG establece. La LDRG no prohíbe que el acreedor participe en la subasta como un licitador más. La LDRG no pretende excluir al acreedor de la subasta, sino que ésta se desenvuelva con garantías suficientes para los intereses de las partes. Observando todos los trámites y requisitos legalmente establecidos, es indiferente que el precio obtenido en subasta provenga de un tercero o del mismo acreedor. Así pues, el acreedor puede participar en las subastas y adquirir el bien gravado por la garantía, igual que puede hacerlo cualquier tercero (cfr. arts. 647.2 LEC y 236.h. 1. RH). No obstante, sería conveniente atender a lo que dispone el artículo 647.2 LEC, para la ejecución judicial de los bienes pignorados, según el cual “El ejecutante sólo podrá tomar parte en la subasta cuando existan licitadores, pudiendo mejorar las posturas que se hicieren, sin necesidad de consignar cantidad alguna”. Este precepto pretende evitar que el ejecutante participe y puje en la subasta, a pesar de la falta de concurrencia de licitadores, con la finalidad de adquirir el bien a un precio inferior al que correspondería en caso de adjudicación<sup>859</sup>. En caso de que el acreedor adquiera el bien por subasta se tratará de una adquisición por compraventa, resultado de su mejor oferta en la subasta, y se aplicarán las reglas de la compensación entre las cantidades correspondientes al pago del

---

refiriendo al inicio de la licitación, sino que dando a la parte el nombre del todo, se refiere al momento anterior en que la subasta culmine con el remate o la adjudicación.

<sup>859</sup> La idea en **LÓPEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ**: *Ley de Enjuiciamiento ...*, p. 749, quien resalta que el artículo 647.2 LEC se incluyó en el Proyecto de Ley a los efectos de evitar “la práctica consistente en que el ejecutante puje en la subasta cuando no hay licitadores y consiga, de esta manera, burlar el límite cuantitativo que se le impone para la adjudicación de los bienes en caso de quedar la subasta desierta”.

precio de la cosa y al cobro del crédito asegurado (arts. 1195 y ss. CC), deducidos los gastos generados por el procedimiento.

Con independencia de su participación como licitador en las subastas, el acreedor puede hacer suya la cosa cuando por falta de postores no haya sido posible su enajenación en ninguna de las celebradas. En este caso se trata de una adjudicación en pago, que obliga al acreedor a otorgar carta de pago por la totalidad de su crédito y hacerse cargo de los gastos originados por el procedimiento (arts. 7.3, f) y 19.4, c) LDRG)<sup>860</sup>. En ningún otro caso (a excepción del previsto por los artículo 19.5 LDRG) el acreedor puede apropiarse o disponer del objeto gravado, porque la LDRG lo prohíbe, cualquiera que sea el pacto existente entre las partes en el negocio de prenda (cfr. art. 1859 CC)<sup>861</sup>. La prohibición no es derogable por la voluntad de las partes. En este punto la LDRG se expresa de forma imperativa al emplear el término “sólo” para disponer que únicamente cuando las subastas se hubieran celebrado sin éxito, el acreedor puede apropiarse de la cosa subastada, en los términos legalmente establecidos. En su consecuencia, es nulo cualquier pacto entre las partes que conduzca este procedimiento a otro resultado que no sea la venta de la cosa en pública subasta o que impida cualquiera de los efectos

---

<sup>860</sup> En este punto el artículo 7.3, f) LDRG se refiere literalmente a la persona retenedora, y, aún cuando realmente es al acreedor a quien corresponde la facultad de retener, hubiera sido más claro referirse directamente a éste, como se hace en sede de prenda. Es obvio que el tercero poseedor no puede hacer suya la cosa a no ser participando como licitador en la subasta.

<sup>861</sup> La LDRG no contiene un precepto como el artículo 1859 CC, según el cual “El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas”. Pero la prohibición está implícita en la propia naturaleza del negocio de garantía y explícitamente formulada en la LDRG, que emplea el adverbio “solo” para referirse a ella. Esta idea en **GUILARTE ZAPATERO: Comentarios...**, p. 456, para quien el artículo 1859 CC “es complemento del anterior y contribuye, en principio, a delimitar el alcance del derecho del titular de la garantía, en un sentido negativo, al excluir del contenido de ésta la posibilidad de apropiación o disposición por el acreedor de las cosas gravadas. El derecho de éste aparece integrado por diversas facultades, acordes con la esencia real de la garantía y con la función que debe desplegar. No resultando necesarias para tal finalidad ni la facultad de apropiarse de la cosa ni la de disponer de ella, la negación de las mismas al acreedor no es sino una consecuencia lógica de la naturaleza de la prenda y de la hipoteca (...) De ahí que, en realidad, en su redacción actual el artículo, en su apreciación directa y literal, es probablemente innecesario”.

esenciales del mismo; ineficacia del pacto que no se extiende a la garantía, que continúa desempeñando su función en los términos legalmente previstos<sup>862</sup>.

La facultad de adjudicación que la LDRG concede al titular del derecho real de garantía está prevista tanto para la prenda (art. 19.4, c) como para el derecho de retención (art. 7.3, f). En la prenda, lo habitual será que las partes hayan procurado la correspondencia entre el valor del crédito garantizado y el valor del objeto dado en garantía, por lo que el acreedor que pretenda la adjudicación habrá de satisfacer para ello un valor previsible. Pero en el derecho de retención esa correspondencia no tiene por qué existir, es más, probablemente no existirá, con lo que si la deuda es de poco valor con relación al bien que la garantiza, y dado que, a falta de acuerdo, el tipo de salida de la subasta se establece con relación al importe de la deuda asegurada, el acreedor podrá hacer suyo el bien por una cantidad que podría calificarse de ridícula, lo que, evidentemente, no será justo. No obstante, el propietario del bien puede evitar este efecto perjudicial ejercitando la facultad de sustitución que la LDRG pone a su alcance (art. 11), siempre que le sea posible y disponga de bienes para ello.

---

<sup>862</sup> En términos generales, la prohibición del pacto comisorio pretende impedir que se originen situaciones de abuso, en las que el acreedor pueda aprovecharse de las circunstancias adversas de su deudor apropiándose de la prenda por un precio inferior a su verdadero valor. Esta posibilidad, y la consecuente necesidad de evitarla, ha sido desde siempre detectada. Así, en **SCAEVOLA: Código...**, p. 286: "resultaba extremadamente peligroso para el deudor, que por la posibilidad de envolver una usura está prohibido por el derecho moderno, pues el *debitor*, forzado por una apremiante situación, podía dar en prenda cosas infinitamente superiores en valor al montante económico de la obligación". En este sentido **MANRESA Y NAVARRO: Comentarios...**, p. 595; **VALVERDE Y VALVERDE: Tratado...**, p. 537; **PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: Derechos...**, p. 53, cita 18; **ALBALADEJO: Derecho**, t. III..., v. 2<sup>o</sup>, p. 246; **GUILARTE ZAPATERO: Comentarios...**, p. 459; **DÍEZ-PICAZO – GULLÓN: Sistema...**, v. III, p. 501; **CARRASCO PERERA: Tratado...**, p. 846. Sin embargo, también se entiende, como en **SCAEVOLA: obra cit.**, p. 310, que "cuando el artículo 1.872 del Código civil autoriza la adjudicación de la prenda al acreedor (quien dará total y acabada carta de pago, después de dos subastas), no hace otra cosa que reconocer en dicho caso concreto la inexistencia de peligro para el patrimonio del deudor, porque si la cosa ha salido a la pública licitación por dos veces consecutivas y no ha habido postor, es por razón de su escaso valor, y ya los hechos demuestran que en estas hipótesis se guardó por los contratantes el principio de conmutatividad, y lógicamente, en la adjudicación, no hay enriquecimiento torticero".



### **15.2.2.2. Restricciones subjetivas a la libre transmisibilidad del objeto afectado por la garantía. En concreto, las acciones nominativas y las participaciones sociales**

Como norma general, tal y como se ha dicho, en las subastas puede participar quien tenga interés en hacerlo. Sin embargo, es posible que la transmisión del objeto afectado por la garantía no pueda hacerse en favor de cualquier persona o en cualquier circunstancia. Así es cuando existen restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones nominativas (art. 63 LSA)<sup>863</sup> o de las participaciones sociales (arts. 29 y ss. LSRL); restricciones a las que habrán de ajustarse las respectivas enajenaciones, voluntarias o forzosas, para que puedan producir efecto frente a la sociedad (arts. 63 LSA y 34 LSRL, cfr. art. 635.2 LEC). Estas restricciones, que serán nulas si hacen prácticamente imposible la transmisión (art. 63.2 LSA), han de constar expresamente impuestas en los estatutos sociales, con lo que el acreedor podrá conocer la existencia de cláusulas limitativas de la transmisión con anterioridad a la constitución del derecho de garantía<sup>864</sup>.

---

<sup>863</sup> Tal y como advierte **MADRID PARRA, AGUSTÍN**: “Representación y transmisión de acciones. Cláusulas limitativas”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1992, pp. 147 a 242, p. 234, aunque, en principio, las restricciones estatutarias a la transmisibilidad pueden recaer tanto sobre acciones nominativas representadas mediante títulos como sobre acciones representadas mediante anotaciones en cuenta (art. 60.2 en relación art. 52 LSA), esta segunda posibilidad encuentra una gran limitación cualitativa en lo establecido por la Disposición Adicional Primera, 4. del RD 291/1992, según la cual “Los valores que vayan a ser objeto de admisión a negociación en un mercado secundario no podrán estar sujetos a ningún tipo de restricción a su libre transmisibilidad”. Como consecuencia, las restricciones sólo podrán limitar la libre transmisión de las acciones representadas por anotaciones en cuenta que no coticen en Bolsa.

<sup>864</sup> **MADRID PARRA**: “Representación...”, p. 227: “Las restricciones a la libre transmisión de las acciones de naturaleza convencional pueden venir o no recogidas en los estatutos. En este segundo caso se trata de acuerdos particulares de accionistas que se obligan a respetar determinadas restricciones en la circulación de las acciones, pero que no vinculan ni obligan a la sociedad. La LSA sólo se ocupa de regular las limitaciones que caen dentro del ámbito corporativo o societario, es decir, que se insertan en los estatutos, vinculan a la sociedad y, al estar inscritos en el Registro Mercantil, son oponibles a terceros”. **MEJÍAS GÓMEZ**: “Prenda...”, p. 610: “siendo normalmente las garantías objeto de intervención por Fedatario Público, las indicadas cláusulas serán conocidas por el acreedor pignoraticio a través del asesoramiento que el Fedatario preste sobre su contenido, así como en relación con las circunstancias que pueda revestir la transmisión en el supuesto de ejecución de la prenda”. Por otra parte, la previsión estatutaria de limitaciones a la transmisibilidad no limita la constitución de gravámenes que puedan comportar la enajenación; es decir, no implica que el socio no pueda constituir un

En previsión de estos supuestos la LDRG introduce un nuevo precepto, el número 3 de su artículo 19, según el cual: “En los casos de pignoración de participaciones sociales o acciones nominativas, el Notario o Notaria de oficio debe notificar a la sociedad el inicio del proceso”. Ésta es una más de las previsiones que la LDRG hace sólo respecto de la garantía pignoraticia. Sin embargo, aquí también se ha de advertir que el artículo 19.3 LDRG resulta analógicamente aplicable al derecho de retención cuando este se ejercite sobre participaciones o sobre acciones nominativas. Por su finalidad, el art. 19.3 LDRG resulta aplicable siempre que la garantía grave participaciones sociales o acciones nominativas, con independencia de que la enajenación se realice por venta directa o por subasta pública notarial.

En principio, por lo que a las acciones se refiere, la competencia para conceder o denegar la autorización a la transmisión corresponde a los administradores de la sociedad (art. 63.3, 2º LSA), que habrán de contestar en el plazo de dos meses a contar desde que el socio presentó la solicitud. Si en este plazo la sociedad no contesta se considerará que la autorización ha sido concedida (art. 63.3, 3º LSA). Esta previsión tiene su utilidad cuando la transmisión de las acciones obedece al deseo de su titular, que voluntariamente la pretende, y que, para ello, solicita la autorización correspondiente; pero puede encontrar serios obstáculos cuando se trate de la realización forzosa de un gravamen sobre las mismas.

La LSA no prevé ningún procedimiento extrajudicial de realización de las acciones gravadas por garantía mobiliaria. No obstante, el artículo 64.2 LSA, que prevé el supuesto en que la transmisión de las acciones nominativas tenga lugar como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución, considera aplicable a estos casos el régimen previsto en su número anterior para las restricciones estatutarias a la transmisibilidad por causa de

---

derecho real sobre sus acciones en garantía de un crédito a cuyo titular, según los estatutos, no se le podrían transmitir.

muerte. La doctrina mercantilista considera que el régimen establecido por el artículo 64.1 LSA resulta analógicamente aplicable a los supuestos de transmisión de acciones nominativas como consecuencia de un procedimiento notarial de realización<sup>865</sup>.

Según el artículo 64.1, 1º LSA, cuando existan limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones nominativas, una vez adjudicadas éstas, la sociedad puede rechazar la inscripción de la transmisión en el libro registro correspondiente, rechazando por tanto al adjudicatario como socio. Pero, para ello, es preciso que la sociedad presente un adquirente alternativo de las acciones, o que se ofrezca a adquirirlas ella misma por el valor que razonablemente les correspondiera al momento de solicitar la inscripción de la transmisión, siempre que concurren los requisitos y se respeten los límites establecidos por el artículo 75 LSA. El valor razonable de las acciones enajenadas que haya de abonar el tercero que presente la sociedad o esta misma será “el que determine un auditor de cuentas, distinto al auditor de la sociedad, que, a solicitud de cualquier interesado nombren a tal efecto los

---

<sup>865</sup> Así, **YANES YANES, PEDRO**: “Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones: supuestos especiales”, en **AAVV: Derecho de Sociedades Anónimas**, t. II, “Capital y acciones”, v. 2, estudios coordinados por **ALONSO UREBA, ALBERTO - DUQUE DOMÍNGUEZ, JUSTINO - ESTEBAN VELASCO, GAUDENCIO - GARCÍA VILLAVERDE, RAFAEL - SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO**, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1994, pp. 1151 a 1197, considera que los distintos procedimientos extrajudiciales de realización de la garantía pignoraticia, “aun cuando sean procedimientos de ejecución de valores, no son ni judiciales ni administrativos y, como tales, tampoco aptos para encajar en el supuesto de hecho literal del artículo 64.2. Sin embargo, es innegable que entre estos casos de ejecución no judicial ni administrativa de valores –a los que cabría incluso asimilar el del artículo 45 LSA- y aquellos otros explícitamente señalados en el citado precepto hay – aparte de la semejanza procedimental entre la disciplina de los artículos 322 Cco. y 1.872 CC de un lado y 1.482 LEC y 121 RGR de otro- una identidad de razón que nos inclina a pensar en la corrección de una interpretación teleológica que ensanche el supuesto de hecho (ahora, interpretativo) del precepto y procure que los adquirentes de acciones vinculadas por estas «enajenaciones forzosas» puedan también acogerse a la misma tutela”. **MEJÍAS GÓMEZ**: “Prenda...”, p. 610, considera que, de no entenderlo así, dado que el artículo 64 LSA no atiende al supuesto de realización extrajudicial, no serían aplicables las normas que limitan la transmisión de las acciones cuando la enajenación tuvieran lugar por causa de una ejecución pignoraticia, resultando entonces libremente transmisibles. Advierte, por tanto, que la negativa a la aplicación analógica conduciría a la “virtual formalización de pignoraciones aparentes con objeto de salvar las limitaciones a la entrada de personas que no serían aceptadas por los socios, o la sociedad, en otro caso, ante una situación de transmisión pura de acciones, planteada en la forma prevista en los estatutos”. La misma idea en **SÁNCHEZ GONZÁLEZ**: “Transmisión...”, p. 741.

administradores de la sociedad” (art. 64.1, 2º LSA)<sup>866</sup>. El adquirente definitivo de las acciones nominativas habrá de abonar el valor determinado más los gastos originados por el procedimiento de realización.

Respecto de las participaciones sociales, el artículo 37 LSRL, que admite la prenda con carácter general, remite el supuesto de realización de la garantía a las reglas que el artículo 31 LSRL prevé para la transmisión forzosa<sup>867</sup>. Por tanto, y según el artículo 31 LSRL, en la realización notarial del valor de la garantía sobre participaciones sociales el procedimiento se suspenderá en el momento anterior a la adjudicación. El notario encargado del procedimiento deberá entonces remitir a la sociedad el testimonio literal del acta de subasta o del acuerdo de adjudicación y, en su caso, de la adjudicación solicita por el acreedor. La sociedad trasladará copia del testimonio a todos los socios en el plazo máximo de cinco días a contar desde la recepción del documento (art. 31.1 LSRL). Una vez los socios reciban copia del testimonio, disponen de un mes para subrogarse en lugar del rematante o, en su caso, del acreedor. La subrogación se hará mediante la aceptación expresa de todas las condiciones de la subasta y la consignación íntegra del importe del remate o, en su caso, de la adjudicación del acreedor, y de todos los gastos causados por el procedimiento. Cuando fueran varios los socios que ejerciten la subrogación, las participaciones subastadas han de repartirse entre todos ellos, de forma proporcional a sus respectivas partes sociales. Cuando ninguno de los socios ejercite su derecho de subrogación podrá hacerlo la sociedad, durante el mismo periodo de tiempo y en las mismas condiciones, si los estatutos sociales establecen el derecho de adquisición preferente en su favor. Transcurrido el plazo establecido sin que los socios o la sociedad ejerciten su

---

<sup>866</sup> El artículo 64.1 LSA ha sido reformado recientemente por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. Con anterioridad a esta reforma, la LSA no se refería al valor razonable, sino al valor real de las acciones, el cual había de ser determinado por el auditor de cuentas de la sociedad, si ésta estuviera obligada a la verificación de las cuentas anuales, o por el auditor que, a solicitud de cualquiera de los interesados, designara el Registrador mercantil correspondiente al domicilio de la sociedad en cuestión.

<sup>867</sup> Al respecto, **PRENDES CARRIL, PEDRO**: *La sociedad...*, pp. 264 y ss.

derecho de subrogación, se levantará la suspensión de la subasta y el remate o la adjudicación al acreedor será firme (art. 31.3 LSRL).

### **15.2.3. Fin del proceso de realización notarial**

En virtud de los artículos 9 y 19.9 LDRG, cuando cualquiera de las subastas se desenvuelva con éxito, el precio del remate conseguido se destinará, en primer lugar, al pago de los gastos originados por los distintos trámites procedimentales seguidos (cfr. art. 236.k.1 y 3 RH), incluido el pago de los honorarios derivados de la actuación del notario, y, después, a la satisfacción del crédito para cuyo pago se hubiera instado la realización (cfr. art. 654.1 LEC). En ningún caso, lo entregado al acreedor por cada uno de los conceptos adeudados (capital, más intereses, más gastos de conservación) puede exceder del límite de la cobertura del derecho real, si se hubiera fijado. Si el precio obtenido en subasta excediera de lo abonado por los anteriores conceptos, el remanente habrá de entregarse al propietario, excepto que fuera reclamado por cualquier otro de sus acreedores con derecho suficiente, en cuyo caso deberá constituirse en depósito quedando afecto al resultado de dichos créditos (arts.7.3, e) y 19.4, d) LDRG; cfr. arts. 84.9<sup>a</sup> y 92.5<sup>a</sup>, 3<sup>a</sup> LHM, 236.k.2 RH y 654 y 692 LEC). Por el contrario, si el valor obtenido en subasta fuera inferior al importe total de la suma garantizada y los gastos del procedimiento, el crédito no se extinguirá y subsistirá en la parte insatisfecha. Para intentar cobrar este resto, el titular del derecho de crédito podrá ejercitar la acción que le asiste en su condición de acreedor personal y que le permite dirigirse contra el patrimonio del deudor, pero sin la preferencia inherente al derecho real, que se ha extinguido.

Si antes del remate y adjudicación se paga el crédito garantizado más los gastos de procedimiento que hasta el momento se hubieran devengado, el notario dará por terminadas las actuaciones, y la posesión de la cosa se devolverá a su propietario. Igualmente, el acreedor que hubiera instado la realización del valor puede desistir del procedimiento ya iniciado, si lo cree

conveniente, abonando los gastos que hasta el momento se hubieran originado.

Si a las subastas no se presenta ningún postor o se celebran pero acaban sin éxito, y el acreedor no hace uso de la facultad de adjudicación, el notario dará por terminada la realización, que concluye sin éxito. En cualquier caso, finalizada sin éxito la realización, el derecho real de garantía no se extingue, sino que subsiste y continúa desempeñando su función, por lo que su titular mantiene la facultad de continuar reteniendo la cosa en su poder hasta el cobro completo de su crédito (arts. 2.1, a); 6.1 y 18.1 LDRG). Los gastos de procedimiento generados corren a cargo del deudor, aunque si éste no los abona deberá hacerlo el acreedor que quiera recuperar la cosa, quien podrá sumarlos a la deuda, extendiéndose a ellos la garantía<sup>868</sup>.

Nada dice la LDRG ni el Código Civil acerca de la posibilidad de celebrar terceras o sucesivas –más de dos subastas (cfr. arts. 7.3, c) y d); y 19.4, c) LDRG-, cuando las anteriores concluyan sin éxito. Al respecto la opinión de la doctrina se muestra contraria<sup>869</sup>. No obstante no encuentro impedimento para que el acreedor, antes de que prescriba su derecho real, pueda instar de nuevo la realización de la cosa por el procedimiento de subasta pública notarial, pero siendo de su cuenta en este caso los gastos nuevamente originados<sup>870</sup>. En caso de admitirse la posibilidad, el nuevo procedimiento habrá de ajustarse igualmente a los trámites y requisitos legalmente impuestos (cfr. arts. 7.1, 1º y 19.1, 1º LDRG). Concretamente, el tipo de salida de la subasta será el fijado por los artículos 7.3, c) y 19.4, c) LDRG, teniendo en cuenta que la deuda se

---

<sup>868</sup> Excepto que el rematante no entregara en plazo el precio comprometido, en cuyo caso pierde la cantidad que hubiera depositado para participar en la puja, que se aplicará, en lo que alcance, al pago de las costas y al pago del crédito asegurado (cfr. arts. 652 y 653 LEC y 236.j.4. RH).

<sup>869</sup> **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 563; **SERRANO ALONSO:** *Comentario...*, p. 1892.

<sup>870</sup> El acreedor habrá adelantado los gastos del primer procedimiento, que incluirá en el importe total del crédito que intenta hacer efectivo con este nuevo procedimiento; pero resultaría excesivo que el deudor haya de soportar también los gastos de este nuevo procedimiento. El acreedor conserva siempre la posibilidad de enajenar la cosa por la vía judicial o, si lo prefiere, continuar reteniéndola.

habrá incrementado por los gastos originados en el procedimiento anterior, que en principio habrá de sufragar el acreedor, a los que se extiende la garantía<sup>871</sup>.

### **15.3. Especialidades de la realización notarial de la prenda**

Para la realización notarial de la prenda la LDRG prevé la celebración de hasta dos subastas, que pueden tener lugar una inmediatamente a continuación de la otra, cuando la primera concluya sin éxito, y que habrán de celebrarse en el día y en la hora señalados, ante el notario previamente designado. Ambas subastas han de ajustarse al tipo que marca la LDRG en su artículo 19.4, c). En la primera subasta no se admitirán posturas inferiores al importe de la deuda garantizada por la prenda, más un 20 por 100 en concepto de los gastos originados por el procedimiento. La segunda subasta tiene señalado como tipo mínimo el 75 por 100 del que resulte en la primera<sup>872</sup>. Así pues, cuando se proceda a la segunda subasta, la provisión de fondos destinada al pago de los gastos de procedimiento se cifrará en el 75 por 100 de ese 20 por 100 inicialmente determinado.

Esta forma de determinar el tipo de las subastas tiene la ventaja de que evita la necesidad de entrar en trámite previo de la tasación de la cosa empeñada, pero presenta algún otro inconveniente. Al establecer el tipo de salida en directa dependencia con el importe del crédito garantizado, la LDRG parece pensar en que la totalidad de ese crédito se encuentre todavía insatisfecho al momento de realizar la garantía. Sin embargo, es posible que el crédito se encuentre parcialmente satisfecho. En este caso, el tipo de las subastas habrá de concretarse con relación al importe de la parte de crédito que todavía quede pendiente de pago. Pero, también en este caso, en la

---

<sup>871</sup> El artículo 19.4, c) LDRG fija el tipo mínimo de salida de la primera subasta en la cantidad que resulte de sumar el importe de la deuda garantizada más un 20 por 100 por los gastos que origine el procedimiento. Como más adelante se dirá, resulta preferible la fórmula establecida para la subasta en sede de derecho de retención, donde el artículo 7.3, c) se refiere simplemente a “los gastos previstos por la enajenación y la entrega”, prescindiendo de los porcentajes.

<sup>872</sup> Por lo que resultará preferible dejar pasar la primera subasta y asistir a la segunda, en la que inicialmente el objeto se ofrece un 25 por 100 más barato.

práctica difícilmente coincidirá el importe del crédito con el valor del objeto empeñado, que seguramente se corresponderá con la totalidad del crédito inicial y, por tanto, será mayor al de la parte de crédito que quede por satisfacer.

Por otra parte, establecer el importe por gastos de procedimiento mediante un porcentaje del importe de lo adeudado tampoco parece lo más útil ni oportuno. Este criterio de proporcionalidad hará que, en la práctica, los gastos de procedimiento reales no coincidan, por exceso o por defecto, con el 20 por 100 previsto. Si el crédito es de importe elevado, los gastos reales de procedimiento serán inferiores, y si el crédito es de baja cuantía, su proporción para gastos será claramente inferior a los que verdaderamente se devenguen, por lo que ese 20 por 100 no llegará a cubrirlos. Cuando el 20 por 100 deducido resulte superior al importe real de los gastos de procedimiento devengados, la diferencia habrá de ser devuelta al adjudicatario. Igualmente habrá de ser el adjudicatario quien se haga cargo de la diferencia cuando finalmente los gastos de la subasta resulten superiores a los previstos. Cuando las subastas se declaren desiertas, serán de cuenta del acreedor los gastos originados por el procedimiento, que podrán añadirse a los asegurados por la prenda.

#### **15.4. Especialidades de la realización notarial del derecho de retención**

##### **15.4.1. La supresión del requisito de “la valoración del bien, de mutuo acuerdo entre acreedor y propietario” (art. 6.2 LGP)**

Según el dictado de la derogada LGP, la eficacia del derecho real de retención se incrementa cualitativamente por la facultad de realización de valor del bien retenido que se otorga al titular de la garantía, al objeto de “obviar las dificultades y la lentitud que una reclamación judicial hubiera provocado” (Preámbulo II, 4º LGP). Sin embargo, alguna de las disposiciones que LGP preveía no hacía sino dificultar notablemente la realización extrajudicial de la



garantía, condicionándola a requisitos de difícil cumplimiento, al menos en los términos de rigidez en los que parecía expresarse.

Concretamente, según el artículo 6.2 LGP, para proceder a la realización notarial del derecho real de retención era preciso que el valor del bien o bienes retenidos hubiera sido determinado de mutuo acuerdo entre el retenedor y el propietario<sup>873</sup>. La determinación paccionada del valor del bien retenido resultaba ser un requisito de difícil cumplimiento, que, probablemente, hubiera imposibilitado la efectividad de la realización en la mayoría de los casos<sup>874</sup>. En principio la medida resultaba acertada, sobre todo teniendo en cuenta el carácter unilateral de la constitución del derecho<sup>875</sup>. Parecía prudente, para

---

<sup>873</sup> La LGP no exigía que la determinación conjunta del valor del bien se realizara en un momento inmediatamente anterior a la realización de la garantía, después de constituida ésta. El acuerdo podía existir desde el inicio de las relaciones entre acreedor y propietario, incluso antes de constituido derecho de retención, siquiera tácitamente, en cuyo caso no resultaba necesaria su posterior repetición para proceder a la subasta. En su caso, para la determinación final del valor del bien en subasta habrían de jugar las cláusulas de estabilización que las partes hubieran pactado o se hubieran impuesto en las condiciones generales.

<sup>874</sup> Aspecto negativo que fue observado por la mayoría de los autores que analizaron el tema. En este sentido **PUIG I FERRIOL - ROCA I TRIAS**: *Institucions...*, v. I, p. 429; **SOLÉ RESINA**: "La ejecución...", p. 3; **POZO CARRASCOSA**: "Els drets...", p. 227. **FELIÚ REY**: "Garantías...", p. 16, consideró, además, que "si para la ejecución del art. 6º es requisito el consentimiento del propietario (consentimiento tácito insito en el común acuerdo respecto del valor del bien), el Código Civil presenta una forma más sencilla de cumplimiento, distinta del pago, (dejando al margen todo tipo de consideraciones basadas en el amplio juego que permite la autonomía de la voluntad), cual es la cesión de bienes (art. 1175 CC), supuesto que se rige por la voluntad de las partes, sin hallarse constreñida por la normativa a que remite el art. 1175)". La misma observación en **MIRALLES GONZÁLEZ**: "Ley...", p. 715 y cita (14), según quien la exigencia de acuerdo "que implícitamente sugiere una coincidencia en cuanto al destino final del bien, permitir la ejecución, se asemeja demasiado a un pago (por tercero, en los casos en que el propietario no es deudor) por cesión de bienes". **CAMPO VILLEGAS**: "En torno...", p. 122, opina que la necesidad de pacto conduce, en definitiva, a "la misma situación que para el Derecho común; lo que evidencia la inutilidad del esfuerzo legislativo en este extremo". Sin embargo, la situación, aun con la falta de acuerdo, ya no es la misma. El retenedor dispone de nuevos mecanismos de protección de su derecho (art. 2.1, b) LDRG) y de nuevas acciones de defensa (art. 6.1 LDRG) que suponen una mayor seguridad de cobro que la que representa la regulación de la retención en el derecho estatal. Pero, además, el esfuerzo legislativo no es baldío: se abre una vía, como decía el Preámbulo LGP, suficientemente flexible, a través de la cual es de esperar que la misma práctica y las decisiones judiciales que por su causa se viertan moldeen la figura adaptándola a las finalidades para las que ha sido establecida, procurando la agilidad y la seguridad del crédito que con ella se persigue.

<sup>875</sup> Del mismo parecer **PUIG I FERRIOL - ROCA I TRIAS**: *Institucions*, v. I..., p. 429; **ABRIL CAMPOY**: "El derecho...", p. 1921, quien, además, consideró que la posibilidad de

evitar posibles abusos, que la determinación del valor del bien retenido no se dejara también al arbitrio del acreedor, sino que en la misma participara el propietario, quien, además, probablemente preferiría negociar y alcanzar una valoración razonable antes que exponerse al resultado de una mala venta judicial, si el acreedor decidía acudir a esta vía ante la imposibilidad de proceder por la propia del derecho de retención<sup>876</sup>. La participación del propietario se requería, así, no para proceder a la realización de la cosa retenida, sino para establecer el valor de la misma<sup>877</sup>. Una vez establecido este valor, el retenedor podía iniciar el procedimiento de realización sin necesidad de que concurriera el consentimiento del propietario<sup>878</sup>.

Pero, en definitiva, lo que ocurría era que el retenedor no podía iniciar el procedimiento de realización si el valor del objeto afectado por la garantía no había sido previamente acordado, lo que configuraba a la existencia de un valor determinado como requisito para proceder a la realización y venta del bien retenido. Y dado que la retención se caracteriza por el carácter de oposición o de negativa a la devolución requerida, lo más probable era que la

---

oposición judicial era un mecanismo que la LGP arbitraba como consecuencia de la constitución del derecho por voluntad unilateral del acreedor; sin embargo, la posibilidad de formular oposición judicial también se encontraba prevista por la misma LGP para la prenda, de constitución generalmente contractual y, por tanto, convenida.

<sup>876</sup> Para **FELÍU REY**: "Garantías..." p. 16, "la redacción legal contempla la defensa de la parte económicamente más débil en el caso de los contratos de «adhesión» y condiciones generales".

<sup>877</sup> Por tanto, no era exactamente como lo consideró **FELÍU REY**: "Garantías...", pp. 16 y 17, para quien esta necesidad "pone de relieve el carácter consensual o paccionado de la ejecución, y no el carácter forzoso del mismo". Desde esta perspectiva, el autor considera que la regulación catalana del derecho de retención contempla "un procedimiento solutorio nada novedoso y que no deriva de la existencia de la retención, sino de la voluntad de las partes (...). El carácter paccionado de esta «ejecución» establece un abismo con la prenda, derecho que por definición supone la existencia de un auténtico *ius distrahendi*".

<sup>878</sup> La determinación acordada del valor del bien sólo resultaba necesaria cuando la realización del valor del objeto retenido hubiera de hacerse por el procedimiento de subasta ante notario previsto en los apartados 3 a 6 del artículo 6 LGP. Concretamente, no resultaba necesario que las partes procedieran de mutuo acuerdo a la valoración del bien cuando se tratase de valores sometidos a cotización oficial, cuya enajenación ha de ajustarse al procedimiento especialmente establecido por la legislación aplicable a la materia, y cuya venta debe hacerse al precio determinado por los mercados oficiales (arts. 320 y ss. C de C. y art. 269 del Reglamento de las Bolsas de Comercio, de 30 de junio de 1967, de acuerdo con la redacción que le da el RD 1498/1977, de 2 de junio).

actitud al respecto adoptada por el propietario del bien retenido fuera la negativa a participar en la valoración, o hacerlo de tal manera que su proposición resultara del todo inaceptable, imposibilitando así que se iniciara un proceso de realización, sobre todo cuando él y el deudor no fueran la misma persona. No existiendo acuerdo el valor no podía fijarse, y si no existía un valor determinado no era posible proceder a la enajenación del bien por subasta notarial. En estos casos, el retenedor, no obstante mantener su retención, había de acudir a la vía judicial ordinaria para obtener la correspondiente declaración de condena a la satisfacción de su crédito e instar, mediante el oportuno proceso de ejecución, la realización judicial de los bienes del deudor, eligiendo de su patrimonio aquellos sobre los que había de dirigirse, provocando su embargo primero para después proceder a la subasta y adjudicación de los mismos<sup>879</sup>.

Para obviar este inconveniente, que podía convertir el derecho de retención en un derecho irrealizable por la vía que le es propia como derecho real, y, por tanto, ineficaz en ese aspecto esencial, se apuntó, como solución, la posibilidad de que, con carácter subsidiario, cuando fuera imposible el acuerdo de las partes, la valoración del bien pudiera determinarse por un tercero, aunque ello implicara un aumento de los costes<sup>880</sup>. Con el mismo carácter subsidiario también se sugirió la posibilidad de acudir al criterio judicial<sup>881</sup>.

---

<sup>879</sup> Mediante este proceso de ejecución cabía que la actividad se proyectara sobre el bien o los bienes retenidos o sobre bienes del deudor que no fueran objeto de retención. Podía, pues, suceder, que se mantuviera la retención sobre un bien perteneciente a un patrimonio, el del propietario, y se realizaran bienes integrados en un patrimonio distinto, el del deudor.

<sup>880</sup> **PUIG I FERRIOL - ROCA I TRIAS:** *Instituciones...*, v. I, p. 429 y s; **ABRIL CAMPOY:** "El derecho...", p. 1922; **MIRALLES GONZÁLEZ:** "Ley...", p. 715, cita (14); **FELÍU REY:** "Garantías...", p. 17.

<sup>881</sup> Medidas que no parecía posible utilizar dada la claridad con que el artículo 6.2 LGP exigía el acuerdo entre acreedor y deudor. En mi opinión, ante la imposibilidad de acuerdo entre las partes, el valor de la cosa retenida podía determinarse por un tercero con arreglo a su "precio justo" (cfr. art. 7.2 LGP); y si aún en este caso cualquiera de las partes se hubiera opuesto a la valoración justamente determinada sería evidente su actitud dolosa, al impedir injustificadamente el ejercicio de un derecho legalmente reconocido, debiendo responder, por ello, de los perjuicios que su oposición pudiera ocasionar. En parecido sentido **FELÍU REY:** "Garantías...", p. 16. **LUCAS ESTEVE:** "El régimen...", p. 91, apuntó esta idea aunque referida a la posibilidad de tasación pericial. No obstante,

A mi juicio, el problema se hubiera podido evitar estableciendo una medida que obligara al propietario a pronunciarse en un sentido determinado. Por ejemplo, el retenedor que hubiera querido asegurarse la posibilidad de proceder a la realización extrajudicial, al menos en lo que a este aspecto se refiere, podría haber incluido su propuesta de valoración en la notificación notarial, solicitando del propietario su conformidad o, en su defecto, que se aviniera al resultado de la tasación pericial, para prevenir la posibilidad de que el propietario sólo mostrara su disconformidad y guardara silencio sobre la valoración considerada ajustada. El propietario notificado que no hubiera estado de acuerdo podía haber quedado obligado a formular su oposición en este sentido<sup>882</sup>, quedando entonces ambas partes vinculadas por el resultado de la decisión del tercero. Si el propietario no hubiera formulado oposición o no se hubiera manifestado respecto de la valoración propuesta por el acreedor podía entenderse su aceptación, ya que la LGP no exigía que el acuerdo fuera expreso, pudiendo, por tanto, iniciarse el procedimiento de realización notarial en su momento.

Sin embargo, al margen de lo anterior, considero que el requisito legal del mutuo acuerdo en la determinación del valor del bien retenido podía haberse obviado, sin que ello hubiera supuesto perjuicio alguno para su propietario, evitándose, así, el daño que la eventual actitud obstruccionista de éste pudiera originar. Lo que la LGP pretendía era impedir que el acreedor delimitara unilateralmente el contenido de la garantía, estableciendo también unilateralmente el valor del bien sobre el que recaía. Pero, por otra parte, lo

---

lógico que la LGP no aludiera, en este punto, al concepto del "justo precio" porque lo que realmente pretendía era el acuerdo de las partes, la participación del propietario, aunque el valor del bien de esta manera determinado no se correspondiera con el que realmente mereciera en el mercado. Sin embargo, cuando el acuerdo no se logra y se intuye la dificultad de conseguirlo por las circunstancias en las que el derecho de retención se constituye, la propuesta habría de resultar justa, a ser posible acreditando la adecuación del valor determinado, para facilitar la aceptación.

<sup>882</sup> Hubiera sido indiferente si en la oposición el propietario sólo mostraba su disconformidad o si, además, proponía otra alternativa de valoración a la realizada por el acreedor.

que principalmente se pretendía con esta medida es que el valor del bien que se obtuviera en subasta fuera el objetivamente justo, el que objetivamente le correspondiera en el mercado, el que objetivamente beneficiara a ambas partes. Pues bien, ese valor objetivamente justo podía haberse conseguido, al margen del acuerdo entre acreedor y propietario, por medio de una justa tasación pericial previa al inicio de la subasta (cfr. arts. 638 Y 639 LEC). Concretamente, cuando se hubiera tratado de valores no cotizables o de participaciones sociales, a falta de acuerdo entre acreedor y propietario, el valor debiera haber sido el que razonablemente hubiera fijado un auditor de cuentas, distinto del auditor de la sociedad, designado a tal efecto por el Registro Mercantil del domicilio social, a solicitud de cualquiera de las partes (cfr. arts. 147.2 LSA y 100 LSRL)<sup>883</sup>. De esta forma se hubiera evitado un enfrentamiento casi seguro las partes, que podía comportar una importante limitación en la eficacia del derecho de retención, al permitir al retenedor únicamente mantener su posesión sobre el objeto retenido e imputar los frutos del mismo a los intereses de su crédito, pero no proceder a su venta por subasta, resultado que, precisamente, la LGP pretendía evitar.

Por otra parte, en algunos casos no resulta imprescindible la determinación acordada del valor del bien afectado en garantía. Así, cuando se trate de un bien asegurado y, por tanto, previamente tasado a los efectos de

---

<sup>883</sup> Se aplicaban analógicamente los artículos de la LSA y de la LSRL dedicados a la valoración del precio de reembolso de las acciones o de las participaciones para el caso de separación o de exclusión del socio por los motivos previstos en las respectivas leyes. En la legislación mercantil se requiere que sean las partes implicadas -sociedad o socios titulares- quienes soliciten la valoración. En el caso del derecho de retención partes implicadas habrían de ser, además de la sociedad y el propietario, el acreedor-retenedor. También era posible acudir a este procedimiento de valoración, no sólo cuando las partes no llegaran a un acuerdo sobre la valoración real de las acciones o de las participaciones, sino también cuando no alcanzaran un acuerdo sobre la persona que hubiera de hacer la valoración o sobre el procedimiento a seguir para ello, cuando estos extremos estuvieran previstos en los estatutos (cfr. art. 100 LSRL). Tanto el artículo 147.2 LSA como el art. 100 LSRL han sido recientemente modificados por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. Con anterioridad a esta reforma, los citados preceptos disponían que, a falta de acuerdo entre la sociedad y los interesados sobre el valor real de las acciones o de las participaciones, éste había de ser determinado por el auditor de cuentas de la sociedad y, si ésta no estuviese obligada a verificación contable, por el auditor a tal efecto designado por el Registrador mercantil del domicilio social

responsabilidad en caso de sustracción, siniestro, etc.<sup>884</sup>; o cuando ya existan en el mercado tablas objetivas de tasación (p.e. de vehículos usados) o una valoración específica (para los bonos, las acciones no cotizables en un mercado oficial, participaciones sociales, etc.). En cualquiera de estos casos, si las partes lo hubieran preferido, podían llegar a un acuerdo y atribuir al objeto retenido el valor que hubieran considerado, se correspondiera o no con el valor objetivamente determinado por el mercado. Pero, ante la imposibilidad de lograr el acuerdo entre las partes, y atendiendo a la finalidad de la garantía y a su deseo de agilidad, de haber existido una valoración, ésta hubiera debido ser la que sustituyera al acuerdo imposible y determinara el tipo de salida de las dos primeras subastas, salvando el obstáculo que para la realización de la garantía suponía la actitud obstruccionista del deudor<sup>885</sup>.

El requisito de la valoración convenida de los bienes retenidos podía presentar problemas adicionales en los supuestos en los que el acreedor ejercitara la retención sobre varios objetos en garantía de la misma obligación. En estos casos, el acuerdo de las partes había de alcanzar a cada uno de los objetos retenidos, cuyo precio individual habían de determinar<sup>886</sup>.

---

<sup>884</sup> **FELIU REY:** "Garantías...", p. 17, considera que en la generalidad de estos casos el acuerdo existirá *ab initio*. "Así, en un contrato de depósito, v. gr., será frecuente una tasación del bien depositado a los efectos de responsabilidad en caso de sustracción, siniestro, ..., del mismo. Si bien este supuesto no es demasiado realista, pues lo más seguro es que sean distintas las valoraciones del bien (una para el contrato de seguro y otra para la realización), está dentro de lo posible".

<sup>885</sup> A ello se podía objetar que no hacía falta recurrir a la valoración de mercado, dado que si no había acuerdo el retenedor siempre podía acudir a la vía judicial. Pero entiendo que eso no hubiera reportado mayor beneficio ni garantía para el propietario, dado que la determinación judicial del valor de los bienes retenidos hubiera sido la "justa", esto es, la objetivamente establecida por el mercado. Entiendo que para la ejecución judicial de la retención no resultaba aplicable el artículo 694.2, 2º LEC, según el cual "El valor de los bienes para la subasta será el fijado en la escritura o póliza de constitución de la prenda y, si no se hubiese señalado, el importe total de la reclamación por principal, intereses y costas"; en este caso los supuestos no son análogos puesto que la prenda es una garantía de origen convencional y la retención legal y unilateral.

<sup>886</sup> No obstante, la falta de acuerdo sobre el precio de alguno de los objetos no hubiera debido impedir la realización de los restantes. De creerlo conveniente, las partes podían concretar también la parte de deuda de la que cada uno de los objetos hubiera de responder. Sin embargo, aplicando analógicamente el artículo 11 LGP, podían darse dos casos en los que no hubiera resultado necesario determinar el precio individual de cada uno de los objetos retenidos, sino que hubiera bastado con una tasación global: cuando el objeto de retención pudiera considerarse como un "único objeto" a efectos de

En la actualidad, la LDRG no requiere el acuerdo de las partes sobre la valoración del bien retenido, a los efectos de su realización. Según el artículo 7.3, c) LDRG, en defecto de acuerdo, el tipo de la subasta “debe ser igual al importe de las obligaciones que generaron la retención, más los gastos previstos por la enajenación y la entrega”. Por consiguiente, el acuerdo entre las partes ya no representa obstáculo alguno para que la garantía pueda realizarse por el procedimiento de la subasta pública notarial. No obstante, aunque la LDRG no lo exija de forma tan taxativa como su predecesora, el acuerdo entre retenedor y propietario resulta todavía necesario para proceder a la realización del valor por venta directa, puesto que para ello las partes han de formalizar un negocio en escritura pública en la que se contengan los “criterios de la enajenación” (art. 7.2 LDRG). Por consiguiente, la mayoría de las reflexiones realizadas sobre los inconvenientes que el acuerdo comporta resultan trasladables a la actualidad, dado que el carácter unilateral del derecho de retención y la contraposición de intereses que comporta permiten presumir la dificultad de la realización del valor del bien retenido por el procedimiento acordado de venta directa. De todas formas, la supresión de ese requisito favorece, sin duda, al desenvolvimiento de la garantía, porque se facilita su realización por subasta pública notarial<sup>887</sup>.

#### **15.4.2. La subasta pública notarial del objeto retenido**

La realización notarial de los bienes gravados por un derecho real de retención puede tener lugar a través de su enajenación por subasta pública notarial, que puede ser doble. En el caso que en la primera subasta “no se presente ninguna postura, debe realizarse una segunda subasta, en un plazo

---

responsabilidad, por estar formado por un conjunto de cosas cuyo valor en el tráfico se determinara en consideración a su número, peso o medida, (art. 11.2 LGP); o cuando el conjunto de los objetos retenidos fuera susceptible de configurar un "objeto unitario", es decir, cuando se tratara de "conjuntos o paquetes de valores, como acciones, obligaciones, bonos, créditos o efectos en general de acuerdo con la legislación aplicable en la materia" (art. 11.3 LGP).

<sup>887</sup> Sobre el acuerdo de venta directa véase CAP III, § 5, 14.2.1.



entre dos y quince días” (art. 7.3, d) LDRG). Este precepto se expresa en tono imperativo, por lo que la segunda subasta habrá de celebrarse necesariamente cuando en la anterior no hubiera habido postores por cantidades iguales o superiores al tipo mínimo señalado para ella. Ambas subastas han de celebrarse en el lugar, día y hora señalados y ante el notario previamente designado (art. 7.3, a) y b) LDRG)<sup>888</sup>.

En principio, el tipo de la subasta, tanto de la primera como de la segunda, ha de ser acordado entre el acreedor y el propietario, y sólo “A falta de acuerdo, el tipo debe ser igual al importe de las obligaciones que generaron la retención, más los gastos previstos por la enajenación y la entrega” (art. 7.3, c) LDRG) . Pero puede ocurrir que se desconozca quién es el propietario del

---

<sup>888</sup> La LGP preveía hasta tres subastas (art. 6.5 LGP). La segunda subasta podía tener lugar inmediatamente a continuación de la primera, y la tercera dos días después de la segunda. Cada una de las subastas había de celebrarse con sujeción al tipo que marcaba la LGP. Sin embargo, para establecer el tipo de salida, la LGP no atendía a un único criterio. Las dos primeras subastas tenían como referencia el valor que se hubiera atribuido al *bien*, mientras que para la tercera subasta se tenía en cuenta el importe del *crédito* garantizado. Los precios de salida de la primera y de la segunda subasta no podían ser inferiores al ochenta o al sesenta por ciento del valor del bien, respectivamente; mientras que el tipo mínimo de la tercera subasta había de ser el que resultara de sumar el importe de las obligaciones que generaron la retención más el importe devengado por gastos del procedimiento. Relacionando ambos criterios y atendiendo a su orden se llegaba a la conclusión de que la LGP presuponía que el valor del bien retenido había de ser superior al del crédito garantizado, ya que el valor de salida de las sucesivas subastas se iba abaratando progresivamente, y en la LGP se entendía que el precio de la tercera subasta, la más barata por ser la última, había de ser como mínimo el del importe de las obligaciones que generaron retención. Con ello teníamos como resultado que, dependiendo del valor que se hubiera dado al bien que se subastaba, la tercera subasta podía salir a un tipo superior al señalado para las dos subastas previas, lo que no tenía ningún sentido práctico. Por otra parte, el cambio de criterio entre las dos primeras subastas y la tercera favorecía la posibilidad de que las primeras transcurriera sin éxito: cuando el valor del crédito garantizado fuera inferior al del bien ejecutado los licitadores no pujarían en las primeras subastas y esperarían a que se celebrara la tercera, para adjudicarse la cosa a un precio inferior al que le correspondiera. En esta tercera subasta, poco importaba la valoración del bien que las partes hubieran acordado, a pesar de los inconvenientes que el acuerdo hubiera superado. En la actual LEC también se ha reducido el número de subastas, al objeto de que el procedimiento se sustancie más rápidamente y con menor coste económico. Entiende **REDONDO GARCÍA, FERNANDO**: “Líneas generales el procedimiento de apremio”, en **AAVV: Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000**, coordinado por **ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME**, v. III, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., Barcelona, 2000, pp. 339 a 379, p. 345, que el legislador tuvo en cuenta que, en la práctica, no era infrecuente que de las tres subastas las dos primeras quedaran desiertas y el bien se rematara en la tercera, para conseguir la cosa a un menor precio.



bien retenido, cuando éste sea persona distinta del deudor, o que éste prefiera no desvelarlo. En este caso no es posible que el tipo de salida de la subasta se acuerde entre acreedor y deudor porque, en realidad, ninguno de ellos tiene un verdadero interés en la cosa en sí, ni en su valor real: al acreedor le interesa cobrar su crédito y al deudor quedar liberado de su deuda, con independencia del valor que se asigne a la cosa. El acuerdo entre estos sujetos sobre el tipo de subasta probablemente seguiría sus propios y personales criterios, en atención a sus propias finalidades, sin atender para nada al interés del propietario, que normalmente es obtener el mejor precio posible en la venta de la cosa. En consecuencia, cuando el acuerdo no pueda alcanzarse con el propietario, el tipo de la subasta se fijará de acuerdo con el importe del crédito adeudado más la cantidad prevista en concepto de gastos del procedimiento.

La LDRG fija el tipo de subasta sumando el importe de las obligaciones que generaron la retención más el importe que previsiblemente se devengue de los gastos del procedimiento. Sin embargo, el importe del crédito probablemente no coincida con el valor de la cosa retenida en su seguridad. Cuando la cosa retenida tenga un valor inferior al del crédito, difícilmente podrá venderse en subasta, porque nadie querrá pagar por ella más de lo que vale. A la inversa, cuando el crédito tenga un valor inferior al de la cosa retenida, la enajenación, que probablemente tendrá éxito, no será justa, porque se hará en perjuicio del propietario. Es posible, entonces, pensar que el propietario siempre puede evitar estos inconvenientes pactando el tipo de salida de la subasta o pactando la venta directa con el acreedor, procedimiento que resultará mucho más beneficioso para aquél dado que le permite extraer “el máximo rendimiento económico” (Preámbulo, 6º LDRG). Sin embargo, como es sabido, tanto la fijación acordada del tipo de salida de la subasta como la venta directa precisa la voluntad, no sólo del propietario, sino también del acreedor, y es posible, entonces, que sea éste quien se niegue a alcanzar el acuerdo cuando prevea que la enajenación de la cosa por el procedimiento notarial será

más atractiva, a causa del tipo de salida legalmente establecido, que siempre cubrirá el importe del crédito garantizado más los gastos de la enajenación<sup>889</sup>.

Por todo ello, entiendo que hubiera sido preferible arbitrar un mecanismo objetivo de tasación del bien al que pudiera acudir en defecto de pacto entre las partes (cfr. arts. 637 y ss., 644 LEC). En definitiva, considero que en la enajenación por subasta el tipo de salida ha de venir siempre fijado con relación al valor de ese bien, que es lo que se vende, con independencia del valor de la obligación con él asegurada, ya que el importe de una deuda no da idea alguna del valor de su garantía<sup>890</sup>. La referencia al importe del crédito asegurado puede tener su razón de ser en la garantía pignoratícia (cfr. art. 19.4, c) LDRG), pero no en el derecho de retención. En el derecho de retención la afección del bien en garantía no se debe a la correspondencia -real o subjetivamente atribuida- entre su valor y el del crédito que con él se garantiza -lo que sí sucede en la prenda, de origen convencional. En la prenda, el pignorante pacta con el acreedor la entrega voluntaria de un bien concreto en garantía de un determinado crédito, cuyo importe se conoce y al que normalmente se ajustará de una forma aproximada el valor en venta del bien pignorado. En cambio, el derecho de retención se constituye sobre una cosa determinada porque existe una relación objetiva que la une al nacimiento de ese concreto crédito. Es decir, en el derecho de retención un bien determinado se afecta en garantía sin tener en cuenta la correspondencia entre el valor del objeto y el de la obligación que garantiza y, en ocasiones, sin la participación de su propietario<sup>891</sup>. Por tanto, no pueden ajustarse a la configuración del

---

<sup>889</sup> En cualquier caso, el acuerdo entre acreedor y propietario será difícil de conseguir. Cuando el valor del bien exceda del importe adeudado el acreedor no tendrá ningún interés en fijar un precio de salida más alto, porque ello dificultará la venta. Cuando sea al contrario, es decir, que el valor del bien retenido sea inferior al importe del crédito garantizado, será el propietario quien quizá no tendrá ningún interés en acordar un precio inferior, para evitar que la subasta tenga éxito, dado que, probablemente, nadie querrá pagar más precio del que en mercado corresponda a ese concreto bien.

<sup>890</sup> La LEC prevé, incluso, en su artículo 643.2º, que “No se convocará subasta de bienes o lotes de bienes cuando, según su tasación o valoración definitiva, sea previsible que con su realización no se obtendrá una cantidad de dinero que supere, cuando menos, los gastos originados por la misma subasta”.

<sup>891</sup> En el caso de la prenda, normalmente, el acreedor sólo consentirá la garantía

derecho de retención las previsiones que en materia de prenda se establecen para la fijación del tipo de subasta, donde se atiende a la probable correspondencia entre el valor del objeto pignorado y el importe de la deuda garantizada<sup>892</sup>.

Por otra parte, la LDRG obliga a celebrar una segunda subasta cuando la primera transcurriera sin éxito (art. 7.3, d). Sin embargo, la LDRG no alude al tipo de esta segunda subasta, con lo que puede entenderse que habrá de salir sin sujeción a tipo o bien que su tipo de salida habrá de ser el mismo que el de la primera subasta. A mi juicio, la interpretación correcta es la segunda, dado que, de lo contrario, la LDRG tendría que haberlo especificado (cfr. art. 650 LEC)<sup>893</sup>. Sin embargo, con este criterio el éxito de la segunda subasta queda comprometido, porque su tipo de salida siempre será superior al de la primera subasta, dado que el importe del crédito garantizado habrá aumentado por los gastos originados por el primer procedimiento, que quedan cubiertos por la garantía.

Si antes del remate se paga el importe por el que se realiza más los gastos de procedimiento que hasta el momento se hubieran devengado, el

---

cuando el crédito que se asegura sea inferior al valor del objeto que se ofrece en su seguridad, lo que justifica que el valor de salida en la subasta sea el pactado en la escritura o la póliza de constitución de la garantía o, en defecto de pacto, el de la cantidad objeto de la reclamación (cfr. art. 694.2.2º LEC). Pero en el derecho de retención es muy posible que el acreedor decida mantenerse en la posesión del objeto y constituir la garantía aunque previamente conozca que con su valor sólo llegue a cubrir una parte de la deuda. El acreedor retiene aquello objetivamente vinculado a la obligación incumplida que posee, bien que puede ser de un valor aproximado al del crédito impagado, de un valor superior o inferior. Por otra parte, al licitador en subasta le importa poco lo que el bien garantice; en cualquier caso, comprará el bien por su valor en el mercado, como máximo; pero no dará por él más de lo que le corresponda.

<sup>892</sup> No obstante, como se ha dicho, quizá hubiera sido preferible que el tipo de salida para la subasta de la prenda se hubiera fijado con relación al valor del objeto, que es lo que se subasta y cuyo riesgo ya conoce el pignorante, y no con relación al valor del crédito garantizado, que puede haber aumentado, disminuido o, simplemente no corresponderse con el valor real del bien afectado en garantía.

<sup>893</sup> **POZO CARRASCOSA:** “Els drets...”, p. 227 considera que cuando las partes no hagan una valoración del bien que ha de ser subastado, sino que fijen un tipo de salida, este tipo es el que ha de determinar la salida de las sucesivas subastas, haciendo innecesarias las reducciones del mismo.

notario dará por terminadas las actuaciones, y la posesión de la cosa se devolverá al deudor o al propietario, según corresponda (cfr. art. 650.5 LEC), excepto que quien pagara fuera otro titular de un derecho real sobre la misma cosa –incluso el titular de otro derecho de retención<sup>894</sup>– en cuyo caso el notario le requerirá para si desea o no proseguir las actuaciones. En caso afirmativo, el procedimiento continuará, ocupando el que pagó la posición jurídica que correspondía al acreedor inicial. En otro caso se dará por terminado el procedimiento y se entregará al acreedor que pagó la posesión de la cosa nuevamente retenida (cfr. art. 650.1 LEC).

## **16. REALIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS SOBRE VALORES SOMETIDOS A COTIZACIÓN OFICIAL**

### **16.1. La normativa específicamente prevista por razón de la materia. El artículo 322 C de C**

Los artículos 7.4 y 19.6 LDRG disponen que cuando la garantía real recaiga sobre valores sometidos a cotización oficial, la enajenación ha de hacerse según el procedimiento específico aplicable de acuerdo con la legislación en esta materia. Como complemento, el artículo 20 LDRG dice que “Las disposiciones del presente capítulo son aplicables a la prenda de valores cotizables en todo lo que no esté establecido por la legislación específica aplicable por razón de la materia”<sup>895</sup>. Por tanto, la propia LDRG considera que los procedimientos extrajudiciales que regula no resultan aptos para realizar la garantía, cuando ésta recae sobre valores cuyo precio de mercado ya se

---

<sup>894</sup> Sobre la concurrencia de derechos de retención, véase CAP III, § 6, 24.4.

<sup>895</sup> **CANO RICO:** *Las ventas...*, p. 17, considera que la LDRG sólo resulta aplicable a las prendas civiles, y nunca a las prendas mercantiles, entre las que se encuentra la prenda de valores, a pesar de la referencia que se hace a las mismas; referencia que, según el criterio del autor, “podría reputarse inconstitucional”. En su consecuencia, entiende también que “el procedimiento de enajenación extrajudicial establecido en dicha normativa, a través de Notario, es aplicable exclusivamente a las ventas civiles en Cataluña y no a las mercantiles, cualquier otra interpretación distinta de la normativa en el sentido apuntado sería inconstitucional”.

encuentra objetivamente determinado. A mi juicio, esta falta de aptitud no reside tanto en la necesidad de proceder a la transmisión de los valores con la rapidez y fluidez que normalmente demanda el actual tráfico jurídico<sup>896</sup>, especialmente en ese tipo de mercados, sino en la propia esencia de los procedimientos regulados por la LDRG, cuyo objeto es la enajenación de la cosa gravada por el mejor precio que se obtenga en la venta directa o en la subasta, circunstancia que no resulta necesaria cuando existe un precio oficial marcado.

El único procedimiento específico que se ocupa de la enajenación forzosa de los valores cotizados dados en garantía es el artículo 322 C de C. Tanto el Código Civil como la LEC, lo mismo que la LDRG, remiten la realización del valor de la garantía a la normativa específicamente prevista por razón de la materia, concretamente al Código de Comercio (art. 1872.2º CC) o a las leyes que rigen los mercados con precio oficial (art. 635.1 con relación art. 681, ambos de la LEC). Además, todas estas normas atienden únicamente a la realización del valor de la garantía pignoratícia, que la LDRG equipara en sus efectos con el derecho real de retención.

## **16.2. Ámbito de aplicación del artículo 322 C de C**

El artículo 322 C de C no incluye dentro de su ámbito de aplicación todos los créditos garantizados con una prenda de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial<sup>897</sup>. Este procedimiento especial está únicamente previsto para las garantías que aseguren un préstamo “hecho

---

<sup>896</sup> La doctrina mercantilista considera que la excesiva lentitud de que suele adolecer la subasta notarial hace de la misma un procedimiento poco acorde con las exigencias de rapidez y agilidad del tráfico mercantil. En este sentido, **DÍAZ MORENO**: “La prenda...”, p. 438; **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 388; **NAVARRO CHINCHILLA**: “La pignoración...”, p. 509.

<sup>897</sup> El objeto de la garantía han de ser valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, y, según el artículo 31.2 LMV, se consideran como tales las Bolsas de Valores, el Mercado de Deuda Pública en Anotaciones, los Mercados de Futuros y Opciones, y cualquier otro, de ámbito estatal o autonómico que se autorice en el marco de las previsiones de la LMV.

en póliza con intervención de Corredor de Comercio colegiado o en escritura pública” (art. 320 C de C), y para las que aseguren “cuentas corrientes de crédito abiertas por entidades de crédito cuando se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en la certificación expedida por la entidad acreedora” (art. 323 C de C). En consecuencia, en principio quedarían excluidos del ámbito de aplicación del artículo 322 C de C las garantías que, aunque recayeran sobre valores admitidos a negociación en un mercado oficial, no aseguraran el tipo de obligaciones descritas; supuestos cuya realización habría de atenerse al procedimiento establecido en el artículo 19 LDRG.

A pesar de ello, un sector de la doctrina mercantilista considera que el procedimiento de enajenación establecido en el artículo 322 C de C puede aplicarse también a supuestos no previstos por los artículos 320 y ss. C de C. Se entiende que lo determinante es la existencia de una garantía de naturaleza real sobre valores admitidos a negociación en un mercado oficial, con independencia de cuál sea el crédito garantizado, siempre que éste conste en instrumento público. Para coordinar esta tesis con la especialidad de los artículos 320 y ss. C de C se afirma que el artículo 1872 CC remite sólo al procedimiento de enajenación previsto en el artículo 322 C de C, y no a los artículos 320 y ss. C de C en su conjunto; remisión restringida que tendría su lógico fundamento en el hecho de que el artículo 1872 CC únicamente se ocupa de regular el procedimiento de venta de la cosa gravada por la garantía. En definitiva, de forma general se entiende que, salvo pacto en contrario de las partes, la garantía real sobre valores admitidos a negociación en un mercado oficial, puede ser realizada por el procedimiento previsto en el artículo 322 C de C, sea cual sea el crédito garantizado que se haya hecho constar en instrumento público, por la remisión que a esta norma hace el artículo 1872 CC<sup>898</sup>. Como consecuencia, este procedimiento sería también aplicable a

---

<sup>898</sup> **SALINAS ADELANTADO:** *El régimen...*, p. 415. Ampliación objetiva que también admiten **REGLERO CAMPOS:** “Ejecución...”, p. 465; **CARRASCO PERERA:** *Tratado...*, p. 915; **MEJÍAS GÓMEZ:** *Prenda...*, p. 313. De opinión contraria **MORENO DE LA SANTA GARCÍA:** *Prenda...*, p. 258: “de la misma manera podríamos prescindir del resto de los requisitos, es decir, que se haya formalizado en documento intervenido por fedatario público o que los

aquellas operaciones que, sin poder calificarse técnicamente de préstamo mercantil, configuren operaciones de crédito en sentido general, de análoga finalidad económica (p.e. el censal, regulado en art. 9 y ss. LPP).

El artículo 320 C de C exige que el préstamo se formalice en instrumento público, pero nada dice respecto de la forma que debe adoptar la prenda para que el acreedor pueda utilizar este procedimiento especial. Esta cuestión tiene su importancia si se tiene en cuenta que actualmente es posible la constitución de la garantía mediante formas alternativas al instrumento público (cfr. art. 50 RD 116/1992 y DA Sexta 2,a) y b) LRLMV)<sup>899</sup>. A mi juicio, tal necesidad no parece deducirse del tenor literal de los artículos 320 y ss. C de C<sup>900</sup>. Otra cosa será la completa oponibilidad de la garantía si ésta no se ha hecho constar en instrumento público, excepto en la prenda de valores representados por anotaciones en cuenta, supuesto en el que la garantía resulta oponible a terceros desde su inscripción en el registro correspondiente<sup>901</sup>.

### **16.3. Posibilidad de aplicar los procedimientos de realización previstos en LDRG para la enajenación de los valores sometidos a cotización oficial**

Los artículos 7.4 y 19.6 LDRG disponen que la enajenación de los valores admitidos a negociación oficial “debe realizarse” según el procedimiento específicamente previsto por la legislación aplicable en razón de

---

valores se encuentren admitidos a negociación en un mercado secundario oficial (...) el legislador tuvo en sus manos el poder ampliar a cualquier crédito la aplicación de este procedimiento y, a pesar de ello, se decidió a limitarlo a los préstamos y créditos, quizá por ser éstas las operaciones en las que, a priori, puede resultar más fácil el cálculo de la cantidad adeudada, quizá por ser las más habituales en el mercado financiero y por eso se les otorga un tratamiento especial, quizá porque suelen ser concedidas en su mayoría por entidades de crédito, entidades estrechamente supervisadas por los organismos públicos, y en las que el ordenamiento jurídico ha decidido confiar y otorgar una serie de funciones en reiteradas ocasiones”.

<sup>899</sup> Véase CAP II, § 1, 3.1.

<sup>900</sup> Esta es la opinión de **MORENO DE LA SANTA GARCÍA**: *Prenda...*, p. 253. En contra **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, pp. 406; **MEJÍAS GÓMEZ**: *Prenda...*, p. 308.

<sup>901</sup> No obstante, la Disposición Adicional Sexta, 2 LRLMV advierte que a las prendas no constituidas por instrumento público no les corresponde los efectos propios de estos documentos.

la materia. Atendiendo a la forma imperativa en que parecen expresarse estos preceptos y dado que el único procedimiento específico legalmente previsto es el del artículo 322 C de C, ¿significa entonces que el procedimiento extrajudicial que regula este artículo 322 C de C es el único aplicable en todo caso? A mi juicio, la respuesta a esta cuestión ha de ser necesariamente negativa por varias razones. En primer lugar, porque el artículo 322 C de C no tiene un carácter imperativo o excluyente de otras formas de enajenación: al dejar a salvo el pacto en contrario permite que el acreedor renuncie de forma expresa a hacer efectiva su garantía por este procedimiento (art. 322.1º). En segundo lugar, porque para hacer uso de este procedimiento el plazo es extremadamente corto: el acreedor sólo dispone de tres días hábiles desde el vencimiento de su crédito (art. 322.3º); si la única opción fuera este procedimiento, pasado este breve plazo el acreedor no podría más que instar la ejecución judicial de su garantía, lo que iría en contra de los deseos de flexibilidad, simplicidad y agilidad que la LDRG pretende (cfr. Preámbulo I, 2º; II, 1º y 4º LGP)<sup>902</sup>. No obstante, este requisito del plazo resultaría inaplicable en el caso del derecho de retención, porque el artículo 322.3 C de C, al referirse a “los tres días hábiles siguientes al vencimiento del préstamo”, está pensando sólo en la prenda, dado que el crédito garantizado por el derecho de retención ya es exigible antes de constituida la garantía. En tercer lugar, porque cuando la LDRG se remite a la legislación aplicable en la materia admite ésta como propia y admite, por tanto, la eventualidad del procedimiento. En cuarto lugar, porque la misma LDRG, en su artículo 20 dice que sus disposiciones “son aplicables en todo aquello que no se encuentre establecido por la legislación específica aplicable por razón de la materia” Y, finalmente, porque la legislación aplicable por razón de la materia, concretamente, el artículo 38.1 RD 116 /1992, permite que la transmisión de acciones cotizadas en Bolsa derive de operaciones directamente liquidadas entre las partes. Atendiendo a todo ello es posible afirmar que los procedimientos de realización regulados en la LDRG

---

<sup>902</sup> En este sentido **DÍAZ MORENO**: “La prenda...”, p. 438



resultan también aplicables a la garantía real sobre valores admitidos a negociación en un mercado oficial, cuando las partes así lo hayan pactado<sup>903</sup>.

#### **16.4. Desarrollo del procedimiento previsto en el artículo 322 C de C**

El procedimiento especial de carácter extrajudicial previsto en el artículo 322 C de C resulta aplicable con independencia de la forma de representación que los valores hayan adoptado, esto es, con independencia de que los valores estén representados por títulos o por anotaciones contables<sup>904</sup>. Se trata de un procedimiento extremadamente rápido. Para iniciarlo, además de las circunstancias más arriba mencionadas, se requiere que: a) la obligación garantizada se encuentre vencida e impagada (art. 322.1º C de C), b) el acreedor no haya renunciado a la utilización de este procedimiento (art. 322.1º C de C), y, c) no hayan transcurrido más de tres días hábiles desde la fecha de vencimiento del crédito asegurado (art. 322.3º C de C), excepto que este plazo se hubiera ampliado por voluntad de las partes (art. 322.1º C de C). La brevedad del plazo obedece al deseo de evitar que el acreedor pueda especular con los valores gravados; posibilidad que excedería de la finalidad a la que sirve la garantía<sup>905</sup>. No obstante entiendo que es posible que en el título constitutivo de la garantía las partes pacten una ampliación del plazo, señalando un término final, porque, a pesar de tratarse de un plazo de

---

<sup>903</sup> **MEJÍAS GÓMEZ:** *Prenda...*, p. 260: “ El procedimiento del art. 1872 en acciones admitidas a negociación resulta ciertamente problemático. Parece innecesaria una subasta cuando existe un precio de mercado y, además, no puede olvidarse la exigencia prevista en el art. 36 LMV, de intervención, al menos, de un miembro de dicho mercado, que habría de salvarse a través de la toma de razón prevista en propio art. 36 LMV, de conformidad con las previsiones contenidas en el art. 37 del mismo texto legal y el art. 10 del RD 1416/1991, de 27 de septiembre, sobre operaciones bursátiles especiales y transmisiones extrabursátiles de valores cotizados”. Igualmente, **MORENO DE LA SANTA GARCÍA:** *Prenda...*, p. 251.

<sup>904</sup> La mayoría de los valores admitidos a cotización en mercados secundarios oficiales estarán representados mediante anotaciones en cuenta (cfr. Disposición adicional Primera, 5 LSA). No obstante, debe tenerse en cuenta el contenido de la Disposición transitoria Primera LRLMV, según la cual “Los valores negociables representados mediante títulos admitidos a cotización en un mercado secundario oficial podrán seguir representados de dicha forma, en tanto la normativa de desarrollo de esta Ley no imponga su representación mediante anotaciones en cuenta”

<sup>905</sup> **DÍAZ MORENO:** “La prenda...”, p. 431; **PRIES PICARDO:** “Prenda...”, p. 720.

procedibilidad, la opción se encuentra admitida por el propio artículo 322 C de C<sup>906</sup>. Por otra parte, no es preciso que se cite previamente ni al deudor ni al propietario de los valores (cfr. arts. 6.4 y 14.4 LGP, 572.2.2º y 573.1.3º LEC). Se entiende que, en estos casos, ya existe un precio de mercado, una cotización oficial en la que ninguna de las partes puede influir, circunstancia que hace innecesario que acudan a la venta, en defensa de sus intereses<sup>907</sup>.

Para seguir con el procedimiento, el titular de la garantía ha de entregar al organismo rector del mercado secundario oficial correspondiente la póliza o escritura que hubiera documentado el crédito, así como los títulos afectados por la garantía –en caso de que los valores estuvieran así representados- o el certificado acreditativo de su inscripción expedido por entidad emisora de los valores (cfr. arts. 56.1, 2º y 57.2,3º LSA)<sup>908</sup> o por la encargada de los registros contables –cuando los valores estuvieran representados por anotaciones en cuenta- (cfr. art. 517 LEC). En los supuestos contemplados en el artículo 323 C de C, esto es, cuando los valores se hubieran afectado en garantía del saldo de cuentas corrientes de crédito en las circunstancias que el mismo precepto determina, deberá entregarse, además, la certificación expedida por la entidad acreedora en la que se especifique el saldo deudor exigible, y el documento fehaciente acreditativo de que la liquidación se ha practicado en la forma

---

<sup>906</sup> Entiende **DÍAZ MORENO**: “La prenda...”, p. 438, que el artículo 322 C de C, al dejar a salvo el pacto en contrario, permite convenir otro plazo mayor e, incluso, otro procedimiento extrajudicial distinto al previsto. En el mismo sentido **SÁNCHEZ CALERO**: *Instituciones...*, v. II, p. 277; **CORTÉS GARCÍA**: “Derechos...”, p. 186, cita 66; **CANO RICO, JOSÉ RAMÓN**: “La ejecución de las garantías reales mobiliarias”, en **AAVV**: *Garantías reales mobiliarias*, dirigido por **NIETO CAROL, UBALDO**, Estudios de Derecho judicial, 8-1998, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, pp. 399 a 496, p. 438. **PRIES PICARDO**: “Prenda...”, p. 720; **MEJÍAS GÓMEZ**: *Prenda...*, p. 312; **MORENO DE LA SANTA GARCÍA**: *Prenda...*, p. 257. En contra se sitúa **REGLERO CAMPOS**: “Ejecución...”, p. 480: “particularmente considero que al tratarse, como queda dicho, de un plazo de procedibilidad, está sustraído por completo a la voluntad de las partes”. Sin embargo, este último autor, obra cit., p. 479, parece adherirse a la tesis que admite la posibilidad de que las partes pacten otro procedimiento extrajudicial de realización distinto al previsto en el artículo 322 C de C; por lo que entiendo que eso significa admitir la posibilidad de que las partes pacten un procedimiento con un plazo diferente.

<sup>907</sup> **PRIES PICARDO**: “Prenda...”, p. 721.

<sup>908</sup> Cuando se trate de valores cuyos títulos no hayan sido impresos ni entregados, ni se encuentren representados mediante anotación contable.

pactada por las partes (573.1,2º LEC) y que el saldo certificado coincide con el que aparece en la cuenta abierta del deudor<sup>909</sup>.

Entregados los documentos oportunos al organismo rector, éste deberá hacer “las oportunas comprobaciones” (art. 322.2 C de C). En la práctica, tales comprobaciones se limitan a aspectos puramente formales, fundamentalmente a constatar la coincidencia de los valores cuya enajenación se pretende con los que consten en la escritura o póliza, donde también deben constar los datos para su adecuada identificación, y a constatar que, efectivamente, el crédito esté vencido y que la solicitud del acreedor se ha realizado dentro del plazo establecido por el artículo 322 C de C<sup>910</sup>. Para abundar en las comprobaciones, se sugiere que el organismo rector conecte con la entidad emisora de los valores o con la encargada de los registros contables para cerciorarse de que, por ejemplo, no hay error en la emisión de los certificados o éstos no han perdido su eficacia<sup>911</sup>. A juicio de la doctrina mercantilista, esta obligación de comprobación que incumbe al organismo rector es la única medida de control que en el curso del procedimiento se dispensa a los derechos e intereses del

---

<sup>909</sup> Cuando se trate de valores cotizados en mercados secundarios representados por anotaciones contables, el apartado 3 de la Disposición Adicional LRLMV establece que la realización de la garantía “se efectuará de acuerdo a lo previsto en los artículos 322 a 324 del Código de Comercio, si bien será suficiente la acreditación de los documentos que prevean, en su caso, las normas de ordenación y disciplina del mercado al regular la creación de la prenda para acreditar la existencia de la garantía pignoraticia y de la cantidad adeudada”. Por otra parte, **DÍAZ MORENO**: “La prenda...”, pp. 433 y ss. considera que para que el fedatario emita, por sí mismo y sin la colaboración de terceras personas, un dictamen sobre la adecuación de la liquidación a lo pactado, ha de tener conocimientos suficientes, totalmente extraños a los inherentes a su formación como cargo público. Señala que, en la práctica, la actividad del fedatario se limita a constatar que en el título ejecutivo se ha convenido que el saldo será aquél que la entidad de crédito certifique según el procedimiento pactado y que, efectivamente, éste ha sido el procedimiento seguido para realizar la liquidación. Entiende que esta práctica no se corresponde con la finalidad de tutela del precepto en favor de los clientes de las entidades de crédito, que trata de evitar que la determinación del saldo quede al sólo arbitrio de la entidad acreedora y que, por tanto, el fedatario debería proceder a revisar la documentación presentada por la entidad de crédito, para determinar si la liquidación se ha practicado correctamente (si se han aplicado los intereses, las comisiones, reglas de valoración, etc. convenidas), lo cual se hace especialmente necesario en este procedimiento en el que, salvo pacto en contra, el deudor no puede alegar falsedad o error de la certificación expedida por la entidad acreedora.

<sup>910</sup> **DÍAZ MORENO**: “La prenda...”, p. 430; **REGLERO CAMPOS**: “Ejecución...”, p. 476.

<sup>911</sup> Así lo sugiere **DÍAZ MORENO**: “La prenda...”, p. 430, nota 124.

deudor y del propietario de los valores, quienes, por la celeridad de las actuaciones, probablemente no podrán oponer las excepciones que correspondan (cfr. art. 695 LEC). Esta circunstancia implica, concretamente, que el deudor difícilmente podrá discutir la suma por la que el acreedor pretende la enajenación ni oponer la excepción de pago parcial o la de compensación<sup>912</sup>, por lo que, en principio, parece que el acreedor podrá solicitar la enajenación de todos los valores gravados por la garantía, con independencia de que el precio total de estos supere el total del crédito asegurado<sup>913</sup>. Sin embargo, hay quien entiende que la obligación de comprobación que el artículo 322 C de C impone al organismo rector implica que éste ha de actuar con la diligencia necesaria, lo que incluye, aunque la norma no lo señale expresamente, la obligación de vender sólo los valores que resulten necesarios para cubrir el crédito garantizado, quedando el resto libre del gravamen (cfr. art. 19.7 LDRG)<sup>914</sup>. Por todas estas consideraciones, así como por la brevedad de este procedimiento, se aconseja al deudor que notifique lo más rápidamente posible el hecho que diera lugar a la extinción de

---

<sup>912</sup> El problema estriba en que la determinación de la cantidad líquida por la que se solicita la realización queda al criterio del acreedor y, especialmente, en caso de créditos documentados en pólizas bancarias, será la que resulte no sólo del saldo que arrojen los diferentes movimientos en las partidas del debe y del haber de la cuenta corriente, sino también de aplicar los diferentes tipos por comisiones e intereses, con sus particulares normas de valoración y aplicación. El actual artículo 572.2 LEC sigue concediendo eficacia al pacto ejecutivo, pero no resuelve ese problema, que dio origen a veinte cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por diferentes órganos jurisdiccionales, resueltas por STC de 10 de febrero de 1992. Esta Sentencia entendió que no existía vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley, dado que esa forma de determinación del saldo no consagra un privilegio probatorio en favor de las entidades de crédito, pues no se invierte la carga de la prueba ni se otorga a la contabilidad de las entidades el carácter de documento público. A pesar de ello, se trata de una forma de determinación que no se acomoda a las exigencias generales del título ejecutivo. Así lo pone de relieve **FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, MIGUEL ÁNGEL**, en **AAVV: Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**, coordinado por **FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, MIGUEL ANGEL - RIFÁ SOLER, JOSÉ M<sup>a</sup> - VALLS GOMBAU, JOSÉ FRANCISCO**, t. II: artículo 281 al 555, Iurigiur editores, Barcelona, diciembre 2000, p. 2788: “Si, en ausencia de este precepto del art. 572.2, las partes pactaran que se tendrá por líquida la cantidad que determine el acreedor (por muy fehaciente que sea el documento en que conste tal liquidación), ese pacto sería nulo, porque es contrario al art. 1256 CC y porque es contrario al art. 572.1 LEC, que exige que la cantidad por la que se despacha ejecución conste como determinada en el título ejecutivo (no artificial y unilateralmente convertida en determinada por el acreedor)”. En igual sentido **LÓPEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ: Ley de Enjuiciamiento...**, p. 680.

<sup>913</sup> Así lo entiende **REGLERO CAMPOS**: “Ejecución...”, p. 476.

<sup>914</sup> **SALINAS ADELANTADO: El régimen...**, p. 411.

la obligación asegurada, e inste la cancelación del gravamen en el registro correspondiente, como medida de prudencia<sup>915</sup>. Por otra parte, el acreedor que tenga alguna duda sobre la exigibilidad de ciertas cantidades o sobre su cuantía efectiva, puede pedir la realización por la cantidad que según sus documentos de cargo y abono le resulte indubitada, reservándose la reclamación del resto para el proceso declarativo que corresponda (cfr. art. 573.3 LEC)<sup>916</sup>

Una vez realizadas “las oportunas comprobaciones”, el organismo rector adoptará las medidas necesarias para la enajenación de los valores, el mismo día o al siguiente (art. 322.2º C de C). Esto no implica que la venta haya de efectuarse en ese plazo, sino que en esos días el organismo rector ha de dar orden al miembro del correspondiente mercado para que vendan el valor lo antes posible<sup>917</sup>. La enajenación forzosa de valores negociables en mercados secundarios oficiales no se hace a través de subasta ni directamente, sino a través de una orden de venta al precio de cotización que corresponda al valor de que se trate, al día en que se realice la transmisión. La enajenación ha de hacerse a través de un miembro del correspondiente mercado (cfr. arts. 36 y ss., y 100.i) LMV)<sup>918</sup>. De lo obtenido en la enajenación se hará pago al titular de la garantía, atendiendo a la cuantía exigida y acreditada<sup>919</sup>.

---

<sup>915</sup> **REGLERO CAMPOS**: “Ejecución...”, p. 476.

<sup>916</sup> **FERNÁNDEZ-BALLESTEROS**: *Comentarios...* t. II, p. 2799: “Esta facultad permite al ejecutante pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que no le ofrece dudas y evitar una eventual oposición del ejecutado basada en la pluspetición”.

<sup>917</sup> **SÁNCHEZ CALERO**: *Instituciones...*, v. II, p. 277.

<sup>918</sup> **CORTÉS GARCÍA**: “Derechos...”, p. 186: “La participación de la entidad miembro del mercado no puede limitarse a tomar razón de una operación a cambio convenido, sino que para una mayor tutela del deudor, debe actuar como un verdadero intermediario, buscando el mejor precio posible”.

<sup>919</sup> **REGLERO CAMPOS**: “Ejecución...”, p. 477, considera que el pago al acreedor ha de ser automático, ya que éste es el fin del procedimiento, atendiendo a la naturaleza del mismo. Cuando se trate de valores representados por anotaciones en cuenta, la orden de compra venta conlleva implícita la sujeción del inversor a los procedimientos de contratación y liquidación establecidos en el mercado por sus organismos rectores. La entrega de los valores al comprador y del precio al vendedor se efectúa de forma indirecta, ya que, según lo dispuesto por el artículo 37 RD 116/1992, “1. En la fecha de liquidación sobre valores admitidos a negociación en Bolsa, el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores abonará los valores y practicará el correspondiente adeudo en las

Pasado el plazo legalmente previsto o, en su caso, el pactado por las partes, o cuando el acreedor haya renunciado a hacer efectiva la garantía por este procedimiento, la enajenación habrá de hacerse por los procedimientos extrajudiciales previstos en la LDRG, sin perjuicio del ejecutivo que corresponda (cfr. art. 635 con relación art. 682.1 LEC). Pero en cualquiera de estos casos, el notario o el tribunal ante el que se desarrolle el procedimiento de realización de los valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial ha de procurar que la enajenación se realice con arreglo a las leyes que rigen estos mercados (cfr. art. 635.1 LEC). Por lo tanto, la enajenación de los valores no se hará tampoco por subasta pública, que no resulta necesaria. En estos casos, la enajenación de los valores gravados se hará también por persona especializada (cfr. arts. 7.2, 19.2 LDRG y 641 LEC), mediante una orden de venta al organismo rector del mercado correspondiente, que, después de realizar las oportunas comprobaciones (cfr. art. 18.1,2º RD 116/1992), los ofrecerá de forma despersonalizada al precio de cotización que corresponda (cfr. art. 36.1 y 39 LMV)<sup>920</sup>. En consecuencia, el titular de la garantía no dispone de la facultad prevista en los artículos 7.3, f). y 19.4, c), final LDRG, que le permitiría hacerse cargo de los valores cuando las subastas hubieran culminado sin éxito.

---

cuentas de las correspondientes Entidades adheridas. 2. Las Entidades adheridas, en la fecha de liquidación, abonarán los valores en las cuentas de los adquirentes. El mismo día, las Entidades adheridas que hayan puesto a disposición del Servicio los valores vendidos harán el correspondiente adeudo en la cuenta de los transmitentes (...). La misma Entidad adherida efectuará el correspondiente abono y adeudo en el supuesto de que comprador y vendedor sean clientes suyos. Por tanto, recibida la orden de transmisión, comprobada su autenticidad y la existencia de causa bastante para la transmisión, la entidad encargada debe efectuar la inscripción requerida. La ejecución de la orden de transmisión debe ser comunicada por escrito al transmitente y adquirente (la Ley no dice nada al respecto pero ello deriva de su obligación de transparencia). **ZUNZUNEGUI PASTOR**: "El valor...", p. 862: "La ejecución de la orden de transmisión debe ser comunicada por escrito al transmitente y al adquirente, La Ley silencia este aspecto crucial del régimen de las anotaciones, pero el deber de comunicación deriva de las obligaciones generales de transparencia a las que se someten las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión. Sería deseable establecer de forma expresa esta obligación y los plazos para cumplirla".

<sup>920</sup> No resulta necesario proceder a la tasación de la cosa ni iniciar un procedimiento abierto al público en general, para conseguir el mejor precio posible.

## **17. LA REALIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS SOBRE DINERO O SOBRE TÍTULO REPRESENTATIVO DE DINERO**

La LDRG prevé un supuesto de realización en que el acreedor puede apropiarse del objeto afectado por la garantía, “hacer suyo”, sin necesidad de iniciar ningún procedimiento especial de enajenación. La posibilidad se encuentra expresamente prevista por la propia Ley, pero sólo para el derecho real de prenda. Dice el artículo 19.5 LDRG que el acreedor pignoraticio puede apropiarse del objeto pignorado, sin necesidad de subasta previa, cuando la garantía recaiga sobre dinero o sobre título representativo de dinero, siempre que sea por una cantidad líquida y exigible, con el único requisito de notificarlo con antelación al deudor y al pignorante, de manera que acredite el contenido y la recepción de la notificación.

El ámbito objetivo de este tipo de prenda está pensado, especialmente, para las imposiciones bancarias a plazo fijo y demás activos financieros bancarios representativos de dinero (libretas de ahorro, certificados de depósito, letras del Tesoro, etc.), pero también para otros títulos o derechos de crédito siempre que sean por una cantidad líquida y exigible, como pueda ser el valor de rescate de una póliza de seguro de vida empeñada<sup>921</sup> (crf. art. 634 LEC<sup>922</sup>)

Sin embargo, un supuesto similar al previsto por el artículo 19.5 LDRG puede también plantearse en el derecho real de retención. Es posible que el mandatario, por ejemplo, posea una cantidad de dinero o un título representativo de dinero que deba entregar al mandante. Ante el incumplimiento de la recíproca obligación del mandante -causa del nacimiento

---

<sup>921</sup> FUGARDO ESTIVILL: “Consideraciones...”, p. 325.

<sup>922</sup> A tenor de lo dispuesto por el artículo 634 LEC, el titular del derecho real podría hacer suyo, por ejemplo, dinero en efectivo, saldos de cuentas corrientes y de otras de inmediata disposición o divisas convertibles previa conversión.



del derecho de retención sobre ese objeto (por ejemplo, impago de los gastos de gestión)-, el mandatario puede mantenerse en la posesión del dinero o del título que lo representa y constituir derecho real de retención en la forma prevista por la LDRG. En este caso, concurriendo los presupuestos y requisitos demandados por la LDRG, concretamente en aquello que se refiere a la oposición judicial (art. 7.1 LDRG), el retenedor podrá hacer suyo el objeto de garantía sin necesidad de acudir para ello a los procedimientos de realización de valor previstos en el artículo 7.2 y 3 LDRG, con el único requisito de notificarlo previamente al deudor y al propietario, porque, igualmente en este caso, no resulta necesario realizar ningún valor.

La notificación ha de hacerse antes de proceder a la compensación, “previamente” dice la LDRG, para que el notificado pueda actuar en consecuencia como crea más oportuno en la defensa de sus intereses. Como en otras ocasiones, la norma se refiere únicamente al deudor como destinatario de la notificación, pero análoga ha de ser la previsión cuando el objeto gravado sea propiedad de un tercero. En cualquier caso, el deudor ha de ser siempre notificado.

La LDRG exige que la notificación se realice de forma que acredite tanto su contenido como su recepción (art. 19.5, final LDRG). Por tanto, la notificación ha de ser fehaciente, en el sentido de que podrá hacerse por todos aquellos mecanismos que acrediten el conocimiento de la misma y su contenido -o la posibilidad de conocer estos extremos- por parte del destinatario. A tales efectos se considerará suficiente la notificación hecha por burofax, por correo certificado con acuse de recepción y contenido o cualquier sistema análogo que permita la acreditación requerida por el artículo 19,5 LDRG.

El acreedor “hace suyo” el dinero o el título representativo de dinero para compensarlo con el importe del crédito garantizado. El efecto de la compensación es la extinción de ambas deudas en las cantidades concurrentes



(cfr. art. 1202 CC), sin que ello contradiga la prohibición del pacto comisorio, tal y como ha sido considerado por la doctrina<sup>923</sup> y por la jurisprudencia<sup>924</sup>.

## **18. REALIZACIÓN DE LAS “PRENDAS REALIZADAS POR LOS MONTES DE PIEDAD RECONOCIDOS LEGALMENTE”**

Según el artículo 19.8 LDRG “La ejecución establecida por el presente artículo es aplicable supletoriamente a las prendas realizadas por los montes de piedad reconocidos legalmente” (cfr. art. 1873 CC). Por tanto, la LDRG somete este tipo de prenda a su especial disciplina jurídica y subsidiariamente, en aquello que no esté específicamente previsto, a sus propias normas.

El régimen jurídico establecido por el artículo 19.8 LDRG para las prendas hechas por los montes de piedad supone una modificación de lo anteriormente establecido en la LGP. Según el artículo 14.7 LGP “El procedimiento previsto en este artículo no se ha de aplicar necesariamente a las prendas realizadas por los montes de piedad reconocidos legalmente”. Por consiguiente, la LGP establecía un derecho de opción, una facultad en favor del acreedor pignoraticio, quien podía elegir libremente entre el procedimiento previsto por la legislación especial para estas prendas o el procedimiento de subasta pública notaria, único que la LGP regulaba, sin que el pignorante pudiera imponerle cualquiera de ellos. En consecuencia, en defecto de acuerdo entre las partes por el que se fijara el procedimiento a seguir, el acreedor pignoraticio que tuviera legalmente reconocida la condición de monte de piedad

---

<sup>923</sup> **CASTÁN TOBEÑAS:** *Derecho...*, p. 484; **GUILARTE ZAPATERO:** *Comentarios...*, p. 511; **EIZAGUIRRE:** “Las imposiciones...”, p. 204; **MANZANARES SECADES:** “Algunas...”, p. 1307; **FUGARDO ESTIVILL:** “Consideraciones...”, p. 326.

<sup>924</sup> STS de 19 de abril de 1997, FD Tercero, 4º: “Una vez cobrado por el acreedor pignoraticio el importe del crédito, el pacto de compensación con lo debido por el deudor pignorante para extinguir la deuda no repugna a la prohibición del pacto comisorio”. STS de 7 de octubre de 1997, FD Tercero: “Esta ejecución puede consistir en el juego pactado en la póliza de la compensación, en lugar de acudir al procedimiento, inapropiado aquí, del art. 1872 del Código Civil”. En el mismo sentido STS de 13 de noviembre de 1999, FD Segundo.

podía realizar su garantía por el procedimiento que estimara conveniente, sin necesidad de previo pacto.

En cambio, según el actual artículo 19.8 LDRG, las prendas hechas por los montes de piedad reconocidos legalmente habrán de seguir para su realización las normas previstas por la legislación especialmente aplicable por razón del sujeto, y subsidiariamente, en aquello no previsto, por las disposiciones contenidas en el artículo 19, que complementan la anterior<sup>925</sup>.

## **19. LA REALIZACIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN SOBRE COSA MUEBLE DE VALOR INFERIOR A 500 EUROS**

El artículo 10 LDRG establece un mecanismo específico y alternativo de realización del derecho real de retención, cuando éste recaer sobre bienes muebles de valor inferior a 500 euros, que consiste en la facultad que se le otorga al retenedor para “disponer libremente de la cosa” en las circunstancias legalmente determinadas.

### **19.1. Presupuestos**

El acreedor sólo puede disponer libremente de la cosa retenida una vez “Transcurrido un mes de la notificación sin que la persona deudora ni la propietaria de la cosa hayan pagado la deuda o se hayan opuesto

---

<sup>925</sup> Este régimen especial se encuentra integrado por textos de cierta antigüedad, como son el Real Decreto de 12 de junio de 1909, por el que se aprueba el Reglamento sobre Casas de préstamos y establecimientos similares; el Decreto de 13 de marzo de 1933, sobre los Estatutos para Cajas Generales de Ahorro Popular, con o sin Montes de Piedad, modificado por el Decreto 3330/1962, de 13 de diciembre; y la Ley de 22 de diciembre de 1955 y su Reglamento de 26 de octubre de 1957, sobre Entidades particulares de ahorro y capitalización. En Cataluña, cierta referencia a los Montes de Piedad, sin entrar en su regulación, en el Texto Refundido de la Ley de Cajas de Ahorro de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/1994, de 6 de abril, que refunde las Leyes 1808/1985 de 1 de julio, 212/1989 de 25 de mayo y 553/1993 de 25 de noviembre. Como opina **MANRESA Y NAVARRO: Comentarios...**, p. 614, **SCAEVOLA: Código...**, p. 415, la interpretación que debe darse a estas normas especiales ha de ser restrictiva y no extensiva, por ser la excepción.

fehacientemente a la retención” (art. 10, b) LDRG). Por tanto, son presupuestos de la libre disposición por parte del retenedor la ausencia de oposición por parte del deudor o del propietario y el mantenimiento de la situación de incumplimiento durante el plazo de un mes. Se trata de presupuestos generales, que siempre han de concurrir y que condicionan la realización del valor de la garantía cualquiera que sea su modalidad (cfr. arts. 7.1 y 19.1 LDRG). Las únicas diferencias apreciables en cuanto a los presupuestos de realización de esta modalidad alternativa de retención, respecto a la general, son que no resulta necesario que la oposición se haga por vía judicial, puesto que sólo se exige que sea fehaciente, ni que vaya acompañada de la consignación o el afianzamiento del pago para paralizar la realización de la garantía (cfr. arts. 4.1 y 19.1 LDRG). Como consecuencia de ello resulta que la sola oposición impide que el retenedor pueda disponer libremente de la cosa retenida.

La posibilidad de impedir la fase de realización del derecho de retención por la sola oposición del perjudicado supone un grave inconveniente para la efectividad de la garantía. Al deudor o al acreedor sólo se le exige que muestre su disconformidad a la constitución o a la realización de la garantía de una forma “fehaciente”. Y relacionando este precepto con el contenido en la letra a) del mismo artículo 10 LDRG, que considera fehaciente la comunicación hecha por burofax o correo certificado con acuse de recibo, se llega a la conclusión de que toda la efectividad de la garantía resultará ilusoria cuando cualquiera de los perjudicados remita al retenedor una notificación de la misma fehaciencia, por la que se le haga saber su oposición. Llegado este punto, el acreedor que lo considere no tendrá más remedio que volver a constituir derecho de retención por la vía del artículo 4.1 LDRG.

Por otra parte, el artículo 10, b) LDRG exige que ni “la persona deudora ni la propietaria de la cosa hayan pagado la deuda”. Evidentemente, no podrá constituirse tampoco derecho de retención, o constituido no podrá realizarse, cuando el precio de la actividad realizada sobre la cosa sea satisfecho por una

tercera persona. El pago de “la retribución de la actividad realizada en la cosa” extingue el crédito y, con él, su garantía.

## **19.2. La disposición libre de la cosa retenida**

El mecanismo de efectividad del derecho de retención previsto en el artículo 10, b) LDRG consiste “en el ejercicio en interés propio de una titularidad ajena, que se funda en una presunción del desinterés por la cosa”<sup>926</sup>. Por tanto, no es que el retenedor adquiera la propiedad sobre el bien retenido, sino que “se le atribuye «ex lege» un poder de disposición sobre cosa ajena”<sup>927</sup>.

Como ya se dijo, una de las fuentes del poder de disposición, además de la titularidad y el poder de representación, es la legitimación. A través de esta legitimación la persona que ostente el poder de disposición puede actuar en interés propio sobre un bien de titularidad ajena. En el caso del artículo 10 LDRG es la Ley la que legitima exclusivamente al retenedor para que actúe en interés propio sobre el bien retenido, sin intervención de su titular. Esta última circunstancia, la ausencia de intervención del titular del dominio del bien retenido establece una diferencia con los supuestos de venta directa previstos en la LDRG, en los que la disposición de la cosa precisa el previo consentimiento de su titular (cfr. arts. 7.2 y 19.2).

En consecuencia, el retenedor se encuentra legitimado para disponer de la cosa retenida como estime conveniente, ya sea abandonándola o enajenándola tanto a título gratuito como oneroso. Aunque la LDRG no se refiera a ello expresamente, el crédito del retenedor queda extinguido por el abandono de la cosa o por la disposición a título gratuito. Cuando el acreedor opte por abandonar o tirar la cosa, así como por transmitirla a título gratuito, está optando por no enajenarla y, así, extraer un rendimiento económico que,

---

<sup>926</sup> **POZO CARRASCOSA:** “La retenció...”, p. 227, quien añade: “quizá aún no se puede hablar de abandono, pero sí de olvido de la cosa, o de desinterés por la misma”.

<sup>927</sup> **POZO CARRASCOSA:** “La retenció...”, p. 227.

aunque mínimo, siempre podría aplicar al pago de la cantidad debida, lo que igualmente redundaría en beneficio del deudor<sup>928</sup>.

En cambio, la disposición a título oneroso por parte del acreedor tiene una función de pago (cfr. art. 1175 CC)<sup>929</sup>. Esto significa que en caso de que el valor conseguido por la enajenación de la cosa sea inferior al del crédito por el que se constituyó derecho de retención, persiste la deuda por la diferencia, dado que, salvo pacto en contrario, el deudor sólo queda liberado en su responsabilidad en la parte de deuda cubierta con el importe líquido obtenido de la enajenación (art. 1175 CC). El resto de lo adeudado podrá ser reclamado por el acreedor por el ejercicio de la acción personal que como tal le asiste. De otra forma, si el precio de la venta excede del valor del crédito garantizado, el remanente corresponde al propietario, según lo dispuesto en el artículo 10, c) LDRG. En este último caso, el mismo artículo 10, c) LDRG especifica los conceptos a los que se extiende la garantía y que configuran el importe deducible: el crédito que originó la retención (capital más intereses), los gastos producidos por la conservación de la cosa retenida y los gastos de la venta.

La LDRG no indica si el acreedor ha de notificar al propietario la existencia del remanente, si se lo ha de entregar directamente o ha de mantenerse en situación de espera. Al respecto se ha dicho que, aunque la LDRG no lo diga expresamente, se sobreentiende que el acreedor ha de notificar que la enajenación se ha producido y que el remanente queda a disposición de quien fue propietario de la cosa<sup>930</sup>. Sería aconsejable que el retenedor ingresara el remanente en una cuenta bancaria, a disposición del propietario, o procediera a su consignación. En cualquier caso, corresponden al propietario los intereses del capital generados desde el momento de la venta (cfr. art. 1770 CC).

---

<sup>928</sup> En este sentido **POZO CARRASCOSA**: “La retenció...”, p. 228.

<sup>929</sup> **POZO CARRASCOSA**: “La retenció...”, p. 228.

<sup>930</sup> **POZO CARRASCOSA**: “La retenció...”, p. 228

El retenedor no puede apropiarse de la cosa retenida, ejercitando el libre poder de disposición que la LDRG le otorga. Si lo hiciera contravendría la prohibición del pacto comisorio. Pero entonces, si el acreedor no puede apropiarse de la cosa y, quizás, por el estado de la misma, tampoco la puede enajenar, como mínimo, a un precio razonable, ¿cuál es la operatividad práctica de esta modalidad de retención? A mi juicio, esta modalidad de ejercicio del derecho real de retención permite al acreedor constituir una garantía, con el mínimo coste, que si bien no siempre asegura el cobro de su crédito, le permite “deshacerse” de la cosa gravada y evitar así el desembolso económico que puede suponerle el mantenimiento y la conservación de la misma, sin incurrir por ello en responsabilidad frente a su propietario (cfr. art. 6.2 LDRG).

### **19.3. Cargas preexistentes y limitaciones a la facultad de disposición o reservas de dominio**

A tenor del artículo 10, b) LDRG, “la retenedora puede disponer libremente de la cosa, con subsistencia de las cargas preexistentes, a menos que consten debidamente inscritas en el correspondiente Registro limitaciones a la facultad de disposición o reservas de dominio”. Por tanto, la LDRG atiende aquí a dos cuestiones diferentes: las cargas preexistentes, por una parte, y las limitaciones a la facultad de disposición que consten debidamente inscritas en el registro correspondiente, por otra (cfr. arts. 23 C de C, 77 a 80 RRM, 31 ORVP).

#### **19.3.1. Subsistencia de las cargas preexistentes**

El retenedor podrá disponer del bien mueble retenido de valor inferior a 500 euros con subsistencia de las cargas preexistentes, es decir, con subsistencia de los derechos reales de prenda con desplazamiento, prenda sin desplazamiento o hipoteca mobiliaria, previa y válidamente constituidos y formalizados (cfr. art. 12.2 LDRG), y con subsistencia de las prohibiciones de

disponer o reservas de dominio debidamente inscritas (art. 15 LVP)<sup>931</sup>. En este punto, la LDRG atiende al principio general del Derecho, según el cual la transmisión de la cosa no altera su estado jurídico respecto de las cargas que la gravan. Por tanto, el retenedor, aunque se encuentra legitimado para disponer de la cosa retenida, no lo está para eliminar unilateralmente las cargas que la gravan y transmitirla como libre. En consecuencia, el adquirente habrá de soportar la carga o el gravamen existente, siempre que le sea oponible, esto es, si se demuestra que conocía su existencia, si el gravamen había de constar y consta inscrito en un registro público (Registro contable de valores anotados en cuenta (cfr. arts. 10 LMV y 13 RD 116/1992, Registro de Bienes Muebles (cfr. arts. 15 LVP y art. ) o si constaba en instrumento público (cfr. art. 12.2 LDRG).

Un gravamen resulta oponible a una persona determinada si se demuestra que ésta conocía su existencia. La oponibilidad del gravamen preexistente basada en el conocimiento requiere su reconocimiento por parte de la propia persona afectada o la prueba de que esa persona determinada conocía la existencia de la carga<sup>932</sup>.

Un gravamen resulta también oponible a terceros cuando conste debidamente inscrito en el registro correspondiente. Este es el caso del derecho real de prenda sin desplazamiento de la posesión o el de la hipoteca mobiliaria, cuya completa oponibilidad requiere, además de la forma solemne

---

<sup>931</sup> No obstante, como indica **POZO CARRASCOSA**: “La retenció...”, p. 229, cita 5., “és força improbable que s’arribi a utilitzar el mecanisme de retenció de l’article 8 del Projecte sobre béns gravats amb hipoteca mobiliària o penyora sense desplaçament, pels motius següents: -És improbable que el béns de l’article 12 de la *Ley de hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión* de 16 de desembre de 1954 tinguin un valor inferior a 500 €; és més probable (amb reserves) en el cas dels béns dels art. 52 a 55 de l’esmentada llei. -Les formalitats que requereix la constitució de la hipoteca mobiliària o la penyora sense desplaçament (art. 3 LHM: escriptura o pòlissa, més inscripció) comporten unes despeses que normalment no es farán per béns de valor inferior a 500 €”. Este último argumento resulta igualmente aplicable cuando se trate de una prenda con desplazamiento de la posesión, cuya plena oponibilidad o constitución requiere la formalización de la garantía en documento público (art. 12.2 LDRG) o su inscripción en el correspondiente Registro (art. 10 LMV), respectivamente.

<sup>932</sup> **POZO CARRASCOSA**: “La retenció...”, p. 229.

(art. 3.1º LHM) su inscripción en el Registro de Bienes Muebles (art. 3.3º LHM). Lo mismo sucede con las reservas de dominio y las prohibiciones de disponer, gravámenes que han de ser debidamente inscritos en el Registro de Bienes Muebles, cuando se incluyan en un contrato de venta a plazos de bienes mueble sometido a la Ley de Venta a Plazos (cfr. arts. 1, 2 y 5 LVP), para ser plenamente oponibles<sup>933</sup>. Así, según la Disposición Adicional Única, 2, del Real Decreto 1828/1999, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, el Registro de Bienes Muebles es un registro de “titularidades y gravámenes sobre bienes muebles”. En este Registro, según el artículo 15 LVP, han de inscribirse “las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que se inserten en los contratos sujetos a la presente Ley” para que sean oponibles a terceros (cfr. art. 16.3 LVP). En esta línea, el artículo 29 de la Orden de 19 de julio de 1999, por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, dispone que “quien adquiera a título oneroso y de buena fe algún derecho susceptible de inscripción en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, de quien según el propio Registro sea titular con facultades de disposición, será mantenido en su adquisición aunque posteriormente se anule o resuelva el derecho del transmitente por causa que no conste en el Registro. La buena fe se presume”.

Igualmente sucede con los derechos reales y otros gravámenes sobre valores representados por medio de anotaciones en cuenta, cuya constitución y plena oponibilidad requiere la oportuna inscripción en el registro contable correspondiente. Así, los artículos 10.2 LMV y 13.3 RD 116/1992, disponen que “La constitución del gravamen será oponible a terceros desde el momento en que se haya practicado la correspondiente inscripción”. De otro lado, según los artículos 9.3º LMV y 12.3 RD 116/1992, “El tercero que adquiera a título oneroso valores representados por medio de anotaciones en cuenta de

---

<sup>933</sup> Debe tenerse en cuenta que la prohibición de disponer es una cláusula que obligatoriamente ha de incluirse en cualquier contrato sometido a la LVP (art. 7.11 LVP) y que “se entiende establecida por ministerio de la Ley y por el hecho de la inscripción, aunque no esté expresamente pactada, siempre que el vendedor o financiador, en su caso, no autoricen la libre enajenación del objeto vendido” (art. 4.3º ORVP)



persona que, según los asientos del registro contable, aparezca legitimada para transmitirlos no estará sujeto a reivindicación, a no ser que en el momento de la adquisición haya obrado de mala fe o con culpa grave”.

Por otra parte, ciertos derechos reales resultan oponibles a terceros cuando consten debidamente formalizados. Así ocurre con la prenda posesoria, cuya válida constitución es libre en cuanto a la forma (cfr. art. 12.2 LDRG), pero que precisa la constancia de la misma en instrumento público para poder oponerse frente a terceras personas (cfr. art. 12.2 LDRG)<sup>934</sup>.

### **19.3.2. Limitaciones a la facultad de disposición**

Según el artículo 10.b) LDRG el titular de un derecho real de retención sobre un bien mueble de valor inferior a 500 euros puede disponer libremente del bien retenido “a menos que consten debidamente inscritas en el correspondiente Registro limitaciones a la facultad de disposición o reservas de dominio”. Tal y como se ha dicho, esta norma no sólo se refiere a las prohibiciones de disponer que consten explícitamente en el correspondiente registro, sino también a aquéllas otras que se derivan de la propia regulación del gravamen inscrito<sup>935</sup>.

Este último caso es el del artículo 4 LHM, que establece que “El deudor no podrá enajenar los bienes hipotecados o dados en prenda sin el consentimiento del acreedor” (cfr. arts. 29.3, 48, 65 y 81.2º LHM). No obstante, establecido este principio, la LHM no trata con carácter general los efectos que genera la contravención de la prohibición de disponer. A pesar de ello, y respecto de la hipoteca mobiliaria, el artículo 16 LHM dispone que esta garantía “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”. En consecuencia, poco importa al titular de una

---

<sup>934</sup> Véase CAP II, §1, 3.1

<sup>935</sup> **POZO CARRASCOSA:** “La retenció...”, p. 232.

hipoteca mobiliaria en qué patrimonio se encuentre el bien por la misma afectado, es decir, que se encuentre en el patrimonio del constituyente de la garantía o que haya sido enajenado a una tercera persona. Por lo que respecta a la prenda sin desplazamiento, no existe en la LHM un precepto paralelo al artículo 16 del mismo texto. A pesar de ello, no habría de haber inconveniente en aplicar por analogía el artículo 16 LHM a la prenda sin desplazamiento posesorio<sup>936</sup>.

En el caso de las prohibiciones de disponer incluidas en un contrato de venta a plazos de bienes muebles, su existencia comporta la nulidad absoluta del acto de disposición realizado, como sanciona el artículo 4.5º ORVP, según el cual “Salvo que las partes se limiten a prohibir determinados actos de enajenación o gravamen, la prohibición de disponer excluye, bajo sanción de nulidad absoluta, cualquier acto de riguroso dominio y dispositivo, a excepción de los actos «mortis causa» y de los «inter vivos» de carácter forzoso, como son las adjudicaciones derivadas de realizaciones forzosas judiciales o administrativas y las expropiaciones”.

---

<sup>936</sup> De esta opinión **POZO CARRASCOSA**: “La retenció...”, p. 232.

## **§. 6. PRELACIÓN DE LOS CREDITOS ASEGURADOS CON DERECHO REAL DE GARANTÍA MOBILIARIA**

### **20. EL ARTÍCULO 2.2. LDRG: LA REMISIÓN A LAS NORMAS GENERALES SOBRE PRELACIÓN DE CRÉDITOS**

Dice el número 2 del artículo 2 LDRG que “Tanto en la imputación de los frutos como en la atribución del precio obtenido en la realización del valor de la cosa, el crédito de la persona retenedora se somete a las reglas generales sobre prelación de créditos”. Se trata, ésta, de una norma de remisión que, en su sentido negativo, establece que los créditos asegurados por prenda posesoria o por derecho de retención, derechos reales de garantía sometidos al ámbito de la LDRG, no gozan de una preferencia distinta a la que les corresponde según las normas generales sobre prelación de créditos. Por tanto, a tenor de esta norma, para el cobro de los créditos asegurados con prenda posesoria o con derecho de retención resultan de aplicación las normas generales al respecto contenidas en el Código Civil (arts. 1921 y ss.) y en la Ley Concursal (arts. 89 y ss. y 154 y ss), así como aquéllas otras disposiciones especiales que alteren el orden generalmente establecido (arts. 1399.1º CC y 32.1 ET).

Atendiendo a la naturaleza de su mandato, la norma contenida en el artículo 2.2 LDRG, se incardina en un precepto que lleva como título “Eficacia general de los derechos reales de garantía regulados por la presente Ley”, dentro del Capítulo I dedicado a “Disposiciones generales”, pero separada del artículo 2.1 LDRG, donde se relacionan los efectos específicamente previstos por la LDRG para las garantías reales. El emplazamiento contextual de este precepto sugiere que la pretensión del legislador ha sido marcar una diferencia entre los efectos que la propia LDRG atribuye de forma específica a los derechos reales en ella regulados –retención, efecto anticrético e *ius*

*distrahendi* (art. 2.1 LDRG)-, de los efectos que les corresponde según las normas generalmente establecidas al efecto -prelación del crédito y consideración de la garantía como accesorio de éste (arts. 2.2 y 2.3LDRG).

Sin embargo, el orden de prelación que a los créditos con garantía mobiliaria corresponda es también uno de los efectos de la existencia de los correspondientes derechos reales de garantía constituidos en su seguridad. La cuestión es absolutamente clara para los créditos garantizados con prenda posesoria formalizada en instrumento público (cfr. art. 12.2 LDRG), cuyo orden de prelación es el que determina el artículo 1926.1º.1ª CC y el artículo 90.6º LC. En la prenda, la causa de preferencia, aunque tiene su origen en la ley, la crean las partes y constituye uno más de los efectos del derecho real de garantía<sup>937</sup>. Pero el problema se plantea cuando es el derecho real de retención el que garantiza un crédito cuyo lugar en el orden de prelación legalmente establecido para el cobro depende, como más adelante se analiza, de la naturaleza y finalidad de la garantía que le es accesorio<sup>938</sup>.

En este punto, la LDRG se refiere a la “persona retenedora”, de una manera general. El artículo 2.2 LDRG se refiere al crédito de quien mantiene la posesión de una cosa mueble ajena, ya sea por efecto de un derecho real de prenda constituido en instrumento público (cfr. art. 12.2 LDRG), o por efecto de un derecho real de retención válidamente constituido (cfr. art. 4.1 LDRG). Pero esta nominación genérica no supone, por sí misma, un mismo orden de preferencia para los créditos asegurados con derecho de prenda o de retención. La prelación de estos créditos es la que finalmente resulta de aplicar las normas generales sobre prelación de créditos a las que la LDRG remite.

---

<sup>937</sup> Igualmente, **GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO**, en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 2068; **CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN**: “Prelación de créditos”, *Revista General de Derecho*, 1993, pp. 1279 a 1318, p. 1287.

<sup>938</sup> La cuestión, como se verá más adelante, tiene que ver, fundamentalmente, con la razón de ser y con la funcionalidad de las causas de preferencia, es decir, depende de que ésta responda a la causa del crédito -privilegio- o a la voluntad del acreedor -derecho real.

## **21. PRESUPUESTOS GENERALES DE LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS**

La idea de ordenación relativa de los créditos tiene como presupuesto necesario la presencia de los siguientes elementos: la existencia de dos o más créditos que pretendan su satisfacción sobre el patrimonio de un mismo deudor, la insuficiencia patrimonial de éste para hacer frente a todas sus obligaciones y la clasificación y graduación de los créditos concurrentes.

### **21.1. Concurrencia de acreedores e insolvencia del deudor**

A diferencia de otros mecanismos legales de tutela del crédito, cuya función es proteger al acreedor del incumplimiento de su deudor, las normas sobre prelación de créditos pretenden la protección de aquél frente a la concurrencia de otros acreedores que, igualmente, pretendan hacer efectivo su crédito con el valor del patrimonio del mismo deudor. Es decir, la concurrencia de acreedores representa, para todos ellos, un riesgo para la efectividad de su derecho de crédito, especialmente en caso de insolvencia del deudor, esto es, cuando en caso de ejecución o de realización del patrimonio de éste el valor obtenido resulte insuficiente para cubrir la totalidad de los créditos concurrentes<sup>939</sup>. Por tanto, la concurrencia de acreedores, el conflicto entre ellos, es presupuesto de la prelación de créditos. Por la misma razón, las normas sobre concurrencia de acreedores pierden totalmente su sentido cuando existe una única pretensión de cobro, aunque el patrimonio del deudor resulte insuficiente para cubrir la totalidad de ese único crédito, ya que su satisfacción no depende de las circunstancias de ningún otro crédito concurrente. Lo mismo puede decirse en caso de que exista una pluralidad de

---

<sup>939</sup> **CASTILLO MARTÍNEZ:** “*Prelación...*”, p. 1280. Como pone de relieve **GARRIDO:** “*Teoría...*”, p. 1770, “el problema es tanto más agudo cuanto más grave es la insuficiencia del patrimonio del deudor y mayor sea el número de acreedores que concurran a la ejecución”.

créditos concurrentes y todos ellos correspondan a un mismo acreedor, quien no corre más riesgo que el derivado de la insolvencia del deudor.

Asimismo, las normas sobre concurrencia y prelación de créditos presuponen la insuficiencia patrimonial del deudor, esto es, que el valor de los bienes y derechos que se integran en el activo patrimonial del deudor no cubra la totalidad de las obligaciones por éste contraídas.

No obstante, la imposibilidad del deudor de hacer frente a sus deudas no ha de ser total. Se trata de determinar el destino de un patrimonio que, aunque insuficiente, ha de responder del cumplimiento de más de una obligación. Pero, evidentemente, no es posible emprender la satisfacción de ningún crédito, concurrente o no, cuando el activo del deudor es inexistente. En este caso no hay nada que repartir. Igualmente, cuando el patrimonio del deudor resulte suficiente para cubrir todos los créditos tampoco resulta necesario el recurso a las normas que ordenan el supuesto de concurrencia de acreedores, porque todos ellos cuentan con la posibilidad de cobrar totalmente la cuantía de sus respectivos créditos.

## **21.2. La clasificación y graduación de los créditos concurrentes. Los principios de preferencia y de proporcionalidad**

La concurrencia de acreedores y la insolvencia del deudor son elementos del supuesto de hecho del que parten las normas generales sobre prelación de créditos. Estas normas ordenan los créditos, clasificándolos y estableciendo una graduación entre ellos, en su relación global o conjunta. Esto significa que las normas sobre prelación de créditos determinan la preferencia de unos créditos<sup>940</sup>, los situados en una posición jerárquicamente superior,

---

<sup>940</sup> Aunque en el ámbito que se analiza los términos preferencia y prelación suelen utilizarse como sinónimos, como observa **GARRIDO**: *Teoría...*, p. 36, quizá sea posible hallar un matiz que justifique una distinción apreciable entre ellos: "Quizá, en el uso que el legislador hace del término «prelación» se encuentre una idea que está ausente en el concepto de preferencia: la idea de *ordenación* de los diversos créditos existentes contra un mismo sujeto. Así, el término «prelación» tiene el doble valor semántico de

sobre otros; preferencia en cuanto al cobro, atendiendo a la hipotética imposibilidad del deudor de hacer frente a la totalidad por la insuficiencia de su patrimonio.

Pero, si bien la preferencia informa las normas generales sobre prelación de créditos, no es éste el único principio acogido por el ordenamiento jurídico para solucionar los conflictos que tengan por causa la concurrencia de acreedores de un deudor común. Junto al principio de la preferencia el derecho de la concurrencia atiende también al principio de la proporcionalidad. Según este principio, los distintos acreedores concurrentes han de soportar la insolvencia del deudor común de una forma proporcional a la cuantía de sus respectivos créditos. Como punto de partida, el patrimonio general del deudor constituye la garantía general del derecho de crédito (art. 1911 CC), respecto del cual todos y cada uno de los acreedores tienen igual derecho a cobrar sus respectivos créditos. Sin embargo, esta pretensión de cobro de los acreedores concurrentes, en igualdad de condiciones, puede verse amenazada cuando el patrimonio del deudor resulte insuficiente para cubrir el pago de todas las deudas, por lo que resulta necesario establecer excepciones en determinados supuestos a la regla de la igualdad entre los acreedores concurrentes. Porque la proporcionalidad pretende que todos los créditos concurrentes participen en igual medida del perjuicio que supone la insolvencia del deudor común, evitando que sólo algunos acreedores, los más diligentes o próximos al deudor, puedan cobrar sus créditos mientras el resto pierden la posibilidad de resarcirse. La proporcionalidad funciona, pues, como un mecanismo de reducción de pérdidas para la generalidad de acreedores concurrentes, en el

---

«preferencia» (sentido «subjetivo» de la prelación) y de «graduación» como conjunto de relaciones de preferencia establecidas por el legislador en el ámbito de la concurrencia de créditos (sentido «objetivo» de la prelación)”. También aclara **GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO**: *La prelación de créditos en el Código Civil*, Librería Bosch, Barcelona, 1962, p. 15, que el concepto de prelación “tiene un sentido más amplio que los históricamente denominados *privilegios*, también créditos preferentes. Y tiene un sentido más amplio, porque la prelación puede existir aunque no haya privilegios, en el momento en que dos o más créditos concurren sobre un objeto determinado para su satisfacción”. En el mismo sentido **CASTILLO MARTÍNEZ**: “*Prelación...*”, p. 1281, entiende que la preferencia “ha sido conocida históricamente como privilegio, aunque la idea de prelación tenga un sentido más amplio que la noción de privilegio, la cual hace también referencia a la idea de crédito preferente”

sentido de que les asegura, a todos ello, la igualdad de trato o *par conditio creditorum*. Como se puede observar los principios de preferencia y de proporcionalidad tienden a resultados totalmente opuestos: mientras éste tiende a la consideración uniforme de todos los acreedores, sin establecer entre sus créditos ninguna jerarquía o prevalencia<sup>941</sup>, aquél parte, precisamente, de la consideración diferenciada de los créditos por razón de unas causas legalmente determinadas, y del establecimiento de una graduación de los mismos que determine la facultad que corresponde a sus titulares para exigir el cobro de su crédito sobre el patrimonio del deudor.

La calificación de crédito preferente se hace por específica atribución legal (art. 1925 CC y art. 89.2, final LC<sup>942</sup>). Es absolutamente preciso que una norma legal atribuya el carácter de preferente o privilegiado a un determinado crédito, facultando a su titular para anteponer la satisfacción del mismo a las pretensiones de cobro de otros acreedores. Esta circunstancia evidencia que el régimen jurídico de la concurrencia de acreedores parte del principio de la igualdad de rango de todos los créditos, del principio de la proporcionalidad, que no obstante se ve derogado en aquellos supuestos en los que un determinado crédito merece la calificación legal de preferente<sup>943</sup>. La preferencia consiste, pues, en una medida de refuerzo a la tutela ordinaria del crédito legalmente establecida. De esta manera, a las facultades ordinarias que corresponden al acreedor para defender sus intereses se adiciona otra, cuya única función es procurar y coadyuvar a la satisfacción de su crédito, y que se ejercita no frente al deudor, sino frente a personas ajenas a la relación

---

<sup>941</sup> En este sentido **CONTÍN TRILLO-FIGUEROA, SEBASTIÁN**: “La prelación de créditos en el proyecto de la Ley concursal española”, *Revista General de Derecho*, 2001, pp. 6635 a 6656, p. 6637.

<sup>942</sup> La Ley Concursal declara con rotundidad en esta norma que “No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”.

<sup>943</sup> Cuando varios acreedores concurren y ninguno tiene atribuido un derecho de preferencia superior el producto de la ejecución se ha de distribuir entre de ellos, de forma proporcional a sus respectivos créditos (regla del reparto a prorrata). Pero, esta regla cede cuando cualquiera de los créditos concurrentes tiene legalmente atribuido un derecho de preferencia, en cuyo caso prevalece este principio. En definitiva, la proporcionalidad se aplica siempre que no exista un derecho de preferencia o cuando, aún existiendo, los distintos créditos tengan asignado el mismo puesto en la graduación para el cobro.



obligatoria que pretenden hacer efectivo un derecho de crédito frente a un deudor común<sup>944</sup>.

De acuerdo con el principio de legalidad, los derechos de preferencia se atribuyen a los créditos que se encuentren en las circunstancias legalmente establecidas. Por tanto, las causas de preferencia han de ser necesariamente típicas. Como consecuencia de ambos caracteres, legalidad y tipicidad, la doctrina entiende inadmisibles la extensión analógica de las causas de preferencia a situaciones diversas de las previstas en la ley. Igualmente se entiende que esa limitación no excluye, sin embargo, la posibilidad de la interpretación extensiva cuando así lo exija la finalidad de la norma<sup>945</sup>.

## 22. ESQUEMA GENERAL DEL RÉGIMEN DE LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS

A partir de la aprobación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, existe una duplicidad de regímenes jurídicos aplicables al objeto de establecer la preferencia y prelación entre créditos concurrentes, según que ésta haya de determinarse en el seno de un procedimiento individual de ejecución o en un proceso concursal.

La reforma del Derecho concursal español recientemente aprobada, en atención al llamado principio de unidad de disciplina que la propia LC establece (EM II, 1º), unifica el tratamiento de los deudores insolventes, con independencia de que tengan o no la condición comerciante, estableciendo un único régimen jurídico para el concurso de acreedores (art. 1 LC)<sup>946</sup>.

---

<sup>944</sup> En este sentido **GARRIDO**: "Teoría...", p. 1780.

<sup>945</sup> En este sentido **GARRIDO**: *Tratado...*, p. 45 **GULLÓN BALLESTEROS**: *Comentario...*, p. 2065; **DÍEZ-PICAZO – GULLÓN**: *Sistema...*, v. I, p. 574; **LACRUZ BERDEJO**: *Elementos...*, t. II, p. 391.

<sup>946</sup> EM II, 2º LC: "La superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes es una fórmula que, además de estar justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, viene determinada por la

Igualmente, y en atención al mismo principio de unidad, y por efecto de la declaración del concurso, “todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes” (art. 49 LC). Dentro de la masa pasiva, la LC clasifica los créditos en “créditos contra la masa” y “créditos concursales” (art. 84 LC) y, respecto de estos últimos, establece un único orden de prelación al que todos ellos han de someterse (arts. 154 y ss., en relación arts. 89 y ss. LC), como más adelante se analiza.

---

tendencia a simplificar el procedimiento, sin que ello suponga ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios sometidos a un estatuto propio (llevar a cabo contabilidad obligatoria, inscripción en el Registro Mercantil) y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes y servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación”. En general, la doctrina muestra su opinión favorable al planteamiento de la Ley Concursal. Al respecto, **GARCÍA VILLAVERDE, RAFAEL**: “El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso”, en **AAVV: Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal**, dirigido por **GARCÍA VILLAVERDE, RAFAEL – ALONSO UREBA, ALBERTO – PULGAR EZQUERRA, JUANA**, Editorial Dilex, S.L., Madrid, 2003, pp. 27 a 53, p. 35; **VILA FLORENSA, PABLO**: “Comentario al art. 1 de la Ley Concursal”, en **AAVV: Nueva Ley Concursal**, Coordinado por **SALA REIXACHS, ALBERTO – MERCADAL VIDAL, FRANCISCO – ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME**, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2004, pp. 67 a 71, p. 69. Dentro del sistema concursal anterior a la vigencia de la Ley Concursal se preveían tres procedimientos distintos para resolver las situaciones de coexistencia de pluralidad de acreedores en supuestos de insolvencia del deudor común: el concurso, la quiebra y la suspensión de pagos. En los tres casos, la preferencia pignoratícia actuaba de forma similar, aunque existían algunas particularidades importantes en cada una de estas modalidades. En primer lugar, existía una diferencia fundamental en el ámbito subjetivo de aplicación de estos procedimientos: mientras que la quiebra (arts. 874 y ss. C de C y 1318 y ss. LEC) y la suspensión de pagos (arts. 870 C de C y Ley de 26 de julio de 1922) eran de exclusiva aplicación a los comerciantes o empresarios, el concurso se aplicaba a los deudores civiles insolventes. Por otra parte, aunque finalmente se llegara al mismo resultado por lo que respecta al crédito garantizado con prenda, el orden de prelación de créditos previsto en el Código Civil y el Código de Comercio (arts. 912 y ss. C de C) no era el mismo. En el Código de Comercio, el orden de prelación de los créditos que hubieran de ser satisfechos con el producto de los bienes muebles venía establecido en el artículo 913. Sin embargo, en este artículo no se hacía alusión alguna al crédito garantizado con prenda. A pesar de ello, la graduación que en el Código de Comercio correspondía a los créditos pignoratícios se deducía de lo dispuesto en el artículo 918, que concedía un derecho de ejecución separada en la quiebra al titular del derecho de garantía formalizado en instrumento público. Sobre las analogías y diferencias existentes entre esos tres procedimientos, véase **BROSETA PONT: Manual...**, pp. 718 y ss. Este mismo autor, en obra cit., p. 719, pone de relieve que “A pesar de las diferencias entre ambas instituciones concursales, y precisamente por sus analogías, la mayor parte de la doctrina postula lo que ya existe en otros ordenamientos extranjeros: la unificación de ambos procedimientos para sustituirlos por uno único que sea aplicable a todos los deudores insolventes, tanto si son empresarios mercantiles como si no poseen esta condición personal”.

En el resto de supuestos, esto es, en los procedimientos de ejecución singular, rigen las normas generales sobre concurrencia y prelación de créditos establecidas en el Título XVII CC, que se mantienen, a excepción de las disposiciones relativas a los procedimientos colectivos de quita y espera (arts. 1912 a 1920, y letras A) y G) del art. 1924.2º) (Disposición derogatoria única, 3, 2.º LC). Para dejar clara esta cuestión, la Disposición final primera LC reforma el artículo 1921 CC añadiéndole un nuevo párrafo, según el cual “En caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por lo establecido en la Ley Concursal”. En consecuencia, los artículos 1921 y siguientes del Código Civil siguen regulando los conflictos que puedan presentarse entre los derechos de cobro de dos o más acreedores, que deberán resolverse a través de una tercería de mejor derecho (arts. 614 y ss. LEC).

No obstante, la Disposición final trigésima tercera LC encomienda al Gobierno que, en el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, remita a las Cortes Generales un proyecto de ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, que reforme los Códigos Civil y de Comercio en esta materia, cuya revisión resulta necesaria “no sólo por el arcaísmo de un sistema formado por sedimentos históricos carente del orden lógico que debe presidir esta materia, sino por la acuciante exigencia de su armonización con la reforma concursal” (EM XII, 2º LC).

No obstante, a diferencia de lo que ocurre en la Ley Concursal, el Código Civil no contiene una enumeración exhaustiva de las causas de preferencia. Además de las causas de preferencia establecidas en este texto, existen otras que, por motivos diversos, aparecen en leyes especiales y que alteran la estructura y el orden establecido por el CC, planteando numerosos problemas de derogación tácita. Como consecuencia de la dispersión normativa y de la heterogeneidad de motivos a que en la actualidad obedecen

las situaciones de preferencia en este ámbito, se hace extremadamente complicado establecer un esquema sistemáticamente ordenado de las mismas, cuando hayan de determinarse en el seno de un procedimiento singular de ejecución<sup>947</sup>.

A pesar de lo anterior y atendiendo al origen de la preferencia, tradicionalmente se ha venido distinguiendo entre privilegios y garantías reales<sup>948</sup>. Se consideran privilegios aquellas preferencias con sustantividad

---

<sup>947</sup> **GARRIDO**: *Tratado...*, p. 300: “En realidad, la sistematización de los privilegios y las garantías reales se produce en el momento de la aprobación de los Códigos: con posterioridad, sin embargo, la racionalidad codificadora experimenta una progresiva erosión. Las leyes especiales introducen nuevos privilegios, incluso sin referencia alguna al sistema del Código. Así, la idea de reunir todas las causas de prelación en un solo cuerpo legal acaba por convertirse en un mero *desideratum*. Los legisladores continúan creando nuevos privilegios a fin de favorecer a ciertos grupos sociales emergentes con la intención de conceder sustanciales ventajas a los propios intereses públicos. Además, los nuevos privilegios se acumulan sobre los privilegios ya existentes, relegando a estos últimos en la graduación. En definitiva, la proliferación de causas de prelación se resuelve en la destrucción progresiva del sentido del sistema codificador de privilegios”. En este mismo sentido **CONTÍN TRILLO-FIGUEROA**: “La prelación...”, p. 6638, “Nuestro Derecho vigente contempla tal multitud de privilegios que el acreedor ordinario ve lejana la posibilidad de satisfacer su crédito”. En el mismo sentido se expresa la Exposición de Motivos, I, 4º LC: “El legislador español no ha puesto hasta ahora remedio a estos males. Pese a la pronta reforma que en el Código de Comercio de 1885 introdujo la Ley de 10 de junio de 1897 y de la muy importante que supuso la citada Ley de Suspensión de Pagos de 1922, las modificaciones legislativas han sido muy parciales y limitadas a materias concretas, lo que, lejos de mejorar el sistema concursal, ha contribuido a complicarlo con mayor dispersión de normas especiales y excepcionales, y, frecuentemente, con la introducción de privilegios y de alteraciones del orden de prelación de los acreedores, no siempre fundada en criterios de justicia”. Esta situación ha cambiado notablemente a partir de la publicación de la Ley Concursal, porque reduce los privilegios en número y cuantía y establece una mayor relevancia del principio de la *par condicio creditorum* (cfr. EM V, 1º LC), de manera que, como aprecia **CONTÍN TRILLO-FIGUEROA**: obra cit., p. 6641, “Respecto al trato de los acreedores, el principio de igualdad se constituye en regla general, con unas excepciones delimitadas”.

<sup>948</sup> Para **GARRIDO**: *Teoría...*, p. 58, aunque todas las preferencias puedan reconducirse al objetivo general de facilitar la satisfacción del crédito, la diferencia de origen que separa a los privilegios de las garantías reales se corresponde con la “profunda diferencia funcional” que existe entre las mismas: “los privilegios son instrumento utilizados por el legislador con la finalidad de favorecer a los acreedores cuya protección se considera necesaria, especialmente en el caso de insolvencia del deudor. Los privilegios son, por tanto, exponentes de la intervención del legislador en la economía, pues acrecientan la tutela de ciertos créditos con independencia de las medidas que tomen las propias partes de la relación crediticia. Desde esta perspectiva político-jurídica, las garantías reales se presentan de modo muy diverso, en tanto constituyen vías abiertas por el legislador para que las partes puedan atribuir el derecho de preferencia sin más trabas que el cumplimiento de los requisitos legales. En las garantías reales el legislador reconoce un espacio notable a la autonomía privada como fuerza creadora de derechos de

propia que la ley vincula directamente a un determinado crédito, por razón del mismo y con independencia de cualquier actividad accesoria de su titular. A las garantías reales corresponden aquellas otras preferencias que, contempladas por la ley en sus términos genéricos, dependen de la voluntad del acreedor, sin atender a la cualidad del crédito. Así pues, en los privilegios la preferencia existe por decisión legal, sin que en ningún momento intervenga la autonomía privada. En cambio, en las garantías reales, la preferencia es una manifestación más de la autonomía de la voluntad del acreedor, que decide vincularla como accesoria de su crédito observando los requisitos o las formalidades legalmente demandadas. Por tanto, en las garantías reales la preferencia, aunque legalmente tipificada, sólo existe cuando el acreedor decida crearla; creación a la que la ley atribuye validez y eficacia en cuanto se cumplan las condiciones legalmente establecidas para ello.

Desde otra perspectiva, la que ofrece la propia sistemática del Código Civil y de la Ley Concursal, las causas de preferencia pueden distinguirse entre generales y especiales, según confieran al acreedor el derecho a satisfacerse con prioridad sobre la totalidad del activo patrimonial del deudor común (arts. 1924 y 1929 CC, y 89.2 LC) o solamente sobre un bien o unos bienes específicos de ese patrimonio (arts. 1922, 1923, 1926 y 1927 CC, y 89.2 LC). A su vez, las causas de preferencia especiales se distinguen según recaigan sobre bienes muebles (arts. 1922 y 1926 CC, y 90 LC) o sobre bienes inmuebles (arts. 1923 y 1927 CC, y 90 LC).

La distinción entre causas de preferencia generales y especiales, además de su valor de clasificación, obedece, fundamentalmente, al distinto contenido y tratamiento jurídico de las mismas, por los diferentes poderes que confieren al acreedor<sup>949</sup>. En cualquier caso, como se ha dicho, la causa de preferencia atribuye al acreedor un derecho prioritario al cobro. Sin embargo, atendiendo a la posibilidad de conflicto entre créditos preferentes, el legislador

---

preferencia, para que de esa manera los particulares puedan proveer a sus necesidades de financiación". En este sentido **GULLÓN BALLESTEROS**: *Comentario...*, p. 2068.

los clasifica y establece una jerarquía entre ellos, valorando los distintos intereses que representan (art. 1921 CC, y arts. 155.3,2º y 156 LC). De esta manera, se intensifica la tutela de determinados créditos preferentes, aquellos que por diferentes motivos se consideran merecedores de mayor protección, que prevalecerán sobre aquellos otros que, aún estando igualmente tutelados por una causa de preferencia, a juicio del legislador han de ceder ante los primeros. Así, una vez clasificados los créditos especiales que gocen de preferencia con relación a bienes determinados (arts. 1922 y 1923 CC, y art. 90 LC), y que excluyen a todos los demás hasta donde alcance el valor del bien a que la preferencia se refiere (arts. 1926.1º y 1927.1º CC, y art. 156 LC), estos se gradúan entre sí estableciendo reglas para solucionar los supuestos de colisión, cuando dos o más derechos recaigan sobre unos mismos bienes. Atendiendo a todo ello, el titular de un crédito especialmente preferente tiene derecho a satisfacerse con prioridad respecto de los acreedores concurrentes cuyos créditos se encuentren igualmente protegidos por una causa de preferencia especial de grado inferior en la jerarquía, aunque sólo sea atendiendo a sus fechas de constitución en forma<sup>950</sup> (1926.2º y 1927.2º CC, y 155.3, 2º LC)<sup>951</sup>, y siempre con prioridad sobre los acreedores con causa de preferencia general, ordinarios o subordinados (art. 1929 CC, y arts 156. 157 y 158 LC)<sup>952</sup>.

---

<sup>949</sup> **GARRIDO:** *Tratado...*, p. 112.

<sup>950</sup> La Ley Concursal no establece una jerarquía en un sentido estricto entre los distintos créditos con privilegio especial, pero soluciona el supuesto de colisión atendiendo al criterio de la "prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros" (art. 155.3,2º LC).

<sup>951</sup> Las causas de preferencia no son absolutas, en el sentido que, dependiendo del grado que cada una de ellas tenga legalmente atribuido, habrán de ceder ante otros créditos concurrentes con causa de preferencia superior o prevalecerán sobre aquellos otros considerados jerárquicamente inferiores.

<sup>952</sup> No obstante, antes que cualquier crédito preferente se satisfacen, en su caso, los llamados créditos contra la masa, es decir, los gastos originados por el procedimiento concursal. Es la llamada prededucción, operación que también tiene como presupuesto la existencia de un procedimiento concursal, pero de función y estructura diversa a la de la preferencia. Para **GARRIDO:** *Tratado...*, p. 49, la prededucción es una exigencia "dictada por la misma naturaleza del proceso, que impone que los gastos contraídos en el curso de la actividad de realización de los bienes sean satisfechos antes de proceder al reparto del activo obtenido mediante la ejecución de dichos bienes (...) No se trata, en definitiva, de un atributo del crédito en sí, sino de un atributo del crédito en tanto en cuanto éste se inserta

Una vez satisfechos los créditos que gocen de preferencia con relación a determinados bienes, el remanente, si lo hubiera, se acumula al resto del activo patrimonial del deudor y, junto a éste, se destina al pago del resto de los créditos concurrentes, entre los que se incluyen los tutelados con preferencia o privilegio general, los ordinarios y los subordinados (art. 1928.1º CC, y arts. 156, 157 y 158 LC). Si los créditos con preferencia especial no consiguieran su total satisfacción con el valor conseguido en la realización de los bienes especialmente vinculados, sus titulares podrán dirigirse, para la satisfacción del resto, contra la totalidad del patrimonio del deudor, como titulares de créditos preferentes generales o de créditos ordinarios, “según su respectiva naturaleza” (art. 1928.2º CC, y 157.2 LC)<sup>953</sup>.

## **23. LA PREFERENCIA DE LOS CRÉDITOS GARANTIZADOS CON PRENDA**

### **23.1. La garantía real pignoraticia como causa de la preferencia en la Ley Concursal**

El régimen jurídico establecido en materia de clasificación y prelación de los créditos concurrentes en un procedimiento concursal constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la Ley Concursal<sup>954</sup>. Esta Ley

---

en un proceso de ejecución. Así, la prededucción no encuentra su origen en una relación de naturaleza sustancial, sino procesal, y sólo existe mientras exista el proceso mismo”. No obstante, como puso de relieve **CONTÍN TRILLO-FIGUEROA**: “La prelación...”, p. 6642, en relación al Proyecto de Ley Concursal pero igualmente adecuado prevé que “la satisfacción de estos créditos se hará con cargo a la masa activa de los bienes, siempre que no estén protegidos con privilegio especial (a sensu contrario, sí que podrán cobrarse con cargo a bienes afectos a privilegios generales). Pierden parte de su contenido privilegiado respecto de la anterior regulación, puesto que se situaban por encima del concurso, como créditos prededucibles”. (cfr. art. 153 Proyecto de Ley Concursal, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los diputados, Núm. 101-1, de 23 de julio de 2002).

<sup>953</sup> **GULLÓN BALLESTEROS**: *Comentario...*, p. 2080, advierte que “Esta expresión legal hay que interpretarla como sinónima de «según la naturaleza de su título», pues la naturaleza de su crédito es la que dio origen a que la ley les concediese el privilegio especial con el que no han logrado su plena satisfacción”.

<sup>954</sup> Esta es una consideración unánime entre la doctrina. **CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN**: “La nueva Ley concursal española en el marco de la armonización del Derecho europeo: el principio de universalidad y la clasificación de los créditos en el concurso”, *Actualidad Civil*, nº 33, 2003, pp. 885 a 9905, p. 894, considera que la

clasifica los créditos en créditos contra la masa y créditos concursales, y, dentro de estos últimos, en créditos privilegiados, ordinarios y subordinados (art. 89.1). A su vez, los créditos privilegiados se clasifican en “créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos, y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor” (art. 89.2). Los créditos ordinarios se encuentran definidos en forma negativa, ya que son “aquellos que no se encuentren calificados en esta Ley como privilegiados ni como subordinados” (art. 89.3), mientras que los subordinados, en consecuencia, son aquellos que, por razones diversas, quedan postergados respecto de todos los demás.

Los créditos con privilegio especial se encuentran relacionados en el artículo 90 LC<sup>955</sup>, cuyo número 5º considera como tal a “Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados”<sup>956</sup>, mientras que en el número 6º se incluyen “los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes y

---

innovación introducida por la Ley Concursal se debe, básicamente, a un triple orden de razones: la reducción sustancial de los créditos calificados como preferentes dentro del concurso, la determinación exclusiva y excluyente de los privilegios crediticios, y la aplicación limitada a la materia concursal que la propia Ley establece.

<sup>955</sup> Como indica **CASTILLO MARTÍNEZ**: “La nueva...”, p. 896, “Bajo la denominación de «créditos con privilegio especial» el artículo 90 de la Ley Concursal enuncia un listado de créditos preferentes que, más que privilegios en sentido estricto integran supuestos de relaciones crediticias aseguradas mediante garantías reales o bien situaciones de titularidad dominical con fines de garantía, en todo caso equiparables funcionalmente a las clásicas garantías reales”. La misma consideración en **ALONSO LEDESMA, CARMEN**: “Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación”, en **AAVV**: *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, dirigido por **GARCÍA VILLAVERDE, RAFAEL – ALONSO UREBA, ALBERTO – PULGAR EZQUERRA, JUANA**, Editorial Dilex, S.L., Madrid, 2003, pp. 357 a 408, p. 369.

<sup>956</sup> **ALONSO LEDESMA**: “Delimitación...”, p. 370, considera acertado el criterio del legislador al incluir y mencionar expresamente a la prenda de créditos, “toda vez que este tipo de prenda encaja con dificultad en el régimen común de la prenda y la ausencia de mención de la misma podía haber dado lugar a conflictos interpretativos. De ahí que aunque esta modalidad pignoratícia pudiera entenderse comprendida dentro de la referencia general realizada a los acreedores prendarios (aunque por su estructura más bien se asemeje a una hipoteca mobiliaria), las peculiaridades de la figura (inscripción constitutiva en el registro llevado por la sociedad gestora que equivale al desplazamiento del título, art. 10 LMV, arts. 50 y 51 RD 116/1994, de 14 de febrero, y variabilidad en función de si se trata de valores cotizados o no cotizados), aconsejan realizar una mención expresa de la misma”.



derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados”. En consecuencia, la Ley Concursal considera que el titular de un derecho real de garantía tiene derecho a satisfacer su crédito con prioridad respecto de los acreedores concurrentes cuyos créditos no se encuentren igualmente protegidos, a cargo de los bienes o derechos afectos a la garantía. Igualmente protegidos quedan los intereses del crédito garantizado con prenda, porque, aunque los créditos por intereses de cualquier clase se consideran créditos subordinados, el artículo 92.3º LC los excluye de esta categoría “hasta donde alcance la respectiva garantía”. No obstante, aunque los créditos asegurados con garantía real tienen, como se ha dicho, la calificación de especialmente privilegiados, puede suceder que pasen a tener la consideración de créditos subordinados si sus titulares quedan incluidos en el grupo de “Personas especialmente relacionadas con el concursado” a las que se refiere el artículo 93 LC.

El pago a los acreedores se encuentra regulado en la Sección 4ª del Capítulo II, del Título V de la Ley Concursal. Antes de proceder al pago de los créditos concursales, se deducen de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa, que se relacionan en el art. 84.2 LC (art. 154.1 LC). Siguen a los anteriores en el orden de prelación y pago los créditos con privilegio especial, relacionados en el artículo 90 LC, “con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva” (art. 155.1 LC). En el caso de que un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán de acuerdo al criterio de la prioridad temporal en la constitución formal del derecho. Una vez deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para hacer frente a los créditos contra la masa, se procederá al pago de los créditos con privilegio general, siempre con cargo a los bienes y derechos no afectos a privilegio especial, excepto que de estos exista un remanente, “por el orden establecido en el artículo 91 y, en su caso, a prorrata

dentro de cada número” (art. 156 LC). Satisfechos los créditos privilegiados, se efectuará el pago de los créditos ordinarios con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos todos los anteriores (art. 157.1 LC), también a prorrata, pero “conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte en que éstos no hubieren sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos” (art. 157.2 LC). No obstante, en casos excepcionales y a solicitud de la administración concursal, el juez puede autorizar motivadamente el pago anticipado de créditos ordinarios, cuando considere que el pago de los créditos contra la masa y los privilegiados se encuentra suficientemente cubierto (art. 157.1, final LC). Finalmente, una vez satisfechos íntegramente los créditos ordinarios, se procederá al pago de los créditos subordinados (art. 158.1 LC) por el orden establecido en el artículo 92 LC y, en su caso, a prorrata dentro de cada número (art. 158.2 LC).

### **23.2. La garantía real pignoraticia como causa de la preferencia en Código Civil**

Según el artículo 1922 CC, que se ocupa de clasificar los créditos que gozan de una preferencia especial sobre determinados bienes muebles del deudor, los créditos garantizados con prenda podrán satisfacerse prioritariamente sobre el valor de la cosa empeñada (art. 1922.2º CC)<sup>957</sup>. Por su parte, el artículo 1926 CC, que determina la jerarquía entre los créditos concurrentes con preferencia especial sobre bienes muebles, establece que el crédito pignoraticio excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa empeñada (art. 1926.2º.1ª CC). En consecuencia, según las normas generales sobre concurrencia y prelación de créditos establecidas en el Código Civil, el crédito pignoraticio excluye a todos los demás que pretendan resarcirse a costa del valor de la cosa pignorada<sup>958</sup>.

---

<sup>957</sup> Evidentemente, el objeto de la preferencia especial del crédito garantizado con prenda es el bien o los bienes afectados por la garantía, que pueden pertenecer no al deudor, sino a un sujeto distinto del deudor (cfr. art. 13.1 LDRG). En cualquier caso, la concurrencia se formará cuando existan otros acreedores del pignorante que pretendan hacer efectivos sus créditos sobre el bien empeñado.

<sup>958</sup> Así ha sido reconocido por la doctrina jurisprudencial, como se hace saber en la STS de 13 de noviembre del 2001, FD Segundo: “Está fuera de toda duda que los créditos garantizados con prenda gozan de preferencia sobre la cosa empeñada que se halle en

Igual que ocurre con la mayoría de los privilegios especiales (cfr. art. 1922,1º, 5º y 7º CC), el Código Civil basa los efectos de la preferencia del crédito pignoraticio en que la cosa gravada "se halle en poder del acreedor" (art. 1922.2º CC). Esta expresión legal no ha de ser entendida en el sentido de que el acreedor pignoraticio que pretenda ejercitar su derecho de preferencia deba ostentar la posesión material de la cosa pignorada. Fundamentalmente, porque no resulta necesario que la garantía recaiga sobre un bien mueble materialmente poseíble (cfr. arts. 10 LMV, 57.2,3º LSA), pero, además, porque la propia LDRG permite que la cosa se encuentre en posesión de una tercera persona, por ejemplo, porque así se haya constituido la garantía (art. 12.1, b)<sup>959</sup>, incluso en poder de su propietario, por ejemplo, por necesidades de mantenimiento o reparación (art. 18.3). Lo esencial es, como dice la norma, que la prenda se encuentre en poder del acreedor, de manera que se produzca una situación en la que al pignorante no le sea posible disponer de la cosa empeñada como libre de gravamen. Por otra parte hay que tener en cuenta que la pérdida del "poder" del acreedor sobre la cosa empeñada no supone automáticamente la pérdida de la preferencia pignoraticia, cuando esa pérdida se produce sin o en contra de la voluntad del titular del derecho. El acreedor mantiene su preferencia mientras disponga de un mecanismo legal para recobrar ese poder. Por tanto, el titular de la prenda podrá ejercitar las acciones oportunas para recobrar la cosa, en cuyo caso podrá hacer valer la preferencia que a su crédito corresponde (cfr. arts. 18.3 LDRG, 1869.2º y 464 CC)<sup>960</sup>.

Es posible, no obstante, que el crédito pignoraticio concorra con otro crédito igualmente asegurado con garantía real sobre el mismo bien mueble,

---

poder del deudor hasta donde alcance el valor de la misma, excluyendo a todos los demás (artículos 1922.2º y 1926, primer párrafo del Código Civil)".

<sup>959</sup> Supuesto que sí contempla el artículo 90.1, 6º LC, según el cual "Son créditos con privilegio especial (...) Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero (...)".

<sup>960</sup> **GULLÓN BALLESTEROS:** *La prelación...*, p. 48; **CASTILLO MARTÍNEZ:** "Prelación...", p. 1293.

como pueda ser, por ejemplo, un derecho de retención, o con una reserva de dominio (art. 16.5 LVP)<sup>961</sup>. En estos casos, cuando la garantía pignoratícia no consta en instrumento público, prevalece el derecho concurrente debidamente

---

<sup>961</sup> El caso de concurrencia con una reserva de dominio es altamente improbable, pero, aún así, cabe la hipótesis de que el vendedor empeñe antes de vender la cosa con reserva de dominio. En cambio, el comprador de un bien con reserva de dominio carece de legitimación dispositiva y, en consecuencia, cualquier acto de gravamen por él realizado será nulo de pleno derecho (art. 4. 4º ORVP). Por otra parte, a pesar de la habitual utilización de la reserva de dominio y de la atención doctrinal de la que este pacto ha sido objeto, todavía hoy no ha sido posible determinar de forma comúnmente aceptada, su configuración jurídica o, lo que es lo mismo, su naturaleza jurídica, su contenido y sus efectos. En torno a la reserva de dominio se han planteado elaboradas construcciones jurídicas, entre las cuales destacan la llamada tesis tradicional y la llamada tesis de la equiparación o de la garantía. Según la tesis tradicional, la primeramente formulada y la mayoritariamente aceptada, el comprador de un bien mueble a plazos sometido a una reserva de dominio adquiere sólo la posesión y el goce del bien vendido en tanto no pague todos los plazos, pero no la propiedad o el dominio, que lo mantiene el vendedor o el financiador, esto es, el acreedor; el mantenimiento de la propiedad en el vendedor se intenta justificar técnicamente por aplicación de la teoría de la condición suspensiva, entendiéndose que la tradición queda suspensivamente condicionada al pago total del precio. Por el contrario, la tesis de la equiparación, sobre la base de la voluntad de las partes, sostiene que el comprador es quien se convierte en propietario desde el mismo momento de la entrega, mientras que el vendedor sólo se «reserva» el dominio a modo de garantía sobre cosa ajena, de tal forma que la función de la reserva de dominio se equipara a la del derecho real de prenda; en este caso, la tradición del bien vendido se somete a condición resolutoria, de manera que despliega todos sus efectos desde que tiene lugar la entrega material de la cosa al comprador, aunque amenazados de resolución. A rasgos generales, y a mi juicio, la tesis de la equiparación o de la garantía es la que mejor se ha ajustado a nuestro sistema jurídico, sobre todo a partir de la LHM de 1954 y de la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles de 1965. A pesar de ello, la teoría clásica continúa siendo la mayoritariamente aplicada por los tribunales. Así, la STS de 28 de abril del 2000, FD Primero: “Las ventas sometidas a pacto de reserva de dominio han sido reconocidas en cuanto a su validez y eficacia por la doctrina uniforme de esta Sala ya desde sentencias antiguas (...) En virtud de dicha relación, configurada como compraventa sometida a condición suspensiva, el negocio sólo se reputa de momento perfeccionado, desplegando sus efectos «ipso iure», cuando se verifica el completo pago del precio, lo que ocasiona la transferencia definitiva de lo vendido”. En el mismo sentido SSTs de 10 de febrero de 1998, FD Primero, 7º; 20 de junio del 2000, FD Segundo, 3º; 12 de julio de 1996, FD Segundo; 16 de julio de 1993, FD Tercero; 12 de marzo de 1993, FD Tercero. Sobre este tema **AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL**: “El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1972, pp. 9 a 41; **BARRADA ORELLANA, REYES**: “Aproximación al pacto de reserva de dominio según la Ley 28/1998, de venta a plazos de bienes muebles”, *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, nº 82, enero-febrero, 1999, pp. 272 a 298; **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO**: *La Cláusula de Reserva de Dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid, Moneda y Crédito, 1971; **CASAS Y VALLÉS, RAMÓN**: “La reserva de dominio en la venta de inmuebles”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3, 1986, pp. 605 a 648; **MAGARIÑOS BLANCO, VICTORIO**: “Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 608, 1992, pp. 63 a 142; **RIVERA FERNÁNDEZ, MANUEL**: *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

documentado o inscrito a los efectos de su plena oponibilidad, aunque sea de existencia posterior. Cuando la prenda sea también plenamente oponible rige, respecto de los derechos concurrentes, el criterio de la prioridad temporal *-prior tempore potior iure-* en la constitución de la garantía. No es posible, en cambio, en el ámbito de la LDRG que el crédito pignoraticio concorra con otro de igual naturaleza, por la expresa prohibición establecida por el artículo 14.1 LDRG, según el cual no es posible dar en prenda una cosa ya empeñada. Igualmente, el artículo 55.2º LHM prohíbe entregar en prenda con desplazamiento los bienes muebles gravados con prenda posesoria o con hipoteca; y, a la inversa, el artículo 2 de esta misma Ley prohíbe constituir hipoteca o prenda sin desplazamiento posesorio sobre bienes pignorados (cfr. art. 10 LHM). En cualquier caso, la preferencia que según el Código Civil corresponde al crédito garantizado con prenda debidamente formalizada permite su oponibilidad a todos los terceros, ya sean acreedores ordinarios o preferentes, a excepción de los créditos de los trabajadores por los últimos treinta días de trabajo o por el llamado privilegio laboral refaccionario (art. 32.1 ET) y, en su caso, de los créditos por pensiones alimenticias en la disolución de la sociedad de gananciales (art.1399 CC)<sup>962</sup>, respecto de los cuales el crédito pignoraticio tiene asignada una preferencia de inferior rango.

---

<sup>962</sup> El orden de prelación que determinan las normas generales ha sido alterado, como se ha dicho, por algunas disposiciones especiales posteriores al Código Civil. De todas ellas, la preferencia especial establecida en el artículo 32.1 ET afecta al orden de prelación de la prenda establecido por el artículo 1926 CC. El artículo 32 ET dispone en sus dos primeros números que “Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo, y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca”, y que “Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario”. Por otra parte, habrá que tener también en cuenta el artículo 54 de la Ley nº. 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, según el cual “los créditos en dinero por la cesión de derechos de explotación tienen la misma consideración que la de los devengados por salarios o sueldos en los procedimientos concursales de los cesionarios, con el límite de dos anualidades”. Sin embargo, sobre el grado de preferencia que corresponde a las deudas alimenticias en la disolución de la sociedad de gananciales no es unánime la doctrina. Por una parte, **DÍEZ-PICAZO, LUIS – GULLÓN, ANTONIO**: *Sistema de Derecho Civil*, v. IV, séptima edición, revisada y puesta al día, Tecnos, S.A., Madrid, 1997, p. 221, consideran que si el caudal inventariado no resulta suficiente para hacer frente a todas las deudas “se rompen las reglas generales sobre preferencia entre créditos, pues se otorga una preferencia absoluta a los créditos «alimenticios». Igualmente **GARRIDO**: *Tratado...*, p. 395. En cambio, **PEÑA BERNALDO DE QUIROS, MANUEL**, en **AAVV**: *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-**

### **23.3. Requisitos formales de la preferencia del crédito pignoraticio**

Atendiendo a la clasificación tradicional que distingue entre privilegios y garantías reales según el origen inmediato de la preferencia, la prenda se integra en este último grupo. Se trata, por tanto, de una preferencia especial de origen convencional, que atribuye una tutela adicional al crédito garantizado con prenda, con independencia de la causa del mismo, para hacerse efectivo con cargo al valor de un bien o unos bienes determinados del pignorante. Por tanto, la preferencia del crédito pignoraticio no la otorga automáticamente la ley por la causa o la cualidad del crédito tutelado, sino que nace de la existencia de un derecho real de garantía, la prenda, creado por las partes que, así, crean la preferencia<sup>963</sup>.

Sin embargo, para que la tutela convencional adicional que proporciona la prenda sea legalmente reconocida no resulta suficiente la válida constitución de la garantía. Para que la prenda goce de la preferencia que le otorga los artículos 1922 y 1926 CC y 90,1, 6º primer inciso LC, resulta necesario que la constitución del derecho real de garantía, que depende de la voluntad del acreedor, haya revestido la forma de constitución que la ley demanda para ello, concretamente, que el negocio se haya hecho constar en instrumento público, como requiere el artículo 12.2 LDRG para que, en el ámbito que le corresponde, la garantía tenga plenos efectos y pueda ser plenamente oponible

---

**ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - Díez-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 784, sugiere otra posible interpretación por entender que el artículo 1399 CC “no modifica propiamente el orden de prelación: en el sistema del CC las preferencias se señalan con carácter exhaustivo (art. 1.925) en los arts. 1.921 y ss. Lo que hace el art. 1.399 es dar una regla a los encargados de la gestión y liquidación del patrimonio ganancial en relación con la cuestión del orden con que ellos han de proceder a los pagos (corrigiendo, en esto, las reglas establecidas en el art. 1.028 II) (...) Pero en caso de juicio concursal o de tercería de mejor derecho, las preferencias serán decididas por las reglas de los arts. 1.921 y ss. CC ó 912 y ss. C de C con las modificaciones introducidas por leyes especiales”.

<sup>963</sup> **GULLÓN BALLESTEROS**: *La prelación...*, p. 47: “Las partes, en la prenda, no sólo crean el supuesto de donde dimana la causa de preferencia, sino la misma también”. Igualmente, **CASTILLO MARTÍNEZ**: “Prelación...”, p. 1292.

a terceros. De esta manera, la preferencia que acompaña a la prenda completa la función de garantía para la que se constituye el derecho real, no porque asegure la satisfacción del crédito garantizado, sino porque la hace más probable al situarlo en un lugar jerárquicamente superior al que corresponde al resto de los créditos con preferencia especial que pretendan satisfacerse con cargo al valor del mismo bien empeñado. En este caso, el crédito pignoraticio goza de una preferencia por causa de la seguridad que representa el derecho real de garantía constituido en forma solemne<sup>964</sup>.

No obstante lo anterior, el artículo 90.1, 6º, final LC dispone que en el caso de la prenda de créditos no resultará necesario que la garantía se haga constar en instrumento público para su completa oponibilidad, sino que “basta con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados”. En consecuencia, la actual Ley concursal, al menos por lo que al proceso colectivo se refiere y respecto de la prenda de créditos, se aparta de lo dispuesto por la legislación específica en el artículo 2.2. LDRG y en el artículo 1865 CC según su interpretación mayoritaria, que en cualquier caso demandan la formalización solemne de la garantía pignoraticia para ser oponible a terceros, diferencia que el propio legislador de la Ley Concursal conoce, dado que según el número 2 de ese mismo artículo 90 LC “Para que los créditos mencionados en los números 1º a 5º del apartado anterior puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades

---

<sup>964</sup> Atendiendo a todo ello, la inclusión de la preferencia pignoraticia en el artículo 1922 CC ha sido calificada como desafortunada y técnicamente incorrecta. Así **GULLÓN BALLESTEROS**: *La prelación...*, p. 48: “No dudamos en calificar la inclusión de este privilegio en el artículo 1.922 como desafortunada. Si el privilegio es constituido por la ley, es de origen exclusivamente legal, no puede decirse que se dé cuando la causa de preferencia ha sido creada por la voluntad de las partes. La preferencia que genera el derecho de prenda nace exclusivamente del derecho real, como uno de sus caracteres”. Igualmente, **CASTILLO MARTÍNEZ**: “Prelación...”, p. 1293. **CARRASCO PERERA**: *Tratado...*, p. 810, resalta que “existen profundas diferencias entre el derecho de prenda y la prelación de créditos reconocida a ciertos acreedores –entre ellos, el acreedor pignoraticio, art. 1922.2º y 3º CC- para cobrar sobre el producto de los bienes muebles. A diferencia del derecho de prenda, los privilegios carecen de reipersecutoriedad «erga omnes», pues se extinguen cuando la cosa sobre la que recaen es enajenada por el deudor. También a diferencia de la prenda (cfr. arts. 1191 y 871.II CC), el privilegio no se extingue con la pérdida voluntaria de la posesión”.



previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores”. Por tanto, en este caso y en este ámbito no resulta necesaria la constancia de la prenda en documento público para su plena oponibilidad; previsión que, a mi juicio, será difícil de cohonestar con la contenida al respecto en la LDRG, Ley que establece el régimen general de la prenda en Cataluña y que según su artículo 12.2, que no incluye excepción alguna, “La prenda no tiene efectos contra terceras personas, sino desde que consta en instrumento público”.

#### **23.4. Ejercicio de la preferencia del crédito pignoraticio y su vinculación a un proceso**

El derecho de preferencia siempre aparece conectado a un proceso, que no necesariamente ha de iniciarlo el titular de la preferencia. Lo que se requiere es que se haya iniciado una ejecución, que puede ser singular o colectiva<sup>965</sup>. Es decir, las normas sobre prelación y graduación de créditos se aplican en el momento en que dos o más créditos concurren para su satisfacción sobre un patrimonio determinado, cuando el valor total de éste resulta insuficiente para cubrir la totalidad de aquéllos. En concreto, el derecho de preferencia especial que proporciona la prenda, limitado al valor del bien empeñado, se ejercita en el momento de la realización de ese bien, cuando ha de determinarse a quién corresponde el precio obtenido, ya sea porque se promueve una denominada

---

<sup>965</sup> **FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, MIGUEL ÁNGEL**, en **AAVV: Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**, coordinado por **FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, MIGUEL ANGEL - RIFÁ SOLER, JOSÉ M<sup>a</sup> - VALLS GOMBAU, JOSÉ FRANCISCO**, t. III: artículo 556 al 827, Iurgium editores, Barcelona, diciembre 2000, p. 2939: “Cualquier preferencia de carácter general – esto es, efectiva cualquiera que sean los bienes embargados- sería ilusoria si no pudiera hacerse realidad cuando los bienes corren cierto peligro –o un peligro cierto- de desaparecer como consecuencia de la ejecución singular instada por otro acreedor. Si salen del patrimonio del deudor, no es posible ejercitar sobre ellos preferencia alguna. Y, en el peor de los casos, cuando la preferencia se refiere sólo a ciertos bienes muebles o inmuebles, la necesidad es la misma que en un proceso concursal, pues, vendidos estos bienes, desaparece el derecho de preferencia (a no ser que, además, se haya constituido sobre ellos un derecho real). De ahí, que el ejercicio de cualquier privilegio exija una ejecución –singular o concursal- instada por otros acreedores (...) En ausencia de un proceso de ejecución que amenace los bienes a que se refiere la preferencia, el ejercicio del privilegio carece de utilidad”.



tercería de mejor derecho (art. 614 y ss. LEC) en el contexto de una realización singular, ya sea mediante un proceso concursal de ejecución colectiva.

### **23.4.1. El ejercicio del derecho y su vinculación a un proceso de ejecución singular**

La tercería de mejor derecho la interpone individualmente el acreedor que considere tener una preferencia superior al derecho de quien, también singularmente, pretende la realización del valor de los bienes del patrimonio del deudor y acompañe un título en el que base su pretensión (art. 614.1 LEC)<sup>966</sup>. La pretensión del tercerista de mejor derecho es doble, ya que, por una parte, trata de que su crédito sea reconocido como preferente respecto del ejecutante y, por otra, y como consecuencia de la anterior, se opone a que se pague el crédito del ejecutante en tanto que ese pago pueda impedir la satisfacción del propio<sup>967</sup>. Se trata de una acción que el tercerista de mejor derecho puede interponer en cualquier momento del proceso, en tanto no se haya producido el pago al acreedor que lo inició (art. 615.2 LEC)<sup>968</sup>. La interposición de la tercería

---

<sup>966</sup> **ARROYO GARCÍA, SAGRARIO – FONT SERRA, EDUARDO – GARCÍA PAREDES, ANTONIO – GUTIÉRREZ SANZ, MARÍA – ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO – UREÑA GUTIÉRREZ, PABLO:** *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinado por **CABAÑAS GARCÍA, JUAN CARLOS**, Editorial Trivium, Madrid, 2000, p. 582: “La tercería de mejor derecho se incardina dentro de la ejecución singular, pues aunque hay varios acreedores (ejecutante y tercero), su pretensión es la de cobrar con el producto de los bienes embargados y no sobre el patrimonio universal del deudor (...) Le corresponde a quien afirme un derecho a que su crédito sea satisfecho con preferencia al del acreedor-ejecutante”. En el mismo sentido **VÁZQUEZ BARROS, SERGIO:** *Las tercerías. Bienes embargables, Bienes inembargables*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2001, p. 454: “El problema de la prelación o la preferencia es común a todas las tercerías de mejor derecho, porque viene a ser un concurso de acreedores en un proceso singular, dos ejecuciones simultáneas contra un mismo deudor y unos mismos bienes”. Según este último autor, obra cit., p. 409, “Podemos definir la tercería de mejor derecho como la participación de un tercero en un procedimiento ejecutivo (por tanto no es ni acreedor ni ejecutado) que se opone a que se haga efectivo el pago al ejecutante hasta tanto con lo obtenido por la realización de los bienes del deudor, no sea suficiente para cubrir su crédito”.

<sup>967</sup> En este sentido, **GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ:** *Ley de Enjuiciamiento...*, p. 719. Para **VÁZQUEZ BARROS:** *Las tercerías...*, p. 407, la tercería de mejor derecho “se basa en la comparecencia de un tercero en el juicio ejecutivo no para neutralizarlo, detenerlo o extinguirlo, sino todo lo contrario: para lograr su pronta resolución, pero bajo la condición que al tercerista en el sentido de tener un derecho mejor que el del ejecutante; un derecho preferente que le posibilita cobrar su crédito antes que el que promovió la ejecución”.

<sup>968</sup> **ARROYO GARCÍA:** *Comentarios...*, p. 582: “La demanda de tercería deberá formularse desde que se hubiera embargado el bien a que se refiere la preferencia, si ésta

de mejor derecho no tiene efectos suspensivos del procedimiento iniciado, que continúa hasta la realización de los bienes, aunque el valor que de estos se consiga se deposita en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones para distribuirlo conforme al orden que se establezca en la sentencia que resuelva la tercería (art. 616.1 LEC)<sup>969</sup>. La sentencia que resuelva sobre la tercería de mejor derecho decidirá sobre la existencia de la preferencia y sobre el orden de satisfacción de los créditos concurrentes (art. 620 LEC)<sup>970</sup>, de acuerdo con las normas generales al respecto contenidas en el Código Civil.

---

fuera especial, o desde que se despachare ejecución, si fuere general (art. 615.1 LEC), y en cuanto al momento final, hasta que se entreguen al ejecutante las sumas obtenidas mediante la ejecución forzosa o en el supuesto de adjudicación de los bienes embargados al ejecutante (art. 634.1.4.º LEC), después de que éste adquiera la titularidad de los mismos de conformidad con la legislación civil”. En el mismo sentido **FERNÁNDEZ-BALLESTEROS**: *Comentarios...*, t. III, p. 2942; **GUASCH FERNÁNDEZ, SERGI**: “La ejecución dineraria y el procedimiento de embargo”, en **AAVV**: *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, coordinado por **ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME**, v. III. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., Barcelona 2000, pp.245 a 338, p. 334; **GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ**: *Ley de Enjuiciamiento...*, p. 720. **VÁZQUEZ BARROS**: *Las tercerías...*, p. 462, distingue “entre una *conditio iuris*, la ausencia de postor; un acto jurídico del ejecutante, la petición de adjudicación, y un acto judicial, la adjudicación del bien, y hasta que no se haya producido este último acto no se puede entender que se haya realizado el pago al acreedor ejecutante y hasta tanto el pago no tenga lugar, cabe y debe admitirse a trámite la tercería de mejor derecho; ya que, al no haberse materializado el pago al acreedor ejecutante, no puede sostenerse que la tercería de mejor derecho se interponga extemporáneamente”.

<sup>969</sup> **ARROYO GARCÍA**: *Comentarios...*, p. 584: “La ejecución forzosa continuará y se realizarán los bienes, depositándose lo que se recaude en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones para reintegrar al ejecutante en las costas de la ejecución y hacer el pago a los acreedores por el orden de preferencia que se determine al resolver la tercería”. En el mismo sentido **FERNÁNDEZ-BALLESTEROS**: *Comentarios...*, t. III, p. 2944; **GUASCH FERNÁNDEZ**: “La ejecución...”, p. 335; **GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ**: *Ley de Enjuiciamiento...*, p. 721; **VÁZQUEZ BARROS**: *Las tercerías...*, p. 430.

<sup>970</sup> **ARROYO GARCÍA**: *Comentarios...*, p. 584: “La sentencia habrá de resolver sobre la existencia del privilegio y el orden en que los créditos han de ser satisfechos en la ejecución”. En el mismo sentido **GUASCH FERNÁNDEZ**: “La ejecución...”, p. 336; **GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ**: *Ley de Enjuiciamiento...*, p. 724. Según **FERNÁNDEZ-BALLESTEROS**: *Comentarios...*, t. III, p. 2937, el triunfo de la tercería de mejor derecho “conlleva un sorprendente cambio en el desarrollo de la actividad ejecutiva. Significa que el acreedor que diligente instó el despacho de la ejecución; que, diligente, consiguió e impulsó su curso y que pagó las costas en la medida en que fueron causándose (539.2.II), queda relegado, en cuanto al cobro de su deuda, a un segundo lugar (tal vez a un tercero o cuarto); y, probablemente a favor de otro acreedor del mismo deudor que no instó el despacho de la ejecución y que, quizá, ni se ocupa de impulsarla”. No obstante, este último autor, en obra cit., p. 2940, considera que “Ni en nuestra tradición jurídica ni en la Nueva LEC, el tercerista de mejor derecho «concorre» con el acreedor ejecutante. Justo lo contrario: pretende excluir por completo el cobro de su crédito en la cuantía del crédito del tercerista”. Para ; **VÁZQUEZ BARROS**: *Las tercerías...*, p. 449, “La tercería de mejor derecho pone de relieve la preferencia del crédito del tercerista, y su resolución final traspasa el

### **23.4.2. El ejercicio del derecho y su vinculación a un proceso de ejecución colectivo**

El principio de universalidad, en cuanto básico y fundamental del procedimiento concursal, supone una doble integración, de manera que todas las actuaciones de los acreedores se concentren en un único proceso y todos los bienes del deudor queden integrados en la masa. En principio, los derechos de todos los acreedores se ven afectados por el estado de insolvencia, provisional o definitiva, de su deudor común y la apertura del procedimiento concursal, que puede entrañar una liquidación del patrimonio del deudor para distribuirlo entre los créditos existentes, conforme a sus respectivos derechos de preferencia. El buen desarrollo de cualquier procedimiento de ejecución colectiva y su intrínseca finalidad imponen que, mientras dure el procedimiento, los distintos acreedores no puedan iniciar ni proseguir acciones individuales contra los bienes del deudor, que necesariamente han de integrarse en la masa del concurso.

Esta circunstancia trae, como lógica consecuencia, la suspensión o paralización de las acciones individuales de los acreedores, que pretendan satisfacer sus respectivos créditos con cargo a los bienes del deudor,. En este sentido se expresa el artículo 55.1 LC, que prohíbe iniciar “ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor”. Si el procedimiento se hubiera iniciado, las actuaciones quedarán en suspenso desde la fecha de la declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda (art. 55.2 LC). Para garantizar la eficacia de este principio, el artículo 55, en su número 3 sanciona con nulidad de pleno derecho las

---

ámbito puramente procesal del proceso de ejecución, al encontrarse dotada de fuerza de cosa juzgada material, cuyo efecto inmediato es la posposición del supuesto crédito del ejecutante y el pago preferente al tercerista, de forma que dicha tercería, sustanciada como si hubiese sido de dominio, tiene como misión incidir en la actividad ejecutiva en marcha mediante la provocación de un proceso independiente destinado a cambiar de alguna manera el sentido de la actividad ejecutiva”.

actuaciones que se practiquen en contravención a lo anteriormente establecido<sup>971</sup>.

No obstante, este principio general de ejecución conjunta conoce algunas excepciones. Determinados acreedores gozan de un derecho de ejecución separada, que supone una excepción al principio general de universalidad o de ejecución conjunta que preside el desarrollo de los procedimientos concursales. Concretamente, la prenda y la preferencia que a la misma se le asigna permiten a su titular la realización separada de la garantía, dentro de ciertos límites (cfr. arts. 55.4 LC; 98.1, 2º y 568 LEC)<sup>972</sup>.

El derecho de realización separada de la garantía pignoraticia es un privilegio procesal vinculado a la existencia de la causa de preferencia o privilegio especial que a la prenda se reconoce sobre un bien o bienes

---

<sup>971</sup> EM II, 9º LC: “Una de las novedades más importantes de la ley es el especial tratamiento que dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado. Se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva.

<sup>972</sup> **FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, MIGUEL ÁNGEL**, en **AAVV: Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**, coordinado por **FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, MIGUEL ÁNGEL - RIFÁ SOLER, JOSÉ Mª - VALLS GOMBAU, JOSÉ FRANCISCO**, t. II: artículo 1 al 280, Lurgium editores, Barcelona, diciembre 2000, p. 501: “Desde siempre, una de las causas por las que procede la acumulación de autos ha sido la llamada *vis atractiva* de los procesos universales. Como es sabido, este tipo de procesos, tanto los sucesorios como los concursales, sirven para que determinados patrimonios (el del causante en los primeros y el del concursado en los segundos) puedan ser delimitados con precisión y puedan ser repartidos entre sus derechohabientes (sucesores y acreedores, respectivamente) del modo más eficiente posible. Pues bien resulta evidente que la simultánea pendencia de procesos singulares y de procesos universales que afectasen a un mismo patrimonio frustraría la finalidad de estos últimos y provocaría que ni los patrimonios podrían ser calibrados adecuadamente, ni su reparto sería operativo”. En el mismo sentido **ZORRILLA RUIZ, MANUEL Mª**, en **AAVV: Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**, dirigido por **LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO** y coordinado por **SESMA DE LUIS, PABLO – SAN ROMÁN MORENO, JOSÉ RAMÓN – ZORRILLA RUIZ, MANUEL MARÍA**, Dykinson, Madrid, 2000, p. 154; **DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO**, en **AAVV: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil**, Civitas, Madrid, 2001, p.235; **ESCOLÀ I BESORA, MARIA ELISA**: “La acumulación de procesos”, en **AAVV: Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000**, coordinado por **ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME**, v. I. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., Barcelona 2000, pp. 465 a 496, p. 489.

determinados del deudor y que, en determinadas circunstancias, permite al titular del derecho real proceder o continuar la realización individual del bien empeñado, al margen del procedimiento concursal en curso. Se trata, como se ha dicho, de un privilegio que opera estrictamente en el plano procesal, dado que ni deriva de la existencia de un privilegio especial ni su ejercicio supone variación alguna del orden de prelación de créditos establecido. Es decir, desde el punto de vista material el derecho de ejecución separada no añade nada a la preferencia legalmente asignada al crédito pignoraticio, aunque su trascendencia pueda resultar fundamental desde el punto de vista procesal. Es decir, el derecho de ejecución separada no supone en ningún caso que el acreedor que lo ejercite consiga un grado de preferencia superior al que a su crédito corresponde<sup>973</sup>.

No obstante, las previsiones al respecto contenidas en la Ley Concursal afectan de forma distinta a los acreedores titulares de un derecho real de prenda, dependiendo de la utilidad del bien gravado por la garantía.

Respecto de los acreedores titulares de una prenda sobre un bien del concursado afecto “a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad” no podrán iniciar ni proseguir la realización forzosa de la garantía hasta que “se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso

---

<sup>973</sup> Por ese motivo dice **GARRIDO**: *Tratado...*, p. 87, que el privilegio procesal protege a un privilegio sustantivo, “pero ello no quiere decir, en absoluto, que ese privilegio procesal derive de alguna característica de la preferencia especial”. La doctrina critica la existencia de privilegios de carácter procesal. Así, **GARRIDO**: *Tratado...*, p. 90: “sobre todo por los efectos destructivos para el resultado económico del procedimiento concursal, toda vez que el ejercicio de la acción ejecutiva singular por parte del acreedor provoca, con frecuencia, el desmembramiento de la empresa del deudor, y la consiguiente pérdida de la masa de acreedores”. En el mismo sentido se expresa **BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO**: “El derecho de separación en la quiebra”, en **AAVV**: *Tratado de garantías de la contratación mercantil*, coordinado por **NIETO CAROL, UBALDO – MUÑOZ CERVERA, MIGUEL**, t. I, *Parte General y Garantías Personales*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 252 a 299, p. 265, quien añade “Además, la atribución de un derecho de ejecución separada no deja de tener trascendencia sustantiva. Así, por ejemplo, los acreedores que queden al margen del procedimiento concursal no se verán afectados por sus gastos, que, al tener la consideración de *deudas de la masa*, prevalecerían, en caso de insuficiencia de la masa, sobre cualquier crédito privilegiado”.

sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación” (arts. 56.1, 1º y 56.2 LC). Respecto de las actuaciones ya iniciadas, se exceptúan de la paralización los supuestos en los que “al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta” (art. 56.2 LC).

No obstante, durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones, esto es, mientras no transcurran los plazos señalados, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de las garantías que opta por atender al pago de sus créditos con cargo a la masa, sin realización de los bienes y derechos afectos (art. 155.1, en relación art. 56.3 LC). En este caso, una vez comunicada esta opción, la administración concursal deberá satisfacer inmediatamente tanto el capital como los intereses vencidos, así como asumir la obligación de atender los sucesivos intereses como créditos contra la masa. En el supuesto de que la administración concursal incumpla cualquiera de estas obligaciones, se realizarán los bienes y derechos afectados por la garantía para satisfacer el crédito por ella asegurado (art. 155.2, final LC). De ello se deduce que la garantía subsiste íntegra hasta que no sea satisfecho la totalidad del crédito garantizado<sup>974</sup>.

Una vez acreditada la concurrencia de las circunstancias o plazos señalados, se entiende abierta la posibilidad de realizar la garantía pignoratícia ante el juez del concurso, quien, “a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda” (art. 57.1 LC)<sup>975</sup>. A partir de ahí, es decir, una vez iniciadas las acciones o proseguidas las actuaciones, no podrán

---

<sup>974</sup> En este mismo sentido **HERBOSA MARTÍNEZ, INMACULADA**: “Los efectos del concurso sobre los acreedores, los contratos pendientes y los actos perjudiciales para la masa en el Proyecto de Ley Concursal de julio de 2002”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 675, Enero-Febrero 2003, pp. 143 a 200, p. 172.

<sup>975</sup> **HERBOSA MARTÍNEZ**: “Los efectos...”, p. 173, entiende “que el procedimiento deberá desarrollarse ante el juez del concurso, pero aplicando las normas del procedimiento extrajudicial, realizando, en su caso, las adaptaciones oportunas”.

ser paralizadas o suspendidas por razón de las propias vicisitudes del concurso (art. 57.2 LC).

Si por no darse ninguna de las circunstancias requeridas se abriese la fase de liquidación, el artículo 57.3 LC distingue según que los acreedores no hubieran ejercitado sus acciones antes de la declaración del concurso o, habiendo ejercitado sus acciones, las actuaciones hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso. En el primer supuesto, los acreedores perderán su derecho de ejercitar sus acciones en procedimiento separado, mientras que, en el segundo supuesto, los acreedores podrán reanudar las actuaciones acumulándolas al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada.

Si dentro del concurso e incluso antes de la fase de liquidación ha de procederse a la enajenación de alguno de los bienes o derechos afectos a créditos asegurados con derecho real de prenda, el juez del concurso, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, puede autorizar la enajenación. El juez puede autorizar la enajenación “con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva”<sup>976</sup>, pero también puede autorizarla en otros términos, de manera que el precio obtenido en la enajenación se destine al pago del crédito garantizado y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos (art. 155.3 LC).

En principio, la realización forzosa de los bienes o derechos afectados por el derecho real de prenda se ha de hacer en subasta. No obstante, el juez, a solicitud de la administración concursal y oídos el concursado y el acreedor

---

<sup>976</sup> Para **HERBOSA MARTÍNEZ**: “Los efectos...”, p. 174, “se trataría de una auténtica asunción liberatoria de la deuda a cargo del concursado por parte del adquirente en subasta, que apartándose de las normas generales de la asunción, no requiere el consentimiento del acreedor (cfr. art. 1.205 del Código Civil). La razón de que el juez pueda autorizar esta forma de enajenación puede hallarse en el propósito de facilitar la adquisición de los bienes por parte de terceros adquirentes, en cuanto la posibilidad de rebajar el precio el importe de la carga y subrogarse en la garantía puede favorecer la subasta”.



pignoraticio puede autorizar la venta directa a quien ofreciera pagar al contado un precio superior al mínimo que se hubiere pactado (art. 155.4, inicio LC). En este caso, tanto la autorización judicial como las condiciones de la venta directa se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta. No obstante, si una vez autorizada la venta directa a favor de una determinada oferta se presentara algún mejor postor, el juez abriría un proceso de licitación entre todos los oferentes, acordando la fianza que hubieran de prestar (155.4, final LC).

Respecto de los acreedores titulares de una prenda sobre un bien del concursado que no se encuentre afecto “a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad”, podrán iniciar sus acciones o continuar las actuaciones ya iniciadas con toda normalidad, sin quedar sus créditos así garantizados afectados por la declaración del concurso, dado que la vigente Ley concursal no prevé impedimento alguno para ello<sup>977</sup>. A mi juicio, la mayoría de los créditos garantizados con derecho de prenda quedarán integrados en esta categoría, dada la dificultad que representa cumplir con el requisito de la transmisión posesoria cuando se trata de “bienes del concursado afectos al tráfico empresarial o comercial, a las actividades

---

<sup>977</sup> Con la misma opinión **ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME**: “Comentario al art. 56 de la Ley Concursal”, en **AAVV: Nueva Ley Concursal**, Coordinado por **SALA REIXACHS, ALBERTO – MERCADAL VIDAL, FRANCISCO – ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME**, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2004, pp. 308 a 312, p. 310; **CABANAS TREJO, RICARDO**: “Ley Concursal (exposición sistemática y comentarios), *La Notaria*, julio-agosto 2003, nº 7-8, vol I, número monográfico, p. 80. De opinión contraria **CASTILLO MARTÍNEZ**: “La nueva...”, p. 891, quien, refiriéndose al artículo 56 LC, interpreta que la supresión en el texto definitivo de la Ley Concursal del apartado 5 del artículo 55 del Proyecto de Ley Concursal de 20 de julio de 2002, supone que el legislador ha optado “por extender el principio de universalidad declarado en el artículo 55.1 al resto de ejecuciones de garantías reales, consagrando la imposibilidad de inicio de ejecuciones singulares, si bien admitiendo por vía de excepción la continuación de ejecuciones de garantías reales ya iniciadas siempre que «al tiempo de la declaración del concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor»”. El artículo 55 del Proyecto de Ley concursal publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los diputados, Núm. 101-1, de 23 de julio de 2002, contenía un párrafo 5., que no se ha integrado en el texto definitivo, según el cual “Las acciones tendentes a la ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado distintos a los señalados en el apartado 2 se substanciarán hasta que tenga lugar la realización de los bienes, suspendiéndose la tramitación posterior en los términos y durante el plazo previsto en el apartado 1”.



profesionales, mercantiles o industriales y, en general, los que estén afectos al proceso productivo<sup>978</sup>.

## **24. LA PREFERENCIA DE LOS CRÉDITOS GARANTIZADOS CON DERECHO REAL DE RETENCIÓN**

### **24.1. La remisión del artículo 2.2. LDRG a las “reglas generales sobre prelación de créditos”**

La LDRG, en su artículo 2.2, establece una norma de remisión para asignar el orden de prelación que, según las reglas generales, corresponde a los créditos garantizados con derecho real de prenda y de retención. En consecuencia, para determinar el rango que para el cobro de sus créditos corresponde a los titulares de tales derechos reales de garantía resultan de aplicación las normas contenidas en los artículos 1921 y ss. CC; y en los artículos 89 y ss. y 154 y ss. LC, según se trate de procedimientos individuales de ejecución o de procedimientos concursales, respectivamente. Sin embargo, así como las normas generales sobre prelación de créditos reservan para el garantizado con prenda el rango preferente que expresamente se le atribuye (arts. 1922.2º CC y 90,5º y 6º LC), esas mismas normas, obviamente, no se ocupan de determinar el que corresponde al garantizado con derecho real de retención.

En consecuencia, la cuestión principal que la LDRG suscita en materia de prelación de créditos gira en torno al derecho real de retención. La remisión que en este punto hace el artículo 2.2 LDRG obliga a determinar si el derecho de retención, atendiendo a la naturaleza real y a la configuración que según la LDRG le corresponde, participa o no del rango que las normas generales sobre prelación de créditos atribuyen no sólo a la prenda posesoria, sino también, por

---

<sup>978</sup> Precisamente, los inconvenientes ocasionados al proceso productivo por la necesidad de traslado posesorio de la cosa empeñada, al privar al deudor de esos bienes, fue uno de los motivos que impulsaron al legislados para promulgar en 1954 la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la posesión.

analogía, al resto de derechos reales de garantía sobre bienes muebles, como puedan ser la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento (art. 10 LHM<sup>979</sup>), a los que se añade la reserva de dominio pactada en una compraventa de bienes muebles a plazo (art. 16.5 LVP)<sup>980</sup>. Una solución positiva significaría atribuir al titular del crédito asegurado por derecho real de retención las mismas facultades que corresponden al acreedor pignoraticio en el supuesto de concurrencia de acreedores. Si así fuera, el retenedor gozaría de un derecho de preferencia especial respecto del resto de créditos concurrentes para cobrarse con el valor de los bienes retenidos (arts. 1926.1º CC y 155 LC). De lo contrario, de rechazar la equiparación, el crédito garantizado con derecho real de retención no gozaría de una preferencia distinta a la que en cada caso le correspondiera por razón de la cualidad del crédito asegurado<sup>981</sup>.

En principio, si se atiende únicamente a la naturaleza real de la garantía y a los efectos generales que a la misma corresponde, la equiparación no ofrece inconveniente. Dado que tanto la prenda como el derecho de retención son derechos reales de garantía y ambos tienen legalmente atribuidos idénticos efectos, no habría de haber inconveniente en reconocerles la misma efectividad, también, en materia de prelación de créditos. En ambos casos, así como en los demás supuestos equiparados, el orden de prelación atendería a

---

<sup>979</sup> No obstante, los artículos 41 y 66 LHM recogen, respectivamente, los supuestos en los que esta preferencia queda excepcionada.

<sup>980</sup> **GARRIDO: Teoría...**, p. 1856: "no existe una sola causa de preferencia especial, sino varias, que el Ordenamiento ha dispuesto teniendo en cuenta, sobre todo, la naturaleza del bien que ha de ser su objeto. Así, el sistema de garantías reales del origen comercial del Derecho español se basa en la prenda de muebles y la hipoteca de inmuebles. Para cubrir las lagunas que esta ordenación presenta respecto de las necesidades de financiación de la empresa moderna, el sistema se ha completado con la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, que gravan bienes muebles identificables. A estas garantías reales puede añadirse la reserva de dominio utilizada en la compraventa de bienes muebles, que en el Derecho español desempeña una función muy similar a la de una hipoteca mobiliaria". De forma parecida **GULLÓN BALLESTEROS: Comentario...**, p. 2069.

<sup>981</sup> Es decir, en caso de concurrir con otros créditos, el crédito garantizado por derecho real de retención no recibiría un tratamiento distinto al del crédito ordinario, salvo que su preferencia se pudiera fundar en otra disposición legal.

la seguridad y publicidad que representa la constitución formal de la garantía real que aseguraría el crédito por ello especialmente preferente.

Sin embargo, si se atiende a la forma por la que se determina el lugar que en la prelación de créditos corresponde a los distintos derechos reales de garantía sobre muebles, lo mismo que en el caso de la venta a plazos con reserva de dominio, así como al origen de las mismas, la solución no es tan clara. Por una parte, tanto la LHM (art. 10) como la LVP (art. 16.5), establecen, respectivamente, el grado de prelación de los créditos asegurados con hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, y con reserva de dominio mediante una norma específica que, también expresamente, dispone que a estos derechos corresponde la preferencia establecida en los artículos 1922.2º y 1926 1º CC. Es decir, estas normas especiales determinan, sin lugar a dudas, la equiparación de estos derechos, no incluidos expresamente en el artículo 1922.2 CC, al derecho real de prenda con desplazamiento, en cuanto a la preferencia y prelación se refiere. En cambio, la LDRG no establece explícitamente ninguna equiparación a este respecto, ni siquiera entre los derechos de prenda y de retención sobre muebles de los que ella misma se ocupa, sino que, como es sabido, acoge como propio de estos derechos el grado de preferencia establecido por las “reglas generales”, que, también como se ha dicho, no se ocupan del derecho real de retención. Lo único que expresamente dice la LDRG es que el retenedor se puede negar a la restitución de la cosa, incluso ante terceros, en tanto no haya cobrado totalmente el crédito que generó la retención (art. 6.1, cfr. Preámbulo, II, 3º LGP). Esto último significa que el titular de un derecho real de retención se encuentra facultado para mantenerse en la posesión de la cosa retenida hasta que cobre su crédito y, en consecuencia, para oponerse a la reclamación de cualquier tercero, concretamente, para negarse a incluir el bien retenido en el activo de la masa concursal, sea cual sea la naturaleza del crédito concurrente. Pero ello no significa, en sí mismo, que la preferencia del crédito garantizado con derecho real de retención sea jerárquicamente superior a la del resto de los derechos concurrentes. Significa, simplemente, que el acreedor concurrente que

pretenda hacer efectivo su crédito a cargo del valor del bien retenido habrá de abonar previamente el crédito del retenedor (aspecto meramente pasivo o “psicológico” de la retención)<sup>982</sup>. De ello podría deducirse, por tanto, que si el retenedor opta por realizar el valor de su garantía mediante la enajenación del objeto retenido habría de concurrir necesariamente con el resto de acreedores, estar a lo que resulte de aplicar las normas generales sobre prelación de créditos y soportar los derechos de preferencia que primen sobre su crédito<sup>983</sup>.

No obstante, la remisión a las normas generales de prelación de créditos contenida en el artículo 2.2 LDRG, a pesar de su vaguedad, no impide sostener la total equiparación en la preferencia de los derechos de prenda y de retención y, por tanto, la eficacia activa de esta garantía. Por una parte, el derecho de retención que regula la LDRG es un derecho de garantía de naturaleza real que recae sobre bienes muebles, lo mismo que la prenda posesoria, la hipoteca mobiliaria, o la prenda sin desplazamiento, a los que por su finalidad se asimila la reserva de dominio a efectos de prelación. En el derecho de retención, lo mismo que el resto de esas garantías, confluyen los elementos determinantes de la asignación de las llamadas preferencias reales (publicidad, forma solemne, naturaleza real)<sup>984</sup>. Por otra parte, puesto que el derecho real de retención se constituye a partir de un título de disposición legal, para favorecer

---

<sup>982</sup> Se trataría de la misma facultad que se confiere al titular de un derecho de retención de naturaleza no real, cuya actuación se reduce, básicamente, a la posibilidad de mantenerse en la posesión del bien retenido en tanto no le sea pagado su crédito.

<sup>983</sup> Así lo entiende **LUCAS ESTEVE**: “El derecho...”, p. 1027, para quien, dado que el legislador catalán no ha precisado su voluntad en otro sentido, la remisión significa que “cada una de las instituciones reguladas en la Ley de Garantías Posesorias seguirá un régimen diferente según las normas generales que prevé el ordenamiento jurídico”, por lo que “el derecho de retención carece de preferencia para el cobro de los créditos garantizados, ya que el ordenamiento jurídico vigente no le reconoce ningún tipo de prelación; por ello el retentor concurrirá al cobro de su débito como un acreedor quirográfico”.

<sup>984</sup> Aunque, como aclara **ABRIL CAMPOY**: “El derecho...”, p. 1917, “La eficacia *erga omnes* del derecho de retención, así como la atribución de ciertas facultades al retenedor, no depende de que estemos ante un derecho de naturaleza real (...) La extensión ante terceros de la retención se debe al cumplimiento de ciertas formalidades impuestas por la Ley (...) mientras que en la prenda convencional es la escritura pública el medio precisado por el legislador (arg. arts. 1.218 y 1.865 CC) para extender la eficacia del derecho real frente a terceros, en la prenda legal el legislador catalán requiere una comunicación notarial”.

el cumplimiento de determinadas obligaciones a los que se considera merecedoras de una tutela especial, en consideración a la vinculación existente entre la cosa retenida y el nacimiento del crédito que genera el derecho real, también confluyen en él los elementos propios de los llamados privilegios (falta de voluntad negocial o voluntad legal de asignar la preferencia y consideración a la vinculación existente entre la cosa y el crédito (cfr. art. 1922.1º, 4º, 5º, 6º y 7º CC).

Pero, además y, a mi juicio, por encima de lo anterior, el derecho de retención es un derecho de garantía real, al que se le atribuyen los efectos propios de los derechos de esta naturaleza, de contenido idéntico al derecho de prenda. Resulta indudable que la LDRG diseña el derecho de retención como una garantía real de origen legal que, salvando esta circunstancia del origen, resulta absolutamente asimilable a la prenda, a la que se equipara tanto en su naturaleza como en sus efectos y finalidad. Desde esta perspectiva, la falta de preferencia limitaría en gran manera la eficacia que la LDRG pretende asignar al derecho real de retención, lo que no tendría ningún sentido.

Es cierto que las garantías reales, a diferencia de los llamados privilegios, gozan de la preferencia que les asigna la ley no por la cualidad del crédito garantizado, sino en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en el negocio real de garantía. Así, la prenda posesoria, la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, igual que la reserva de dominio, son negocios que se forman a partir de la concurrencia de la voluntad de las partes, del acreedor titular del derecho real de garantía y del pignorante o el hipotecante, o del vendedor y el comprador a plazos, según los casos. En cambio, como ha quedado dicho, el derecho real de retención se constituye a partir de una sola voluntad, la del acreedor que decide retener y constituye su garantía sin contar con la voluntad del propietario de la cosa retenida y aún en contra de ella (cfr. arts. 4.1 y 7.1 LDRG). Pero ello no ha de ser obstáculo para reconocer al derecho de retención el grado de prelación que por su finalidad, naturaleza, efectos y forma de constitución habría de corresponderle. En el

caso del derecho real de retención la voluntad de una de las partes, la del deudor, no resulta necesaria para constituir la garantía, que, por tanto, no tiene un origen negocial bilateral entendido como concurso de voluntades. El derecho de retención que la LDRG regula es resultado del ejercicio de una facultad que el ordenamiento jurídico pone al alcance del acreedor, y es una garantía real que se constituye por éste de forma unilateral cuando concurren los presupuestos y requisitos que la LDRG demanda (arts. 3 y 4.1 y 5 LDRG) y con los efectos que la LDRG le atribuye (art. 2 LDRG)<sup>985</sup>. Es decir, en el caso del derecho real de retención la preferencia especial del crédito garantizado dependería, en última instancia, de la única voluntad del acreedor, porque es la ley la que le confiere la facultad de constituir unilateralmente el derecho real sobre el bien retenido, en las circunstancias y con la eficacia por ella determinadas. El derecho real de retención es una garantía real de origen legal y constitución unilateral, que no necesita el concurso de voluntades para su existencia ni, por tanto, para determinar la preferencia<sup>986</sup>.

---

<sup>985</sup> Esta circunstancia y la facultad de realización del valor que se reconoce al titular de la garantía han llevado a parte de la doctrina a calificar al derecho real de retención regulado en la LDRG como un supuesto de prenda legal. Así, **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS**: *Institucions...*, v. I, p. 388; **ABRIL CAMPOY**: “El derecho...”, p. 1908; **MIRALLES GONZÁLEZ**: “Ley...”, p. 714.

<sup>986</sup> **GARRIDO**: *Tratado...*, p. 96, agrupa las hipotecas legales y los privilegios en una misma categoría, atendiendo a su común origen: “la diferencia básica entre privilegios y garantías reales se encuentra en el origen inmediato en la ley, propio de los privilegios, en contraste con la función atribuida a la autonomía de la voluntad en el nacimiento de las garantías reales. Desde esta perspectiva, los privilegios y las hipotecas legales deben ser agrupadas en la misma categoría, ya que la hipoteca legal, como el mismo término indica, tiene un origen determinado fundamentalmente por la ley, por más que se afirme en ocasiones, que se basa en la existencia de una voluntad presunta”. A mi juicio, la preferencia siempre tiene un origen legal, tanto en la hipoteca legal, como en las garantías reales, como en los privilegios; y la diferencia que existe entre estas figuras separa, precisamente, a las dos primeras de los privilegios: tanto la hipoteca legal como las garantías reales precisan una actuación posterior a la autorización legal, es decir, su preferencia no es automática como sí lo es en los privilegios. Por otra parte, este mismo autor, en obra cit., p. 97 admite que “Es evidente, sin embargo, que las categorías de causa de preferencia enunciadas son extraordinariamente amplias y que dentro de ellas existen fenómenos de caracteres muy diversos. La causa de la insuficiencia de esta clasificación radica en que la misma atiende solamente al origen, pero no tiene en cuenta en absoluto las diferencias estructurales de las causas de preferencia. Por ello, la división entre causas de preferencia de origen legal y causas de preferencia de origen negocial no sirve para establecer la estructura y caracteres de los distintos tipos de causa de preferencia. Así pues, el criterio de distinción por el origen debe ser complementado por un

Todas estas circunstancias, en su conjunto, resultan a mi juicio suficientes para justificar la preferencia especial del derecho real de retención, equiparándolo a estos efectos al resto de derechos reales de garantía sobre bienes muebles. En concreto, la equiparación con la prenda es una circunstancia que claramente se desprende del contenido de la LDRG. Como resultado de ello, considero que los créditos garantizados por derecho real de retención habrían de gozar de la preferencia especial establecida en los artículos 1992.2º y 1926.1º CC, y 90 y 155 LC<sup>987</sup>.

Esta equiparación de los derechos reales de prenda y de retención, en cuanto a la preferencia de los créditos que respectivamente garantizan, no habría de encontrar obstáculo alguno en los principios de legalidad, tipicidad y excepcionalidad, de acuerdo con los cuales los derechos de preferencia se atribuyen únicamente a los créditos que se encuentren en las circunstancias legalmente establecidas. Es cierto que no es posible la extensión analógica de las causas de preferencia a situaciones diversas de las previstas por la ley (arts. 1925 CC y 89.2, final LC). Pero es igualmente cierto, y así se entiende tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que es posible realizar una interpretación extensiva de las causas de preferencia existentes cuando así lo exija la finalidad de la norma; finalidad, que como ha quedado dicho, no es otra

---

criterio de rasgos diversos”.

<sup>987</sup> De la misma opinión **PUIG I FERRIOL – ROCA I TRIAS**: *Institucions...*, v. I, p. 399; **ABRIL CAMPOY**: “El derecho...”, p. 1923; **MIRALLES GONZÁLEZ**: “Ley...”, p. 714; **SOLÉ RESINA**: “La ejecución...”, p. 2. En contra, por entender que el ordenamiento jurídico no reconoce al derecho real de retención ningún tipo de prelación, al considerar, básicamente, que no puede equipararse al derecho real de prenda, se sitúan **CAMPO VILLEGAS**: “En torno...”, p. 123: “El derecho de retención no confiere por sí ninguna situación privilegiada al crédito que protege frente a los demás acreedores del deudor; no altera el crédito originario ni excepciona la *par condicio creditorum*”; **LUCAS ESTEVE**: “El régimen...”, p. 95: “la Ley catalana no concede expresamente ninguna nueva preferencia al derecho de retención y si ésta hubiese sido la voluntad del legislador el precepto podría haber sido mucho más preciso, ya que en su redacción actual lo único que queda claro es una remisión a las normas generales de prelación de créditos, sin que, desde esa remisión, pueda encontrarse ningún precepto que conceda preferencia a la retención”; **GIMÉNEZ DUART**: “Consideraciones...”, p. 410: “el «*ius distrahendi*» (ex art. 6 de la Llei 22/1991) sólo tendrá eficacia plena cuando los acreedores concurrentes no tengan privilegio alguno; o sea, cuando se trate de hacerlo valer frente a los acreedores comunes ex art. 1925 del Código Civil”; siguiendo a este último autor en sus argumentos, **FUENTES MARTÍNEZ**: “El derecho...”, p. 248.

que la expresada en la LDRG, que pretende hacer del derecho real de retención una garantía eminentemente eficaz<sup>988</sup>.

## **24.2. La preferencia del crédito asegurado con derecho real de retención y “las bases de las obligaciones contractuales”**

La tesis que aquí se acoge, que equipara los derechos de prenda y de retención a los efectos de prelación de créditos, no implica, como se ha

---

<sup>988</sup> **GARRIDO:** *Tratado...*, p. 45: “Este principio de tipicidad, aunque no ha de ser entendido en un sentido tan estricto como el de la tipicidad penal, excluye la creación analógica de causas de preferencia, pero no debe excluir la posibilidad de interpretar extensivamente las causas de preferencia existentes. En efecto, la diferencia entre analogía e interpretación extensiva abona esta afirmación, ya que mediante la interpretación extensiva se persigue la búsqueda del verdadero sentido de las palabras del legislador”. En el mismo sentido **LACRUZ BERDEJO:** *Elementos...*, t. II, p. 391: “La ley establece el privilegio como una excepción a la *par condicio creditorum*, de donde deduce parte de la doctrina que es de interpretación estricta, alegando a este propósito el art. 1.925. CC. Con arreglo al cual *no gozarán de preferencia los créditos de cualquier otra clase, por cualquier otro título, no comprendidos en los artículos anteriores*. De donde dedujo GULLÓN que «ni el juez ni las partes pueden crearlos, por muchas razones de analogía que existan entre el supuesto determinado y el marcado por la ley. Además, este carácter veda la atribución de una extensión mayor a los términos en que se expresa la ley dotándole (al crédito) de un grado de prelación distinto al querido por el legislador». Más el propio autor, en obra más reciente, reconoce que la jurisprudencia, aun tratándose de reglas de derecho singular, no rechaza el juego de la interpretación extensiva o el empleo del procedimiento analógico, si lo exige la finalidad de la norma”; **GULLÓN BALLESTEROS:** *Comentario...*, p. 2065, para quien el carácter excepcional de la preferencia no tiene “que llevar forzosamente a una interpretación exclusivamente literal ni a una interpretación necesariamente restrictiva, siempre y cuando se respete la finalidad de la norma”; **DÍEZ-PICAZO – GULLÓN:** *Sistema...*, v. I, p. 574: “el que una norma, en este caso el conjunto de artículos dedicados a los créditos preferentes, suponga la derogación de otra general (la *par conditio creditorum*) con la creación de un régimen especial, no debe llevar al intérprete a resolver las dudas del texto legal en el sentido de no aplicación de este régimen y en el de no salirse de sus términos literales. Es la finalidad de la norma, de cualquier norma, la que debe presidir su interpretación ante todo, con ayuda de los antecedentes históricos y legislativos, tan importantes en materia de privilegios, y de los demás medios de interpretación”. En el mismo sentido se expresa la jurisprudencia en STS de 12 de noviembre de 1981, CDO 2º, al considerar, en base a los criterios de interpretación de las normas que establece el artículo 1.3º CC, que es “indudable que las (normas) que regulan la preferencia legal de los créditos salariales, atendiendo al espíritu que las informa y a la realidad social del tiempo al que han de ser aplicadas no pueden interpretarse restrictivamente en cuanto al alcance de los derechos que amparan”. En este mismo sentido STS de 23 de octubre de 1985, FD Primero: “Incuestionada la preferencia de los créditos salariales de los recurridos (...) dada su condición de singularmente privilegiados con arreglo al artículo treinta y dos, párrafo tres, del Estatuto de los Trabajadores de diez de marzo de mil novecientos ochenta, precepto que como los demás referentes a la materia, no han de ser objeto de interpretación restringida en cuanto al alcance de los derechos que ampara”.



asegurado, que la LDRG incida en este punto en las “bases de las obligaciones contractuales”<sup>989</sup>. La expresión “bases de las obligaciones contractuales” se encuentra en el artículo 149.1.8ª CE, donde se establece el esquema conforme al cual se distribuyen las competencias civiles entre el Estado y las Comunidades Autónomas<sup>990</sup>. Este precepto constitucional, tras reconocer la competencia de las Comunidades Autónomas para la conservación, modificación y desarrollo de su propio Derecho, establece una serie de materias que “En todo caso”, son competencia exclusiva del Estado. De entre las seis materias citadas se encuentra la referida a las “bases de las obligaciones contractuales”, excluida por tanto de la actividad del legislador autonómico<sup>991</sup>. En general, el artículo constitucional que ahora nos ocupa ha

---

<sup>989</sup> **CAMPO VILLEGAS**: “En torno...”, p. 126: “La tesis que se desecha implicaría una alteración profunda del orden de prelación de créditos dimanante de la normativa contenida en los artículos 1926 y 1928 del Código civil. Dada la amplitud de criterio que aparece en el artículo 4 para conceder el derecho de retención, serían incontables los créditos referidos a bienes sitos en Cataluña que automáticamente ascenderían al rango de créditos pignoratícios excepcionando así, por esta vía indirecta, el principio básico de la **par condicio creditorum** que naturalmente afectaría a toda clase de acreedores nacionales o extranjeros, catalanes o de otras comunidades autónomas. En definitiva estaríamos incidiendo en ciertas “bases de las obligaciones contractuales”; a este autor sigue fielmente, **FUENTES MARTÍNEZ**: “El derecho...”, p. 248. Este argumento en contra de la equiparación, por incidir en las bases de las obligaciones contractuales, ha sido criticado por **GIMÉNEZ DUART**: “Consideraciones...”, p. 409, quien, a pesar de considerar que el derecho de retención regulado en la LDRG es un derecho real de alcance limitado, entiende que “esta interpretación sería excesiva, porque, llevándola al extremo, concluiríamos que en Cataluña tampoco podría, tan siquiera, legislar sobre, por ej., algo tan tradicional en el Derecho catalán como la prescripción (arts. 342 y 344 Comp.), porque de un diferente plazo prescriptivo también puede derivarse una alteración del orden de cobro de los acreedores”.

<sup>990</sup> Aunque, como aclara **BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO**: “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil”, en **AAVV**: *Primer Congreso de Derecho Vasco: la actualización del Derecho Civil*, Colección: Investigación para la autonomía, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1983, pp. 73 a 109, p. 80, “Como es sabido, la Constitución no atribuye directamente competencias a las Comunidades Autónomas, sino que se limita a señalar cuáles son en principio las competencias mínimas del Estado, permitiendo que las restantes puedan corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus Estatutos (arts. 147.2, d) 148.1 y 149.3), y dentro de su grado de autonomía (artículos 148.2 y 151). En el mismo sentido **SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MARÍA PAZ**: *Bases de las obligaciones contractuales en la constitución. Artículo 149.1.8ª*, ed. Trivium, S.A.. Madrid, 1991, p. 9.

<sup>991</sup> Como pone de relieve **SÁNCHEZ GONZÁLEZ**: *Bases...*, p. 20, “las bases de las obligaciones contractuales presentan una peculiaridad respecto a las restantes materias citadas en el 149.1.8ª: con relación a las mismas, sólo se reserva al Estado la legislación sobre las bases, no sobre toda la materia. Se trata, pues, de una competencia compartida”.

sido unánimemente considerado por la doctrina como un precepto sumamente complejo y de difícil comprensión, tanto por su alcance general como en la interpretación de las frases, expresiones y términos empleados; dificultad que se incrementa notablemente cuando se trata de precisar el sentido de la expresión “bases de las obligaciones contractuales”<sup>992</sup>. En todo caso, la finalidad de esta reserva en favor de la competencia exclusiva del Estado encuentra su fundamento en la necesidad de establecer una regulación

---

<sup>992</sup> Artículo 149.1.8º CE: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre (...) legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de sus Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial”. Subrayan la dificultad interpretativa del precepto **GAYA SICILIA, REGINA**: *Las «bases de las obligaciones contractuales» en el artículo 149.1.8ª de la Constitución Española*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1989, p.94; **SÁNCHEZ GONZÁLEZ**: *Bases...*, p. 7”; **BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO**: “Las competencias...”, pp. 73 y ss.; **LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE**: “Derecho Civil de España y Derecho Civil propio de las Comunidades Autónomas”, *Boletín del Ministerio de Justicia e Interior*, 1994, nº 1727, pp. 104 a 139, y nº 1728, pp. 60 a 103, p. 112; **LUCAS VERDÚ, PABLO**: “Penetración de la historicidad en el Derecho constitucional español. El artículo 149.1.8.º y la Disposición Adicional Primera de la Constitución”, en **AAVV**: *Primer Congreso de Derecho Vasco: la actualización del Derecho Civil*, Colección: Investigación para la autonomía, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1983, pp. 17 a 71, p. 55; **NAVAS NAVARRO, SUSANA**: “La competencia en «materia civil» de la Generalitat de Cataluña”, *Revista de Derecho Privado*, 1994, pp. 874 a 900, p. 874; **VAQUER ALOY, ANTONI**: “Los conceptos de «conservación», «modificación» y «desarrollo» del artículo 149.1.8.ª de la Constitución: su interpretación por el legislador catalán”, *Derecho privado y Constitución*, nº 2, 1994, pp. 239 a 250; **PETIT SEGURA, MIGUEL ANGEL**: “Distribución de competencias en materia de Derecho Civil y reserva competencial del Estado sobre las Bases de las obligaciones contractuales”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1994, pp. 103 a 122, p. 105. El art. 149.1.8ª CE atribuye a las instituciones generales del Estado competencia exclusiva sobre la “legislación civil”, sin perjuicio, añade el precepto, “de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles forales o especiales, allí donde existan”. El amplio enunciado de este precepto ha sido interpretado en STC 28 de septiembre de 1992, FD Primero, en el sentido “que su remisión alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución, por más que fueran aquellos Derechos ya legislados, sin duda, los que se situaron como referencia principal para el constituyente a la hora de articular, en este punto, las competencias del Estado y las que pudieran ser asumidas por las Comunidades Autónomas en los Estatutos respectivos”. En idéntico sentido STC de 16 de noviembre de 1992, FD Tercero.

normativa uniforme y vigente para todo el territorio nacional sobre los principios esenciales que informan esta materia, en beneficio del interés general<sup>993</sup>.

Esta finalidad, este fundamento y, por tanto, la reserva constitucional sobre “las bases de las obligaciones contractuales” encuentra también su respeto en la LDRG, que no las altera. La LDRG establece una regulación perfectamente coherente con las bases que han de referirse, con carácter general y común, a todos los contratos o a categorías amplias de los mismos. La LDRG no altera las bases de las obligaciones contractuales, sino que, por el contrario, atiende a ellas y las aplica por lo que al derecho de retención se refiere. Y ello porque en el Derecho estatal ha quedado demostrado que, cuando la finalidad de la norma lo ha precisado, la preferencia especial que corresponde a la prenda se ha extendido a otras figuras (cfr. arts. 10 LHM y 16.5 LVP). Es decir, la LDRG no establece una desigualdad territorial, sino que, por el contrario, acoge las bases establecidas, extendiendo al derecho real de retención la preferencia que es propia de los derechos de finalidad y configuración jurídica similar. La LDRG no modifica, en su ámbito, ninguna base de las obligaciones contractuales, porque, dado que el derecho de retención que acoge es de naturaleza real, no establece diferencia alguna en materia de prelación respecto de otros créditos garantizados por derechos que, aún con la misma denominación, son de distinta naturaleza. La LDRG aplica el criterio estatal que, en la materia que ahora nos ocupa, no es sino reconocer una medida de protección al crédito, una preferencia especial que

---

<sup>993</sup> **SÁNCHEZ GONZÁLEZ:** *Bases...*, p. 37: “podemos definir como base aquella norma que, por afectar al interés general, implanta, con una cierta estabilidad, las directrices de la respectiva materia, a través de la regulación de los aspectos estructurales de la misma, con objeto de conseguir la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, debiendo considerar también base todo aquello que sea preciso para la preservación de la normativa de tal institución”. **GAYA SICILIA:** *Las «bases...»*, p. 125, analiza el tema también desde la perspectiva del Derecho público y, a partir de criterios jurisprudenciales, concluye que “el «interés general» que justifica la competencia estatal sobre las «bases de las obligaciones contractuales» es la unidad de mercado. En este sentido –y de acuerdo con la noción material de «bases» aceptada- serían «básicos» aquellos aspectos de la materia incriminada -«obligaciones contractuales»- que asegurasen o coadyuvasen al mantenimiento o salvaguarda de la unidad de mercado”. En el mismo sentido; **BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO:** “Las competencias...”, p. 107; **LALAGUNA DOMÍNGUEZ:** “Derecho...”, p. 74; **PETIT SEGURA:** “Distribución...”, p. 118.

generalmente se reconoce a figuras similares. En el caso del derecho real de retención, la interpretación que se propone del artículo 2.2. LDRG, en el sentido de atribuirle la preferencia especial del artículo 1922.2º CC, implica el desarrollo de los principios contenidos en el Código Civil, que se adaptan a las nuevas circunstancias para regularlas de acuerdo a las necesidades sociales, lo que no por ello ha de significar que altere, que implique un cambio radical de los principios rectores de la contratación. Se trata, simplemente, de adaptar los postulados tradicionales del Derecho privado patrimonial a las nuevas necesidades que plantea la sociedad y que no están presentes en el Código Civil ni en la Ley Concursal<sup>994</sup>.

Por tanto, a mi juicio, la equiparación a efectos de preferencia del derecho real de retención al derecho de prenda no distorsiona “las bases de las obligaciones contractuales”, es decir, no introduce un particularismo, sino que, por el contrario, reafirma la unidad de tratamiento jurídico, la unidad del sistema que, también en la LDRG, tiene una eficacia absoluta. Evidentemente existe un cambio, pero es un cambio que no se produce en términos de ruptura, sino de

---

<sup>994</sup> Desde la STC de 28 de julio de 1981, FD Sexto, quedó sentado, como criterio de este alto Tribunal que “el ejercicio de la competencia estatal para el establecimiento de las bases o de la legislación básica a que en distintos párrafos de su apartado primero se refiere el artículo 149 no requiere, en modo alguno, la promulgación de leyes de bases o de leyes marco (...) La noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente”. En el mismo sentido SSTC de 28 de enero de 1982, FD, Primero; 33 de marzo de 1988, FD Tercero. Desarrolla la misma idea, la STC de 19 de abril de 1988, FD Quinto: “Dado que la definición de lo básico constituye una operación normativa de concreción de lo básico, que corresponde realizar al legislador estatal sin alterar el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias y con observancia de las garantías de certidumbre jurídica que sean necesarias para asegurar que las CC. AA. tengan posibilidad normal de conocer cuál es el marco básico al que deben someter sus competencias, resulta manifiesto que la función de defensa del sistema de distribución de competencias que a este Tribunal confieren los arts. 161.1 c) de la Constitución y 59 de su Ley Orgánica tiene que venir orientada por dos esenciales finalidades: procurar que la definición de lo básico no quede a la libre disposición del Estado en evitación de que puedan dejarse sin contenido o inconstitucionalmente cercenadas las competencias autonómicas y velar porque el cierre del sistema no se mantenga en la ambigüedad permanente que supondría reconocer al Estado facultad para oponer sorpresivamente a las Comunidades Autónomas como norma básica, cualquier clase de precepto legal o reglamentario, al margen de cuál sea su rango y estructura”. En esta línea SSTC 14 de julio de 1994, FD Décimo; 21 de diciembre de 1999, FD Octavo; 5 de abril del 2001, FD Séptimo.

evolución; evolución que resulta absolutamente necesaria para evitar la presencia de un derecho anacrónico, no apto para dar respuesta a las actuales necesidades sociales. La LDRG, al configurar de forma novedosa el derecho de retención sobre muebles como un derecho de naturaleza real ha tenido necesariamente que conectar esta nueva situación, lo que ha hecho aplicando los principios vigentes que le otorgan el grado de efectividad que le es propio por su finalidad y configuración jurídica.

Esta opción, por otra parte, encuentra su precedente en ciertos pronunciamientos jurisprudenciales, entre los que destaca la STS de 7 de julio de 1987<sup>995</sup>, según la cual “el artículo 1730 del Código Civil (...) reconoce a favor del mandatario una garantía legal pignoratícia con todos los efectos de ese derecho real, es decir, con la facultad de poder enajenar las cosas objeto del mandato en la forma que autoriza el artículo 1872 y con la preferencia que reconocen los 1922, número 2 y 1926 regla 1ª, y que ello, al propio tiempo, conlleva la consecuencia de que, como tal derecho real, sea oponible «erga omnes» y no sólo frente al mandante”; doctrina jurisprudencial que si bien se sienta en sede de mandato, para el artículo 1730, podría extenderse con el mismo fundamento a los supuestos de los artículos 1600 y 1780 CC<sup>996</sup>. En este caso, la equiparación se deriva, simplemente, de la expresión “retener en prenda” que utiliza el artículo 1730 CC, a partir de la cual el derecho de retención del mandatario se considera como una prenda legal, a la que se atribuyen -aunque en el precepto citado nada se diga en este sentido - no sólo la reipersecutoriedad y la facultad de realización de la cosa retenida, sino, también, la preferencia pignoratícia<sup>997</sup>. Pues bien, el derecho real de retención

---

<sup>995</sup> Cfr. SSTS de 21 de mayo de 1928, 24 de junio de 1941, 4 de octubre de 1989.

<sup>996</sup> Así lo entiende **CAMPO VILLEGAS**: En torno...”, p. 109.

<sup>997</sup> Así, **SANTOS BRIZ, JAIME**: “El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, 1972, pp. 379 a 419, pp. 404 y ss., al cuestionarse sobre la naturaleza jurídica de la retención que confiere el artículo 1600 CC, es decir, sobre si se trata de un derecho de retención o un derecho real de prenda, considera que “La primera posición es abiertamente opuesta a la letra (y al espíritu del texto legal), porque prescinde incomprensiblemente de la frase «en prenda» y se atiene exclusivamente a la de «retener», desarticulando evidentemente el espíritu de la Ley, reduciendo su sentido a lo que no se ha querido, es decir, a ser únicamente un «derecho de retención» (...) Evidentemente esa consecuencia no la ha querido nuestro legislador y

que la LDRG configura tiene como efectos propios, idénticos a los de la prenda, porque expresamente se los atribuye la Ley, la oponibilidad *erga omnes* (art. 6.1) y la facultad de realización del valor (arts. 2.1, c), y 7). En consecuencia, de la comparación resulta, a mi juicio, que la equiparación con la prenda a efectos de prelación de créditos, tiene mayor fundamento y justificación en el caso del derecho real de retención regulado en la LDRG que en el caso de la retención prevista en artículo 1730 CC<sup>998</sup>. Entiendo que la expresión “retener en prenda” que el Código Civil utiliza para determinados supuestos de retención fundamente la equiparación de éstos con la prenda. Pero, también considero que la sola nominación de un derecho no ha de ser determinante, porque, de lo contrario, resultaría suficiente con que el derecho real de retención que la LDRG regula se hubiera llamado el derecho de retener en prenda.

### **24.3. El “derecho de separación” del bien gravado con derecho real de retención**

Una cuestión especialmente vinculada con la preferencia especial de las garantías reales mobiliarias se refiere al derecho de realización separada del bien gravado en los supuestos de concurso de acreedores. La prenda posesoria así como la hipoteca mobiliaria, la prenda sin desplazamiento o la

---

eso es precisamente lo que ha querido evitar al añadir a la retención que ésta sea en «prenda» (...) su naturaleza jurídica es la de derecho real que se le asigna al *pignus*, aquí constituido *ministerio legis* (...) Si al respecto no son aplicables exactamente las disposiciones sobre *preferencia de créditos* contenidas en los artículos 1922 y concordantes del Código civil, han de aplicarse por una innegable analogía”. En el mismo sentido, **POZO CARRASCOSA**: *El derecho...*, pp. 126 y ss.

<sup>998</sup> A mayor abundamiento, **POZO CARRASCOSA**: *El derecho...*, p. 134: “La prenda legal que se deriva del ejercicio del derecho de retención en prenda del art. 1.780 Cc. reúne las dos notas que caracterizaban a las antiguas hipotecas tácitas –automatismo y clandestinidad-, pero de un modo atenuado, acorde con la mayor seguridad en el tráfico jurídico a la que aludíamos anteriormente. En efecto, si bien el derecho de prenda legal nace de modo automático desde que finaliza la pura situación de depósito, se necesita también la intervención del favorecido por ella, es decir, el depositario, mediante el ejercicio por parte de éste de la retención de la cosa. La prenda legal nace pues de modo automático, pero tras esa voluntad del depositario de continuar con la posesión de la cosa. En cuanto a la clandestinidad de la prenda legal, es decir, su no publicidad frente a terceros, queda soslayado por el propio hecho de la retención (...) El problema que se plantea entonces es el de la constancia de la fecha en que nació el derecho de prenda legal”.



reserva de dominio conllevan un derecho de ejecución separada *ex iure crediti*, es decir, un derecho derivado, no del dominio de la cosa –*ex iure domini*–, sino como facultad que acompaña a un crédito determinado. En cualquiera de estos casos, la facultad de ejecución separada del titular de la garantía encuentra un fundamento legal expresamente previsto para ello: el artículo 56 LC (cfr. art. 10.2 LHM para la hipoteca mobiliaria o para la prenda sin desplazamiento, art. 16.5.2º para la reserva de dominio inscrita en el correspondiente,<sup>999</sup> y art. 98.2, 2º LEC).

Como ya ha quedado dicho con relación a la prenda con desplazamiento, el derecho a la realización separada es una técnica procesal que garantiza la satisfacción preferente de un determinado crédito en el supuesto de apertura de un procedimiento concursal. Esta ventaja procesal exige un reconocimiento legal expreso, que no existe para el derecho real de retención. A diferencia de lo que ocurre con el resto de los derechos reales mobiliarios aludidos y con la reserva de dominio, no existe ninguna norma que expresamente atribuya la facultad de separación al titular del derecho real de retención. No lo dice la LDRG y tampoco alude a ello la LC (aunque resulta lógico en este texto de ámbito estatal donde el derecho de retención nunca se ha contemplado como una garantía de naturaleza real). Sería posible, no obstante, defender la aplicación analógica de los artículos 155 LC al derecho real de retención, que también es una garantía real que recae sobre bienes muebles, aunque de origen legal. En realidad, este precepto, por su ámbito territorial de aplicación, no están pensando precisamente en los derechos regulados por la LDRG; no lo hacen, lógicamente, respecto del derecho de retención, pero tampoco respecto de la prenda, aunque esta garantía se encuentre también regulada en el derecho estatal. Sin embargo, la integración de la prenda catalana en el ámbito objetivo de la Ley Concursal no representa, por la denominación de la garantía, ninguna dificultad, a diferencia de lo que ocurre con la integración del derecho de retención, aunque ambos tengan

---

<sup>999</sup> La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento han de inscribirse necesariamente para que el acreedor pueda gozar de los derechos que la Ley les concede (art. 3, 3º y 4º LHM).

legalmente atribuida idéntica naturaleza y los mismos efectos<sup>1000</sup>. A mi juicio, la clave está en la asimilación que, desde el derecho catalán, se hace entre los derechos de prenda y de retención, y que ha de determinar que las normas generales referidas a la preferencia del crédito pignoraticio se apliquen también al crédito garantizado con derecho real de retención.

Pero, al margen de lo anterior, el titular del derecho real de retención se encuentra legalmente facultado para mantener frente a *cualquiera* la posesión de la cosa retenida hasta el pago total de su crédito (art. 6.1 LDRG). Esto significa que el retenedor, no sólo puede negarse a la pretensión de devolución del deudor o del propietario, sino que también puede negarse a la pretensión de entrega de cualquier tercero. Específicamente, ejercitando la facultad de retención, el retenedor queda al margen del procedimiento concursal, sea quien sea quien le reclame la entrega del bien retenido. En consecuencia, el retenedor, aunque finalmente no se le reconozca un derecho de ejecución separada, tiene un verdadero derecho de separación, porque no ha de verse obligado a integrar el bien retenido en el activo del deudor, para satisfacción de todos los acreedores. Es decir, en este caso, el retenedor tiene una preferencia indirecta o implícita para el cobro de su crédito, porque así se le atribuye expresamente en el artículo 6.1 LDRG: sólo tiene la obligación de devolver o entregar la cosa cuando haya cobrado íntegramente su crédito. Además, ejercitando esta facultad y negándose a la devolución, el retenedor puede encontrar un beneficio mayor que ejercitando un hipotético derecho de ejecución separada: por una parte, los acreedores en concurso pueden preferir satisfacer el crédito que genera el derecho de retención si la recuperación del objeto les beneficia, es decir, cuando el valor de la cosa sea superior al del crédito por ella garantizado; y, por otra parte, el retenedor puede esperar a que

---

<sup>1000</sup> CAMPO VILLEGAS: “En torno...”, p. 125, se muestra totalmente contrario a la asimilación de ambos derechos. “la facultad más importante en los derechos de garantía cual es la realización del bien se halla configurado de manera diferente para cada derecho, hasta el extremo de que el **ius vendendi** queda tan debilitado para el retenedor que en definitiva depende de la voluntad del deudor, es decir, el acreedor virtualmente carece del mismo. ¿Cómo podemos considerar asimilado a la prenda un derecho que prácticamente carece de tan esencial y característica facultad proclamada en el artículo 1858 del Código Civil?”.



finalice el procedimiento concursal para, entonces, proceder a la realización del valor del bien afectado por la retención y evitar así la concurrencia de acreedores, en cuyo caso, probablemente ya no existirá el problema de la preferencia.

#### **24.4. Concurrencia de derechos de retención**

La LDRG no prohíbe constituir derecho real de retención sobre una cosa retenida (a diferencia de lo previsto para la prenda en el art. 14.1). La ausencia de un precepto en este sentido resulta del todo lógica, atendiendo al origen legal de la garantía y al carácter unilateral de su constitución. Pero, entonces, ¿es posible que una misma cosa se encuentre afectada por más de un derecho de retención, en garantía de créditos de distinta titularidad? El supuesto puede plantearse cuando una cosa afectada por derecho de retención se encuentre en posesión de persona distinta del titular de la garantía y concurren los presupuestos demandados por la LDRG para que esta persona, a su vez, la afecte con derecho de retención. El supuesto puede complicarse más si tenemos en cuenta que la nueva deuda puede haber sido contraída por el titular del derecho de retención ya constituido o por el mismo deudor cuyo incumplimiento fue causa de la constitución del previo derecho real de garantía

Teóricamente parece posible la concurrencia de derechos de retención sobre la misma cosa. Para ello sería necesario que un nuevo acreedor pasara a poseer la cosa retenida (cfr. art. 3 LDRG). Esta nueva situación posesoria podría producirse como resultado de la pérdida involuntaria de la posesión del objeto retenido por parte del titular de la garantía (cfr. art. 6.3 LDRG, que permite la coexistencia de dos conceptos posesorios) o, también, cuando éste, en cumplimiento de su deber de conservación o en el ejercicio de su derecho de uso, transmitiera la posesión de la cosa retenida a otra persona (cfr. art. 6.2 LDRG). El nuevo poseedor de la cosa retenida podría constituir derecho real de retención sobre la misma cuando concurrieran los presupuestos y se cumpliera

con los requisitos legalmente precisados, con lo que coexistirían más de un derecho real de retención, de distinta titularidad, sobre la misma cosa.

En el supuesto de concurrencia de derechos reales de retención sobre la misma cosa, los titulares de las diferentes garantías pueden actuar de distintas maneras. El titular de la garantía constituida en primer lugar puede pagar el crédito que originó la garantía posterior, con independencia de quién sea en este caso el deudor -él mismo, su deudor, un tercero- (cfr. art. 1158 CC); puede instar la realización del valor del objeto retenido (art. 7 LDRG); o puede mantenerse en su posición de retenedor, siempre que por cualquier causa recupere la posesión. Por su parte, el titular del derecho de retención posteriormente constituido, que seguramente ostentará la posesión de la cosa, puede, mantenerse en su posición como retenedor; puede ejecutar su derecho de garantía y realizar el valor de la cosa retenida; o puede liberar el objeto de la garantía anterior pagando el crédito. Cualquiera de ellos, si se mantiene en la situación de retención, corre el riesgo de que el otro ejercite acción real y realice la garantía. La cuestión que surge entonces es cuál de los distintos créditos asegurados con derecho real de retención sobre la misma cosa resulta preferente.

Según las normas generales sobre preferencia y prelación de créditos (art. 1926.2º en relación art. 1922. 2º y 3º CC; y art 155.3, 2º LC), la preferencia entre derechos reales de la misma naturaleza y efectos viene determinada por la fecha de su constitución. Por tanto, atendiendo a ello, el primer retenedor es el preferente. Por otra parte, atendiendo a las reglas de la ejecución hipotecaria, para analizar la viabilidad de su aplicación analógica a nuestro caso, tenemos que si el titular del derecho de retención en primer lugar constituido que hubiera recuperado la posesión de la cosa decidiera realizar su garantía, el adquirente en subasta recibiría la cosa libre de gravamen, porque los diferentes derechos de retención de rango inferior al ejecutado se extinguirían. En este caso, el titular del derecho de retención posteriormente constituido dejaría de serlo y sólo podría hacer efectivo su crédito por acción personal. Pero si el

titular del derecho de retención posteriormente constituido pagara el crédito garantizado por el derecho de retención anterior quedaría subrogado en la titularidad de este crédito, que acumularía al suyo, y ningún otro sujeto podría anteponerse a la realización del valor del objeto gravado (art. 1210.1º) CC)<sup>1001</sup>; en cambio, si este retenedor posterior decidiera realizar su garantía, el tercero adquirente en subasta recibiría la cosa con el gravamen de la retención primera, igual que sucede con la hipoteca. Esta es la regulación actualmente vigente y a ella debemos atenernos.

Sin embargo, a mi juicio, la aplicación de las normas sobre ejecución hipotecaria a los supuestos de concurrencia de derechos reales de retención no conducen a un resultado justo. En la mayoría de los casos, la constitución de un derecho de retención sobre una cosa ya retenida se deberá al incumplimiento del titular del derecho de retención anteriormente constituido, o a la actuación de un tercero autorizada por aquél. En estos casos no parece justo, por ir contra los propios actos, que la protección del crédito en primer lugar garantizado haya de prevalecer sobre la protección del crédito posteriormente garantizado, ya que éste se habrá generado por causa del incumplimiento o autorización del titular de la garantía anterior, sobre quien pesa el deber de conservación diligente de la cosa retenida y la prohibición de utilizarla más allá de lo que demande el mantenimiento de su estado inicial (art. 6.2 LDRG).

Según mi criterio, no existe en estos casos la identidad de razón que justifica la aplicación analógica de las reglas que regulan la preferencia en los supuestos de concurrencia de créditos garantizados con prenda sobre el mismo bien mueble, o la aplicación analógica de las reglas que regulan el rango hipotecario. Porque, tanto en la prenda como en la hipoteca el constituyente de la garantía conserva el poder de disposición sobre la cosa

---

<sup>1001</sup> La subrogación conlleva la transmisión de las garantías anexas al crédito (art. 1212 CC). Pero estas garantías aseguran sólo al crédito del que son accesorias. Por tanto, el acreedor podrá ejecutar de manera preferente sólo cuando lo haga en satisfacción de ese crédito; si ejecuta en beneficio del inicialmente suyo, transmitirá con los eventuales gravámenes anteriores que pudieran existir.

gravada, que puede volver a empeñar<sup>1002</sup> o hipotecar. Si así lo hace, el riesgo de la segunda garantía no ha de ser soportado por el titular de la garantía anterior, quien no ha de verse perjudicado por un acto en el que no ha tomado parte. Este primer acreedor pignoraticio o hipotecario se ve protegido en su derecho, y podrá ejercitarlo en los términos en los que fue convenido a su constitución, siempre y cuando se haya hecho constar en la forma legalmente requerida.

En cambio, en el derecho de retención es el propio retenedor el último responsable, por el poder que ostenta sobre la cosa retenida y por las obligaciones que el ejercicio de su derecho conlleva. El titular de la garantía es quien ostenta el poder sobre la cosa retenida que debe conservar y mantener en su estado físico y jurídico, para reintegrarla a quien corresponda en subasta o devolverla a quien con derecho la reclame. El retenedor es, probablemente, quien directamente establece con el segundo acreedor la relación que origina el crédito susceptible de asegurarse con la garantía real, o quien autoriza a un tercero para que la convenga, o quien incumple su deber de conservación diligente cuando, sin su consentimiento, la actuación se debe a un tercero. Por tanto, el retenedor es, en último término, quien debe cumplir con su obligación de conservación y quien debe asumir las consecuencias de una posterior retención originada, directa o indirectamente, por una actuación propia. Según este planteamiento, habría de ser preferente el crédito del ulterior retenedor, de forma que la realización de su garantía determinara la extinción de las anteriores. En este caso, el titular de la garantía anteriormente constituida sólo podría dirigirse contra su deudor por acción personal. En cambio, si fuera el titular de la primera garantía quien promoviera el procedimiento de realización del valor de la cosa, el retenedor posterior podría oponer la existencia de un derecho de retención preferente o entregar la cosa a aquél para que la subaste. En este segundo caso la garantía quedaría extinguida por renuncia (art. 6.3

---

<sup>1002</sup> Eso es así en el ámbito de aplicación del Código Civil, donde es posible empeñar una cosa ya empeñada, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de aplicación de la LDRG (cfr. art. 14.1).

LDRG)<sup>1003</sup>. El titular del derecho de retención preferente que perdiera la posesión de la cosa de forma involuntaria mantendría su garantía, que podría hacer valer frente a cualquiera con los límites del artículo 464.2º CC, que obliga al retenedor que quiera obtener la restitución de la cosa a reembolsar al rematante en subasta el precio que hubiera dado por ella.

Por tanto, desde esa perspectiva, el titular de un derecho de retención que quisiera ejercitar su garantía frente a otro derecho de retención sobre la misma cosa posteriormente constituido habría de extinguir éste y recuperar la cosa. Los gastos generados por esta segunda garantía, así como los perjuicios sufridos por su causa, sólo podrían acumularse al crédito inicialmente garantizado en tanto pudieran calificarse como gastos necesarios de conservación (arts. 5, a) 6.2 LDRG)<sup>1004</sup>. Este acreedor no podría extender la garantía a los gastos realizados ni pretender el resarcimiento de los perjuicios sufridos cuando se deban a su propio incumplimiento o a su falta de diligencia en la conservación del objeto retenido. Por ejemplo, no podría acumular a su crédito inicial los gastos de constitución o extinción del derecho de retención posteriormente constituido, ni los intereses de demora que genere el crédito posteriormente garantizado, ni siquiera el importe de ese crédito, cuando se deba a una actuación que exceda de las necesidades de conservación de la cosa retenida. El desembolso de cualquiera de estas cantidades podría haberse evitado si el retenedor, responsable también de la conservación jurídica de la cosa, hubiera cumplido con su obligación.

Finalmente, por lo que a este punto se refiere, es posible que cualquiera

---

<sup>1003</sup> Normalmente, el retenedor posterior no se desprenderá de la cosa retenida si no cobra su crédito o le aseguran que cobrará con lo que se obtenga de la realización de la anterior garantía. De todas formas, el segundo retenedor podría entregar la cosa, no con ánimo de extinguir la garantía por renuncia, sino para facilitar la realización de la garantía anterior y cobrarse con el precio obtenido. En cualquier caso resulta improbable que el titular del derecho de retención posterior, pudiendo realizar por derecho propio, se avenga a facilitar la realización ajena.

<sup>1004</sup> Se trataría de gastos de conservación que hubieran debido realizarse en cualquier situación para mantener la cosa en su estado inicial, es decir, gastos de conservación que igualmente se habrían generado de no existir una posterior retención..

de los deudores –de las distintas obligaciones garantizadas por respectivos derechos de retención- o el propietario de la cosa retenida, que evidentemente tienen un interés, paguen la deuda ajena y extingan el derecho de retención por esta causa constituido<sup>1005</sup>. En este caso, y de una forma general, el pagador se subroga en los derechos y acciones del acreedor satisfecho (arts. 1158, 1209 y 1210.3º CC). No obstante este criterio general, puede resultar conveniente analizar las consecuencias del pago, distinguiendo la hipótesis en que los sucesivos derechos de retención se originen en cadena, es decir, cuando la segunda o sucesiva retención se deba al incumplimiento del titular del derecho de retención anterior, que no paga la deuda que contrae; de la hipótesis en que las distintas retenciones se deban al incumplimiento de un mismo deudor, cuando por cualquier circunstancia éste hubiera recuperado la posesión de la cosa ya retenida, sin ánimo de renuncia del titular de la garantía (cfr. art. 18.3 LDRG)<sup>1006</sup>. A su vez, en ambas hipótesis es posible diferenciar el supuesto en que sea el primer retenedor quien cobre su crédito, del supuesto en que se pague al retenedor posteriormente constituido (si se limitan a dos los derechos de retención constituidos sobre la misma cosa).

---

<sup>1005</sup> **SANCHO REBULLIDA**: *Comentario...*, p. 314: "El interés ha de manifestarse en alguna relación de derecho respecto de la obligación o de las cosas a las que ésta afecte y que comporte (la) conveniencia del cumplimiento: codeudores y fiadores, dueños poseedores de las cosas en que consista la garantía y los que sobre éstas tengan constituido un derecho real o celebrado un arrendamiento". Por otra parte, el pago de deudas ajenas es posible siempre que se trate de obligaciones de dar cosa genérica, sobre todo cuando se trata de una deuda dineraria, o en las obligaciones de hacer (art. 1161 CC) y en las de no hacer siempre que no sean personalísimas. Cuando quien paga una deuda ajena es un tercero interesado en la obligación hay subrogación, tanto si el deudor aprueba el pago, como si lo ignora o se manifiesta contrario a él (art. 1210.1º y 3º CC). En este sentido **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO**, en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - Díez-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 170.

<sup>1006</sup> Es posible que el deudor de la primera obligación que generó retención recupere la cosa retenida, bien porque se la entregue el titular de la garantía o bien porque se la entregue otra persona, en ambos casos sin que el acreedor haya renunciado a su garantía. Y es posible, también, que el deudor contraiga una nueva obligación frente a otro acreedor, por razón de la misma cosa, y que acabe incumpliendo nuevamente. En este caso, el nuevo acreedor podrá constituir derecho real de retención sobre la cosa previamente gravada, si concurren los presupuestos y requisitos legalmente demandados.

En la primera de las hipótesis, cuando los distintos derechos de retención se originen en cadena, si el propietario paga al retenedor inicial, éste se encuentra obligado a devolverle la cosa, cuya posesión probablemente mantendrá el retenedor posterior. Si así fuera, el primer retenedor satisfecho habrá de satisfacer, a su vez, el crédito del retenedor posterior, para recuperar la cosa y poder devolverla, libre ya de todo gravamen, a su propietario. Si no actúa en este sentido, el propietario podrá accionar contra el acreedor satisfecho reclamándole la indemnización que corresponda al incumplimiento y a los daños y perjuicios por esta causa originados. Pero es también posible que el retenedor inicial hubiera recuperado la posesión de la cosa, por cualquier circunstancia distinta de la renuncia del retenedor posterior (cfr. art. 18.3 LDRG). En este último caso, saldado su crédito, el retenedor habría de devolver la cosa a su propietario y pagar la deuda contraída con el retenedor posterior. Y si devuelve pero no paga, o no paga lo suficiente, el retenedor posterior continuará teniendo un derecho de crédito asegurado con derecho real de retención sobre una cosa determinada, del que emana una acción personal contra su deudor y una acción real que podrá ejercitarse frente a cualquiera, incluido el propietario de la cosa retenida. Siguiendo con la misma hipótesis, el propietario que como tercero interesado pague el crédito del retenedor posterior se subroga en el lugar de éste, de manera que si este pagador fuera a la vez el deudor del retenedor anterior podría compensar con éste los créditos en las cantidades concurrentes (cfr. arts 1156 y 1195 y ss. CC).

En la segunda de las hipótesis planteada, esto es, cuando los distintos derechos de retención constituidos sobre la misma cosa se deban al incumplimiento de obligaciones distintas, contraídas frente a personas distintas por una misma persona, esta se encuentra obligada a liquidar ambas deudas para que la cosa y él mismo se liberen de gravamen y responsabilidad, respectivamente, porque las garantías son totalmente independientes aunque recaigan sobre la misma cosa. Si el propietario no paga y el primer retenedor realiza su garantía, el valor obtenido se aplicará a la satisfacción de su crédito

y, atendiendo a las normas sobre prelación y rango hipotecario, sólo si resulta un exceso de valor, éste exceso se consignará para que cualquier otro acreedor notificado satisfaga su crédito, de acuerdo con el principio de prioridad. Si quien decide proceder a la realización del valor es el acreedor posterior, en principio, se debería notificar a cualquier acreedor preferente. Lo que ocurre es que, si los gravámenes no constan en un registro, probablemente, los distintos retenedores desconozcan su recíproca existencia. En este caso, realizada la garantía, si nadie interpone una tercería de mejor derecho, la cosa se transmite libre de gravamen, y la garantía en principio preferente se extingue, quedando el adquirente protegido por el artículo 464 CC.

## **25. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LA PREFERENCIA DE LOS CRÉDITOS ASEGURADOS CON GARANTÍA MOBILIARIA SOBRE ACCIONES NO TOTALMENTE LIBERADAS (ARTS. 72 Y 45 LSA)<sup>1007</sup>**

Cuando la garantía real mobiliaria recaiga sobre acciones no totalmente liberadas, es decir, sobre acciones cuyo nominal no ha sido íntegramente desembolsado por el accionista (cfr. arts. 42 a 46 LSA)<sup>1008</sup>, puede plantearse un conflicto entre los derechos del acreedor y los de la sociedad emisora. El propietario accionista es el único obligado a satisfacer el pago de los dividendos pasivos pendientes, esto es, la parte del nominal que resta por desembolsar, por lo que la sociedad sólo podrá dirigirse contra el socio para que los satisfaga<sup>1009</sup>. No obstante, cuando las acciones no liberadas estén

---

<sup>1007</sup> Véase CAP III, § 2, 6.2.3.

<sup>1008</sup> **OTERO LASTRES, JOSÉ MANUEL**: “Dividendos pasivos (artículos 42 a 46 LSA)”, en **AAVV: Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles**, dirigido por **URÍA, RODRÍGO – MENENDEZ, AURELIO – OLIVENCIA, MANUEL**, t. III, “Fundación de la Sociedad Anónima”, v. 3º, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1994, p. 238, resalta “así como la LSA parte del principio de la suscripción íntegra del capital social en el momento constitutivo, permite, sin embargo, que las aportaciones de los socios sean desembolsadas tan sólo parcialmente. O dicho de otro modo, acoge el principio de desembolso parcial (al contrario que la LSRL que parte del principio del desembolso íntegro). Desembolso parcial que ha de consistir, por lo menos, en una cuarta parte del valor nominal de cada acción”.

<sup>1009</sup> Aunque, como indica **CARRASCO PERERA: Tratado...**, p. 930, “Esto no quiere



empeñadas, la falta de pago de los dividendos pasivos pendientes, con la consiguiente mora del accionista, puede suponer un grave perjuicio para el acreedor pignoraticio. A tenor de los artículos 42 y 43 LSA, se encuentra en mora el accionista que no haya aportado a la sociedad la porción de capital no desembolsada en el plazo fijado por los estatutos sociales o en el acordado o decidido por los administradores de la sociedad<sup>1010</sup>. En estos supuestos, cuando el propietario de las acciones incumpla su obligación de desembolsar los dividendos pasivos, el titular de la garantía puede optar entre satisfacerlos él mismo o proceder a la realización del valor de las acciones gravadas (art. 72.2 LSA). Si el acreedor se hace cargo del pago de los dividendos pasivos adeudados, su crédito frente al propietario de las acciones aumentará en la cantidad por este concepto satisfecha, a la que se extenderá la garantía (art. 18.1 LDRG)<sup>1011</sup>. Pero, por otra parte, el artículo 45 LSA dispone que cuando el accionista se halle en mora, la sociedad podrá reclamar el cumplimiento de la obligación de desembolso o enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio

---

decir que el acreedor no pueda haber asumido internamente esta obligación o pueda haberla afianzado, y que en virtud de esta asunción deudora (cumulativa) resulte deudor, conforme al Derecho común. Pero los estatutos no pueden imponer esta condición al acreedor pignoraticio al margen de su voluntad. Salvo previsión contraria en el título, la deuda de dividendos pasivos corresponde al socio igualmente en la relación interna, por lo que, a diferencia de lo que ocurre con el usufructo (art. 69.1 LSA), no tiene ninguna pretensión de reembolso contra el acreedor". En el mismo sentido **PANTALEÓN PRIETO**: "Copropiedad...", p. 139.

<sup>1010</sup> Según el artículo 42 LSA, cuando el plazo se fije por acuerdo o decisión de los administradores de la sociedad, "se anunciará en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil». **OTERO LASTRES**: "Dividendos...", p. 265: "Cuando el accionista deudor de los dividendos pasivos incurre en mora, la LSA pone en marcha una serie de medidas cuya finalidad última es conseguir que el socio satisfaga la porción de capital no desembolsada. Estas medidas son de un doble orden y son perfectamente compatibles entre sí: unas son medidas de tipo coactivo, sanciones, que tienen por finalidad primordial compeler al socio al más rápido cumplimiento de su deber de aportación; las otras van dirigidas a reintegrar a la sociedad la porción de capital pendiente de desembolso prometida por el socio moroso. A las primeras destina la LSA el artículo 44 y a las segundas, los artículos 45 y 46". En este sentido, **MIQUEL RODRÍGUEZ**: "Los dividendos...", p. 451.

<sup>1011</sup> Entiende **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 362, que la previsión del artículo 72 LSA está perfectamente justificada, ya que, al permitir que el acreedor pague los dividendos pasivos, permite también entender que "la facultad de reclamar lo pagado al socio no se verá truncada por la oposición de éste último, ni tendrá que limitarse a lo que hubiera sido útil al socio del pago (en contra de lo que señala el art. 1158. II. III. Cc). No estamos ante una gestión de negocios ajenos como en el caso del art. 1158 Cc, sino ante una facultad que la Ley confiere al acreedor pignoraticio porque considera que tiene un interés legítimo en el tema".

moroso (art. 45.1 LSA). Además, este artículo 45 LSA añade que cuando la venta de las acciones no pudiera efectuarse, la sociedad podrá amortizarlas, con la consiguiente reducción de capital, quedándose en su beneficio las cantidades que hubiera recibido a cuenta del pago de los dividendos pasivos correspondientes (art. 45.2, 2º LSA)<sup>1012</sup>.

Las anteriores previsiones legislativas pueden originar una situación de conflicto entre el derecho del titular de la garantía y el de la sociedad emisora a satisfacer sus respectivos créditos con cargo al valor de las acciones; conflicto que ha de resolverse determinando la preferencia de uno u otro. Un sector de la doctrina mercantilista entiende que, en todo caso, ha de prevalecer el derecho de la sociedad emisora “al entrar en juego, no sólo sus propios intereses, sino también el de los socios y terceros y, fundamentalmente, la necesaria protección de la seguridad del propio tráfico mercantil y la plena confianza que en general debe depositarse en las sociedades de capital y en la

---

<sup>1012</sup> Según expone **OTERO LASTRES**: “Dividendos...”, p. 274, la sociedad no debe seguir un orden de prelación a la hora de elegir entre las medidas previstas por el párrafo primero del artículo 45 LSA, sino que puede elegir la que, según el caso, estime más conveniente a sus intereses, porque la LSA las equipara; en cambio, la amortización de las acciones del socio moroso, prevista en el último párrafo de este mismo artículo 45 LSA, tiene un carácter subsidiario puesto que tan sólo podrá acudir a la misma cuando la enajenación forzosa de las acciones no haya podido efectuarse. De otra manera lo entiende **MIQUEL RODRÍGUEZ**: “Los dividendos...”, p. 453, para quien el artículo 45.1 LSA, “a pesar de la indeterminación, no parece que permita optar de una manera indiscriminada por una u otra opción”; considera que la fórmula legal utilizada en el precepto, “según los casos y atendida la naturaleza de la aportación no efectuada”, impide tal arbitrariedad y que “si los administradores decidieran indiscriminadamente enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso, se trataría a mi parecer de una facultad exorbitante, que podría incluso ser utilizada, actuando en el momento oportuno, y de manera formalmente irreprochable, como mecanismo para deshacerse de algún socio molesto (...) sería más adecuado que la sociedad reclamara primero, incluso extrajudicialmente, el cumplimiento de la obligación, con el correspondiente interés legal y los eventuales daños y perjuicios causados por la morosidad. En todo caso, siempre sería posible posteriormente proceder a enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso”. Por otra parte, para **MORENO DE LA SANTA GARCÍA**: *Prenda...*, p. 116: “En realidad, el supuesto de venta es más teórico que real, pues resulta difícilmente imaginable, salvo circunstancias excepcionales, encontrar con facilidad un comprador interesado en adquirir unas acciones que se supone tienen una parte importante de su valor nominal pendiente de desembolso (pues de lo contrario el propio accionista o el acreedor lo pagarían de inmediato) y sobre las que recae un derecho real de prenda. Por lo anterior, lo más probable es que la sociedad procediera a su amortización”.

realidad de sus aportaciones”<sup>1013</sup>. Se entiende, entonces, que dado que la sociedad emisora conocerá siempre la existencia del gravamen –porque las acciones cuyo importe no haya sido totalmente desembolsado han de adoptar necesariamente forma nominativa (art. 52.1 LSA), y la garantía ha de ser objeto de inscripción en el libro registro de acciones nominativas o en el de acciones al portador transitoriamente nominativas (arts. 57.2, 2ª, y 56. y 2 LSA)- habrá de comunicar al acreedor el impago de los dividendos pasivos, para que tenga la posibilidad de abonarlos él mismo y así adelantarse a las acciones de la sociedad, logrando de esta manera que no se vean frustradas sus expectativas de realización de la garantía<sup>1014</sup>.

Sin embargo, aunque ésta pueda ser la solución más acorde para la protección del tráfico mercantil, lo cierto es que el artículo 72.2 LSA admite que las acciones cuyo importe no se encuentre enteramente desembolsado se graven con garantía real. El artículo 45 LSA establece un mecanismo resolutorio especialmente beneficioso para la sociedad, que extingue la acción sancionando al accionista a la pérdida de la cantidad recibida a cuenta, en exclusivo beneficio de la sociedad, lo que resulta extremadamente extraño al derecho de obligaciones (cfr. arts. 1120, 1124, 1295, 1303, 1504 CC). Además, una cosa es sancionar al propietario moroso y otra extender esa sanción a terceros, concretamente, al titular de un gravamen real sobre las acciones. Y es que este artículo 45.2 LSA no está especialmente pensado para la existencia de un gravamen pignoraticio. Esta previsión se establece, precisamente, en el artículo 72 del mismo texto, que, en su especialidad, resulta preferente.

---

<sup>1013</sup> **MEJÍAS GÓMEZ:** “Prenda...”, p. 666: “Entendemos que en tal situación ha de ser prevalente el derecho de la sociedad emisora, al entrar en juego, no sólo sus propios intereses, sino también el de los socios y terceros y, fundamentalmente, la necesaria protección de la seguridad del propio tráfico mercantil y la plena confianza que en general debe depositarse en las sociedades de capital y en la realidad de sus aportaciones”; Siguiendo a este autor, **MORENO DE LA SANTA GARCÍA:** *Prenda...*, p. 116: “Qué duda cabe que la sociedad está representando además de sus propios intereses, los de todos los demás socios y los de terceros y, por otra parte, el derecho de la sociedad es anterior al del acreedor pignoraticio que cuando aceptó en prenda las acciones no liberadas ya conocía los riesgos que asumía”.

<sup>1014</sup> **MEJÍAS GÓMEZ:** “Prenda...”, p. 666; **MORENO DE LA SANTA GARCÍA:** *Prenda...*, p. 116.

El gravamen, por ser de naturaleza real, recae sobre su objeto con independencia del patrimonio en el que éste se integre, aunque sea el de la sociedad acreedora. Por este motivo, cuando la sociedad acreedora venda las acciones no totalmente liberadas y gravadas por la garantía real, el comprador las adquirirá con el gravamen constituido; y cuando la sociedad decida amortizarlas, la garantía real recaerá sobre las cantidades ya percibidas por la sociedad a cuenta de la acción, convirtiéndose en pecuniaria, aunque no alcance a cubrir la totalidad del crédito. En este último caso, el acreedor podrá anticipar el vencimiento de la obligación y realizar el valor de la garantía (art. 72.2 LSA), en cuyo caso podrá hacer directamente suyas las cantidades percibidas (art. 19.5 LDRG), que la sociedad le deberá entregar<sup>1015</sup>.

---

<sup>1015</sup> **SÁNCHEZ-PARODI PASCUA**: “De la copropiedad...”, p. 678: “cabe postular que el acreedor ostentará sobre las acciones mejor derecho que la sociedad, quien no podrá venderlas hasta que sea satisfecho el crédito garantizado. Esta preferencia que es reconocida expresamente por el artículo 320 Ccom., al menos cuando la prenda recaiga sobre acciones admitidas a negociación en un mercado secundario oficial y se instrumente en instrumento público, puede extenderse a los demás casos con base en el principio de supremacía del derecho real sobre el derecho de crédito, siempre que se cumplan los requisitos de eficacia pertinentes”. De este mismo autor, en igual sentido: “Prenda...”, p. 860. Igualmente, **CARRASCO PERERA**: *Tratado...*, p. 931: “Si, ante el impago de los dividendos, el acreedor enajena la prenda, será preferente para el cobro frente a la sociedad que hace uso del derecho de disposición del art. 45 LSA”; **SALINAS ADELANTADO**: *El régimen...*, p. 364: “a diferencia de lo que sucede con el artículo 1129.3 Cc, no se tiene que esperar a que la garantía se pierda (art. 45.2.II LSA), sino que la venta se puede realizar antes. La finalidad *preventiva* de la norma es clara. Lógicamente, la facultad de venta del acreedor pignoraticio debe entenderse preferente a la que reconoce el art. 45 LSA a la sociedad, porque, en caso contrario, la norma perdería su sentido tuitivo”. En cambio, **PANTALEÓN PRIETO**: “Copropiedad...”, p. 140, que está de acuerdo en que en caso de venta de las acciones por parte de la sociedad la prenda “pasará a recaer sobre el remanente del producto de la venta”, considera que si la acción es amortizada “la prenda resultará extinguida”. Por otra parte, este último autor, obra cit., p. 141, entiende que “si el propietario incumple la obligación de desembolsar los dividendos pasivos de las acciones dadas en prenda, el acreedor pignoraticio podrá proceder a la realización de la prenda, aunque no esté vencida la deuda garantizada. Sorprende que el legislador de 1989 no haya dispuesto que el acreedor podrá ya actuar así desde unos días antes del vencimiento del plazo fijado para realizar el pago de los dividendos pasivos, a fin de que goce de un margen de actuación antes de la entrada en juego del artículo 45”.

## BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

**ABRIL CAMPOY, JUAN MANUEL – NAVAS NAVARRO, SUSANA:** “El derecho de retención. Presupuestos, ejercicio y extinción. Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 25 de Octubre de 1993”, *La Llei de Catalunya i Balears*, 1994, nº 1, pp. 811 a 823.

**ABRIL CAMPOY, JUAN MANUEL:** “El derecho de retención en el ordenamiento jurídico catalán”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, nº 624, pp. 1885 a 1925.

**ALBALADEJO, MANUEL:** “La poseibilidad del derecho de prenda”, *Estudios de Derecho Civil*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1955, pp. 5 a 17.

**ALBALADEJO, MANUEL:** “La hipoteca unilateral”, *Estudios de Derecho Civil*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1955, pp. 55 a 95.

**ALBALADEJO, MANUEL:** “Adquisición por usucapión del derecho real de prenda”, *Estudios de Derecho Civil*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1955, pp. 19 a 50.

**ALBALADEJO, MANUEL:** *Derecho Civil*, t. II, v. I<sup>º</sup>, séptima edición, Librería Bosch, Barcelona, 1983.

**ALBALADEJO, MANUEL:** *Derecho Civil*, t. III, v. 2<sup>º</sup>, octava edición, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1994.

**ALBALADEJO, MANUEL:** *Derecho Civil*, t. I, v. 2<sup>º</sup>, undécima edición, José María Bosch editor, S.A., Barcelona, 1991.

**ALBALADEJO, MANUEL:** *Derecho Civil*, t. III, v. 1º, octava edición, José María Bosch editor, S.A., Barcelona, 1994.

**ALBALADEJO MANUEL:** “Si la reclamación extrajudicial interrumpe la prescripción desde que se hace o cuando la recibe el prescribiente”, *Revista de Derecho Privado*, Julio-Agosto 1996, pp. 523 a 534.

**ALBALADEJO, MANUEL:** “Sobre si equivale o no al título la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe, pero gratuitamente”, *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio, 1997, pp. 483 a 499.

**ALBIOL MARÉS, PEDRO,** en **AAVV:** *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, coordinado por **JOU I MIRABENT, LLUÍS**, t. II, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1994.

**ALMAGRO NOSETE, JOSÉ:** “Significación procesal del derecho de retención”, *Revista de Derecho Procesal*, 1968, nº 3, pp. 113 a 140.

**ALMAGRO NOSETE, JOSÉ:** “Significación procesal del derecho de retención”, *Revista de Derecho Procesal*, 1968, nº 4, pp.131 a 179.

**ALONSO LEDESMA, CARMEN:** “Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación”, en **AAVV:** *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, dirigido por **GARCÍA VILLAVERDE, RAFAEL – ALONSO UREBA, ALBERTO – PULGAR EZQUERRA, JUANA**, Editorial Dilex, S.L., Madrid, 2003, pp. 357 a 408.

**ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME:** “Comentario al art. 56 de la Ley Concursal”, en **AAVV:** *Nueva Ley Concursal*, Coordinado por **SALA REIXACHS, ALBERTO – MERCADAL VIDAL, FRANCISCO – ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME**, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2004, pp. 308 a 312.

**ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, JOSÉ ANTONIO:** *Curso de derechos reales. Los derechos reales limitados*, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1987.

**ÁLVAREZ OLALLA, PILAR:** *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*, Editorial Comares, Granada, 1999.

**ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL,** en **AAVV:** *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DíEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL:** “El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1972, pp. 9 a 41.

**ÁNGEL YAGÚEZ, RICARDO DE,** en **AAVV:** *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DíEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**ARANDA RODRÍGUEZ, REMEDIOS:** *La Prenda de créditos*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, 1996.

**ARANDA RODRÍGUEZ, REMEDIOS:** “La prenda de créditos según nuestra jurisprudencia más reciente. Comentario a la Sentencia de 13 noviembre 1999 (RJ 1999, 9046)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000, nº 5, pp. 375 a 380.

**ARCOS VIEIRA: M<sup>a</sup>. LUISA:** *El mandato de crédito*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996.

**ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER:** “Prelació de títols causals (pòlisses) i títols executius (sentències d’execució) de les entitats bancàries en les terceries de millor dret. Doctrina legal i científica sobre l’art. 1.924.3r CC,

*Contratación Bancaria*, Jornadas celebradas en Tarragona, 6 y 7 de marzo de 1997, Facultad de Ciències Jirídiques, Universitat Rovira i Virgili, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 261 a 312.

**ARROYO GARCÍA, SAGRARIO – FONT SERRA, EDUARDO – GARCÍA PAREDES, ANTONIO – GUTIÉRREZ SANZ, MARÍA – ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO – UREÑA GUTIÉRREZ, PABLO:** *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinado por **CABAÑAS GARCÍA, JUAN CARLOS**, Editorial Trivium, Madrid, 2000.

**AURIOLES MARTÍN, ADOLFO:** “La pignoración de los derechos dimanantes del seguro de vida”, en **AAVV:** *Tratado de garantías de la contratación mercantil*, coordinado por **NIETO CAROL, UBALDO – MUÑOZ CERVERA, MIGUEL**, t. II, *Garantías reales*, v. 1 *Garantías mobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 919 a 960.

**ÁVILA NAVARRO, PEDRO:** *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.

**ÁVILA NAVARRO, PEDRO:** “La hipoteca en garantía de cuenta corriente”, *Revista jurídica de Cataluña*, 1995, pp. 721 a 727.

**BADOSA COLL:** “Justo título”, voz en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XIV, Francisco Seix editor, Barcelona, 1978, pp. 660 a 712.

**BADOSA COLL, FERRAN:** *Dret d'obligacions*, Publicacions Universitat de Barcelona, Barcanova, S.A., 1990.

**BADOSA COLL, FERRAN**, en **AAVV:** *Comentario del Código Civil*, dirigido **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DíEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR**



**CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**BALLARÍN MARCIAL, ALBERTO**: “Titularidad solidaria”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1962, t. XIII, pp. 167 a 223.

**BARBA DE VEGA, JOSÉ**: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1985”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1986, nº 101, pp. 3367 a 3376.

**BARBANCHO TOVILLAS, FRANCISCO JOSÉ**: “Hipoteca flotante. Comentario a la Resolución de la DGRN de 24 julio 1998 (RJ 1998, 5979)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, nº 2, pp 489 a 494.

**BARRADA ORELLANA, REYES**: “Aproximación al pacto de reserva de dominio según la Ley 28/1998, de venta a plazos de bienes muebles”, *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, nº 82, enero-febrero, 1999, pp. 272 a 298.

**BELTRÁN DE HEREDIA DE ONIS, PABLO**: *El Derecho de Retención en el Código Civil Español*, Universidad de Salamanca, 1955.

**BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO**: “El derecho de separación en la quiebra”, en **AAVV**: *Tratado de garantías de la contratación mercantil*, coordinado por **NIETO CAROL, UBALDO – MUÑOZ CERVERA, MIGUEL**, t. I, *Parte General y Garantías Personales*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 252 a 299.

**BERCOVITZ, ALBERTO**: “El derecho del mercado de capitales”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1988, pp. 67 a 111.

**BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO:** *La Cláusula de Reserva de Dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid, Moneda y Crédito, 1971.

**BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO:** “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil”, en **AAVV: Primer Congreso de Derecho Vasco: la actualización del Derecho Civil**, Colección: Investigación para la autonomía, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1983, pp. 73 a 109.

**BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO,** en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P.:** *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

**BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE:** “Drets reals d’adquisició preferent i dret d’opció”, *Boletín Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, nº 106, mayo y junio 2003, t. I, pp. 391 a 403.

**BROSETA PONT, MANUEL:** *Manual de Derecho Mercantil*, décima edición, Tecnos, Madrid, 1994.

**CABALLERO LOZANO, JOSÉ M<sup>º</sup>:** *Las prohibiciones de disponer. Su proyección como garantía de las obligaciones*. José María Bosch editor, S.A., Barcelona, 1993.

**CABALLOL I ANGELATS, LLUÍS:** “Consideraciones sobre la exclusividad de la potestad de ejecutar, con motivo de la sentencia de la Sala Primera del

Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998 sobre el proceso notarial de realización hipotecaria, *Justicia*, 1999, nº 2, pp. 225 a 249.

**CABANAS TREJO, RICARDO:** “Ley Concursal (exposición sistemática y comentarios), *La Notaria*, julio-agosto 2003, nº 7-8, vol I, número monográfico.

**CACHÓN BLANCO, JOSÉ ENRIQUE:** *Derecho del Mercado de Valores*, t. I, Dykinson, S.L., Madrid, 1992.

**CACHÓN BLANCO, JOSÉ ENRIQUE:** “La capacidad de obrar y los derechos reales de garantía”, en **AAVV:** *Tratado de garantías de la contratación mercantil*, coordinado por **NIETO CAROL, UBALDO – MUÑOZ CERVERA, MIGUEL**, t. II, *Garantías reales*, v. 1 *Garantías mobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 95 a 148.

**CALATAYUD SIERRA, ADOLFO**, en **AAVV:** *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, coordinado por **JOU I MIRABENT, LLUÍS**, t. I, Bosch, Casa Editorial, S.A, Barcelona, 1994.

**CALVO ROJAS, MANUEL:** “La transmisión de acciones y de participaciones sociales en las sociedades no inscritas”, *Cuadernos de Derecho de Comercio*, 1991, nº 10, pp. 173 a 204.

**CAMACHO CLAVIJO, SANDRA:** *La prenda de valores anotados en cuenta: constitución y efectos*, Tirant lo Blach, Valencia, 2003.

**CAMPO GÜERRI, MIGUEL ÁNGEL:** “El embargo de participaciones sociales y títulos valores”, en **AAVV:** *Los procesos especiales*, dirigido por **ORTIZ NAVACERRADA, SANTIAGO**, Estudios de Derecho Judicial, 30-2000, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 69 a 129.

**CAMPO VILLEGAS, ELÍAS:** “En torno a la Ley catalana de garantías posesorias sobre cosa mueble”, *La Notaria*, julio-agosto 1996, nº 7-8, pp. 93 a 134.

**CAMPO VILLEGAS, ELÍAS:** “El control notarial de la legalidad en el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial”, *La Notaria*, abril 1996, nº 4, pp. 119 a 134.

**CAMPO VILLEGAS, ELÍAS:** “Consideraciones sobre la realización extrajudicial de los bienes hipotecados, después de la Ley 1/2000”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 4-2001, pp. 1229 a 1244.

**CANALS BRAGE, FERNANDO:** “Hipoteca en garantía de títulos al portador”, en **AAVV:** *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993, pp. 71 a 87.

**CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO:** *La retención de cosa ajena*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1990.

**CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO:** *La posesión, el usufructo y la prenda de derechos*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992.

**CANO RICO, JOSÉ RAMÓN:** *Las ventas por orden judicial y en ejecución de garantías. Las ventas en pública subasta por Corredor de Comercio Colegiado*, informe elaborado para el Consejo general de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, febrero 1997.

**CANO RICO, JOSÉ RAMÓN:** “La ejecución de Garantías reales mobiliarias”, en **AAVV:** *Garantías reales mobiliarias*, dirigido por **NIETO CAROL, UBALDO**, Estudios de Derecho Judicial 8–1998, Escuela Judicial, Consejo General del

Poder Judicial, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, pp. 399 a 496.

**CAPÓ BONNAFOUS, EDUARDO:** “Algunas consideraciones sobre la prenda de créditos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1931, pp. 282 a 296.

**CARRASCO PERERA, ÁNGEL – CORDERO LOBATO, ENCARNA – MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS:** *Tratado de los derechos de garantía*, Editorial Aranzadi, S.A., Navarra, 2002.

**CARRIÓN, SALVADOR:** “La condición suspensiva y sus efectos. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1996”, *Revista de Derecho Privado*, Junio 1999, pp. 449 a 487.

**CASAS Y VALLÉS, RAMÓN:** “La reserva de dominio en la venta de inmuebles” *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3, 1986, pp. 605 a 648.

**CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ:** *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. 2º, v. 2º, duodécima edición, Reus, S.A., Madrid, 1978.

**CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN:** “Prelación de créditos”, *Revista General de Derecho*, 1993, pp. 1279 a 1318.

**CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN:** “La nueva Ley concursal española en el marco de la armonización del Derecho europeo: el principio de universalidad y la clasificación de los créditos en el concurso”, *Actualidad Civil*, nº 33, 2003, pp. 885 a 9905.

**CASTRO FERNÁNDEZ, JAIME M<sup>a</sup> DE:** “La cesión de créditos en general y la subrogación en los préstamos hipotecarios”, *La Notaria*, octubre 1996, nº 10, pp. 35 a 108.

**CATALA-FRANJOU, NICOLE:** “De la nature juridique du droit de rétention”, *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 1967, pp. 9 a 44.

**CHAMORRO PIÑERO, SANTIAGO:** “El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1943, I, pp. 7 a 48 y 123 a 166.

**CHICO Y ORTIZ, JOSÉ M<sup>º</sup>:** *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. II, cuarta edición actualizada, Marcial Pons, Madrid, 2000.

**CLAVERÍA GOSALVEZ, LUIS-HUMBERTO,** en **AAVV:** *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DíEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**COCA PAYERAS, MIGUEL,** en **AAVV:** *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DíEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**CONTÍN TRILLO-FIGUEROA, SEBASTIÁN:** “La prelación de créditos en el proyecto de la Ley concursal española”, *Revista General de Derecho*, 2001, pp. 6635 a 6656.

**CORDERO LOBATO, ENCARNA:** *La hipoteca global (la determinación del crédito garantizado)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1977.

**CORTÉS GARCÍA, EDUARDO:** “Derechos reales limitados y otros gravámenes sobre valores anotados”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, enero-marzo 1999, nº 73, pp. 163 a 198.

**CORRAL DUEÑAS, FRANCISCO:** “Hipoteca en garantía de pensiones alimenticias en convenios de separación matrimonial”, en **AAVV:** *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, pp. 267 a 293.

**DALMARTELLO, ARTURO:** “Pegno irregolare”, voz en *Novíssimo Digesto italiano*, t. XII, pp. 798 a 807.

**DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA:** *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados (Actualizado a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.

**DÍAZ MÉNDEZ, NICOLÁS:** “Pignoración de la póliza de seguro de vida”, en **AAVV:** *Garantías reales mobiliarias*, dirigido por **NIETO CAROL, UBALDO**, Estudios de Derecho Judicial, 8-1998, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, pp. 343 a 366.

**DÍAZ MORENO, ALBERTO:** “La prenda de anotaciones en cuenta”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1991, pp. 355 a 44.

**DÍAZ MORENO, ALBERTO:** “Los títulos nominativos directos”, en **AAVV:** *Derecho Mercantil*, coordinado por **JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO J.**, v. II, quinta edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1999, pp. 16 a 25.

**DÍEZ PASTOR, JOSÉ LUIS:** “Notas acerca de la naturaleza y contenido de la subhipoteca”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1930, pp. 440 a 457.

**DÍEZ SOTO, CARLOS MANUEL:** *El depósito profesional*, Colección biblioteca de Derecho privado, nº 62, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1995.

**DÍEZ-PICAZO, LUIS:** Autonomía privada y derechos reales”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1976, pp. 273 a 305,

**DÍEZ-PICAZO, LUIS,** en **AAVV:** *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**DÍEZ-PICAZO, LUIS:** *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. II, “Las relaciones obligatorias”, cuarta edición, Cívitas, Madrid, 1993.

**DÍEZ-PICAZO, LUIS – GULLÓN, ANTONIO:** *Sistema de Derecho Civil*, v. I, novena edición, revisada y puesta al día, Tecnos, S.A., Madrid, 1997.

**DÍEZ-PICAZO, LUIS – GULLÓN, ANTONIO:** *Sistema de Derecho Civil*, v. III, quinta edición, revisada y puesta al día, Tecnos, S.A., Madrid, 1994.

**DÍEZ-PICAZO, LUIS – GULLÓN, ANTONIO:** *Sistema de Derecho Civil*, v. IV, séptima edición, revisada y puesta al día, Tecnos, S.A., Madrid, 1997.

**DÍEZ-PICAZO, LUIS – GULLÓN, ANTONIO:** *Instituciones de Derecho Civil*, v. I, Tecnos, S.A., Madrid, 1995.

**DÍEZ-PICAZO, LUIS – GULLÓN, ANTONIO:** *Instituciones de Derecho Civil*, v. II, Tecnos, S.A., Madrid, 1995.

**DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO,** en **AAVV:** *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.

**DOMINGO GONZÁLEZ, VICENTE:** “El concepto de valor en la Ley de reforma del mercado de valores. Ámbito de aplicación de la misma”, en **AAVV:** *Contratos sobre acciones*, dirigida por **MOREU SERRANO, GERARDO**. Consejo



General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cívitas, Madrid, 1994, pp. 5 a 23.

**DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS:** “Los derechos reales de garantía en la futura Ley Cooncurzal”, *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, nº 98, enero y febrero de 2002, pp. 269 a 278.

**DURÁN RIVACOVA, RAMÓN:** “La vigencia del procedimiento extrajudicial sumario en la ejecución hipotecaria”, *La Notaria*, mayo 1998, nº 5, pp. 17 a 60.

**EIZAGUIRRE, JOSÉ MARÍA DE:** “Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoratícia. Una contribución a la dogmática de los títulos-valores”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1987, nº 25, pp. 179 a 207.

**EIZAGUIRRE, JOSÉ MARÍA DE:** “Los valores en papel”, *Revista de Derecho Mercantil*, julio-septiembre 1998, nº 229, pp. 1009 a 1101.

**ESCOLÀ I BESORA, MARIA ELISA:** “La acumulación de procesos”, en **AAVV:** *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, coordinado por **ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME**, v. I. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., Barcelona 2000, pp. 465 a 496.

**ESCRICHE, JOAQUÍN:** Voz «PRENDA», *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Nueva edición formulada y considerablemente aumentada... Por los Doctores D. José Vicente Caravantes y D. León Galindo y de Vera, Imprenta de Eduardo Cuesta, v. 4º y último, Madrid, 1876, pp. 635 a 637.

**ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO:** *Las obligaciones indivisibles en el Código Civil español*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1992.

**ESPINA, DANIEL:** “Drets reals catalans amb objecte mercantil. L’usdefruit de participacions en fons d’inversió i la penyora de valors”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2002, nº 4, pp. 945 a 1000.

**FALCÓN, MODESTO:** *Código civil español, ..., ilustrado con notas, referencias, concordancias, motivos y comentarios por D... Con un estudio crítico del Código por el Excmo. Sr. D. Vicente Romero Girón*, t. IV, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1889.

**FALCÓN, MODESTO:** *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, t. IV, cuarta edición notablemente corregida y adicionada, Imprenta «Cervantes», Madrid, 1893.

**FALCÓN, MODESTO:** *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, t. II, cuarta edición notablemente corregida y adicionada, Imprenta «Cervantes», Madrid, 1893.

**FELÍU REY, MANUEL IGNACIO:** “Garantías posesorias sobre cosa mueble en Cataluña (Ley 22/1991) y unidad de mercado”, *Revista de Derecho de los Negocios*, año 3, mayo 1992, nº 20, pp. 13 a 20.

**FERNÁNDEZ ARÉVALO, ÁNGELA:** *Extinción del derecho de retención (Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial)*, Editorial Práctica del Derecho, S.L., Valencia, 1999.

**FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, MIGUEL ÁNGEL**, en **AAVV:** *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinado por **FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, MIGUEL ANGEL - RIFÁ SOLER, JOSÉ M<sup>a</sup> - VALLS GOMBAU, JOSÉ FRANCISCO**, t. II: artículo 1 al 280, Iurgium editores, Barcelona, diciembre 2000.

**FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, MIGUEL ÁNGEL**, en **AAVV:** *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinado por **FERNÁNDEZ-BALLESTEROS,**

**MIGUEL ANGEL - RIFÁ SOLER, JOSÉ M<sup>a</sup> - VALLS GOMBAU, JOSÉ FRANCISCO**, t. II: artículo 281 al 555, Iurgium editores, Barcelona, diciembre 2000.

**FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, MIGUEL ÁNGEL**, en **AAVV: Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**, coordinado por **FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, MIGUEL ANGEL - RIFÁ SOLER, JOSÉ M<sup>a</sup> - VALLS GOMBAU, JOSÉ FRANCISCO**, t. III: artículo 556 al 827, Iurgium editores, Barcelona, diciembre 2000.

**FERNÁNDEZ LÓPEZ, JUAN MANUEL**: “La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento”, en **AAVV: Garantías reales mobiliarias**, dirigido por **NIETO CAROL, UBALDO**, Estudios de Derecho Judicial, 8-1998, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, pp. 367 a 398.

**FERRANDIS VILELLA, JOSÉ**: “Introducción al estudio de los derechos reales de garantía”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XIII, 1960, pp. 37 a 62.

**FERRANDO NICOLAU, ESPERANZA**: “La cosa futura como objeto de derecho real”, *Revista General de Derecho*, 2001, pp. 37 a 65.

**FÍNEZ RATÓN, JOSÉ MANUEL**: *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios*. La prenda de créditos, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1994.

**FIORINA, DOMINIQUE**: "L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières", *Revue Trimestrel du Droit Civil* (1), enero.marzo 1995, pp. 43 a 67.

**FUENTES MARTÍNEZ, JESÚS-JULIÁN**: “Aplicar la Ley, cumplir la Ley. De nuevo sobre el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria (hoy venta extrajudicial)”, *La Notaria*, noviembre-diciembre 2000, nº 11-12, pp. 103 a 108.

**FUENTES MARTÍNEZ, JESÚS JULIÁN:** “El derecho de retención sobre bienes muebles en el ordenamiento civil de Cataluña: situación actual y perspectivas de reforma”, *La Notaria*, noviembre-diciembre 2001, nº 11-12, pp. 242 a 262.

**FUGARDO ESTIVILL, JOSÉ MARÍA:** *Fe Pública Mercantil: Actos y Contratos Intervenidos. Jurisprudencia comentada del Tribunal Supremo*, Cívitas, Madrid, 1995.

**FUGARDO ESTIVILL, JOSEP M<sup>a</sup>:** “Consideraciones sobre la prenda y el *ius distrahendi* (En torno a la Ley 22/1991, de 29 de noviembre de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble y el Anteproyecto de Ley de Derechos Reales de Garantía)”, *La Notaria*, noviembre-diciembre 2001, nº 11-12, pp. 263 a 364.

**GARCÍA AMIGO, MANUEL:** *Lecciones de Derecho Civil II. Teoría general de las obligaciones y contratos*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

**GARCÍA CANTERO, GABRIEL,** en **AAVV:** *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DíEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL,** en **AAVV:** *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DíEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**GARCÍA GOYENA, FLORENCIO:** *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. III, v. IV, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.

**GARCÍA MAS, FRANCISCO JAVIER:** “Breves comentarios a la Sentencia del Tribunal supremo 402/1998, (Sala de lo Civil), sobre el procedimiento de ejecución extrajudicial”, *La Notaria*, mayo 1998, nº 5, pp. 61 a 73.

**GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> PAZ:** “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1991”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1991, nº 25, pp. 273 a 284.

**GARCÍA VILLAVERDE, RAFAEL:** “El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso”, en **AAVV:** *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, dirigido por **GARCÍA VILLAVERDE, RAFAEL – ALONSO UREBA, ALBERTO – PULGAR EZQUERRA, JUANA**, Editorial Dilex, S.L., Madrid, 2003, pp. 27 a 53.

**GARCÍA-MORENO GONZALO, JOSÉ MARÍA:** *El aumento de Capital con cargo a Reservas en Sociedades Anónimas*, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1995.

**GARCÍA-PITA Y LASTRES, JOSÉ LUIS:** “Naturaleza jurídica de los valores tabulares”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, abril-junio 1999, nº 74, pp. 7 a 64.

**GARRIDO, JOSÉ M<sup>a</sup>:** “Teoría general de la preferencia”, *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1998, pp. 1769 a 1863.

**GARRIDO, JOSÉ M<sup>a</sup>:** *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, Centro de Estudios Registrales, Colegios de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.

**GARRIDO, JOSÉ MARÍA:** *Tratado de las preferencias del crédito*, Cívitas, Madrid, 2000.

**GASCÓN INCHAUSTI, FERNANDO:** “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, setiembre-diciembre 1998, nº 48, pp. 1162 a 175.

**GAYA SICILIA, REGINA:** *Las «bases de las obligaciones contractuales» en el artículo 149.1.8ª de la Constitución Española*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1989.

**GETE-ALONSO Y CALERA, Mª DEL CARMEN:** “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1988”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1988, pp. 909 a 918.

**GETE-ALONSO Y CALERA, Mª DEL CARMEN:** “Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de junio de 1991”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1988, nº 27, pp. 759 a 770.

**GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN,** en **AAVV:** *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por **ALBALADEJO, MANUEL**, t. I, segunda edición, Edersa, Madrid, 1992.

**GIL RODRÍGUEZ, JACINTO:** “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1984”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1984, pp. 1375 a 1387.

**GIL RODRÍGUEZ, JACINTO:** “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1989”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1990, nº 22, pp. 55 a 70.

**GIL RODRÍGUEZ, JACINTO:** “La prenda de derechos de crédito”, en **AAVV:** *Tratado de garantías de la contratación mercantil*, coordinado por **NIETO CAROL, UBALDO – MUÑOZ CERVERA, MIGUEL**, t. II, *Garantías reales*, v. 1 *Garantías*

*mobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 33 a 375.

**GIMÉNEZ DUART, TOMÁS:** “Consideraciones en torno a la ley catalana 22/1991, de garantías posesorias sobre cosa mueble, y a sus implicaciones en el Código Civil”, *El futur del Dret Patrimonial de Catalunya* (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa). Coordinador: Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 397 a 421.

**GIMÉNEZ-ARNAU, E.:** “La hipoteca testamentaria”, *Revista de Derecho Privado*, 1945, pp. 306 a 312.

**GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER – POZO CARRASCOSA, PEDRO DEL:** *Lecciones de Derecho hipotecario*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

**GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, FERNANDO:** “Notas sobre la inconstitucionalidad del procedimiento ejecutivo extrajudicial del artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998”, *La Ley*, 1998-4, pp. 1516 a 1518.

**GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, FERNANDO:** *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000) (BOE 8-1-2000. Corrección de errores BOE 14-4-2000). Anotaciones, concordancias, apéndice legislativo y bibliografía*, Editorial Forum, S.A., Oviedo, 2000.

**GONZÁLEZ LAGUNA, MIGUEL – MANZANO SOLANO, ANTONIO:** “Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1995, nº 566, pp. 109 a 211.

**GONZÁLEZ LAGUNA, MIGUEL – MANZANO SOLANO, ANTONIO,** en **AAVV:** *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por

**ALBALADEJO, MANUEL – DÍAZ ALABART, SILVIA**, t. VII, v. 6º, segunda edición, Edersa, Madrid, 2000.

**GONZÁLEZ-MENESES, MANUEL**: “Comentario a la Resolución de la DGRN de 1 de octubre del 2001” *La Notaria*, noviembre-diciembre 2001, nº 11-12, pp. 205 a 210.

**GONZÁLEZ-MENESES, MANUEL**: “Comentario a la Resolución de la DGRN de 17 de enero de 2002”, *La Notaria*, marzo 2002, nº 3, pp. 210 a 215.

**GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, CARLOS J.**: *Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento*, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1996.

**GUASCH FERNÁNDEZ, SERGI**: “La ejecución dineraria y el procedimiento de embargo”, en **AAVV**: *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, coordinado por **ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME**, v. III. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., Barcelona 2000, pp.245 a 338.

**GUILARTE ZAPATERO, VICENTE**, en **AAVV**: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por **ALBALADEJO, MANUEL**, t. XXIII, segunda edición, Edersa, Madrid, 1990.

**GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO**: *El derecho real de subhipoteca (las hipotecas sobre hipotecas)*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1957.

**GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO**: *La prelación de créditos en el Código Civil*, Librería Bosch, Barcelona, 1962.

**GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO**, en **AAVV**: *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON -**



**SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**GUTIERREZ FERNÁNDEZ, BENITO**: *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil español*, t. II, edición facsimilar numerada de 1.000 ejemplares de la versión original impresa en el año 1863, Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid.

**HERBOSA MARTÍNEZ, INMACULADA**: “Los efectos del concurso sobre los acreedores, los contratos pendientes y los actos perjudiciales para la masa en el Proyecto de Ley Concursal de julio de 2002”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 675, Enero-Febrero 2003, pp. 143 a 200.

**HERNÁNDEZ MORENO, ALFONSO**, en **AAVV**: *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**HERRERA CUEVAS, EDORTA**: *Manual de la Reforma Concursal*, Europea del Derecho, S.A., Madrid, 2004.

**IGLESIAS CANLE, INÉS**: “Procedimiento extrajudicial hipotecario. A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 402/1998 de 4 de mayo”, *La Ley*, 1998-6, pp. 2313 a 1216.

**JIMÉNEZ MANCHA, JUAN CARLOS**: “Tres sentencias sobre compensación de créditos: S.T.S. (Sala 4ª) de 14 de diciembre de 1996; S.T.S. (Sala 1ª) de 14 de enero de 1997, y S.T.S. (Sala 1ª) de 19 de abril de 1997”, *Revista de Derecho Privado*, febrero 1999, pp. 138 a 172.

**JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO J.:** “Los títulos-valores”, en **AAVV:** *Derecho Mercantil*, coordinado por **JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO**, v. II, quinta edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1999, pp. 4 a 15.

**JORDANO BAREA, JUAN B.:** “Las obligaciones solidarias”, *Anuario de Derecho Civil*, 1992, pp. 847 a 873.

**JORDANO FRAGA, FRANCISCO:** “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1987”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1987, nº 14, pp. 4767 a 4787.

**JORDANO FRAGA, FRANCISCO:** “Prenda regular, prenda irregular y prenda de crédito. Sobre la pignoralidad de una imposición a plazo fijo (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, 18 julio 1989)”, *Anuario de Derecho Civil*, 1990, pp. 305 a 327.

**JORDANO FRAGA, FRANCISCO:** “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1990”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1990, nº 23, pp. 547 a 561.

**LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS**, en **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS Y OTROS:** *Elementos de Derecho Civil*, t. I, v. 3<sup>o</sup>, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1990.

**LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS**, en **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS Y OTROS:** *Elementos de Derecho Civil*, t. II, v. 1<sup>o</sup>, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1990.

**LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS**, en **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS Y OTROS:** *Elementos de Derecho Civil*, t. III, v. 1<sup>o</sup>, segunda edición, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1991.

**LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS**, en **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS Y OTROS**: *Elementos de Derecho Civil*, t. III, v. 2º, segunda edición, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1990.

**LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS**: “Derecho inmobiliario registral”, *Elementos de Derecho civil, III, bis*, segunda edición enteramente refundida, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1991.

**LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE**: “Derecho Civil de España y Derecho Civil propio de las Comunidades Autónomas”, *Boletín del Ministerio de Justicia e Interior*, 1994, nº 1727, pp. 104 a 139, y nº 1728, pp. 60 a 103.

**LAMARCA I MARQUÈS, ALBERT**: “La prescrició de les accions personals que no tenen assenyalat termini especial en el dret civil de Catalunya: la seva inaplicació”, *El futur del Dret Patrimonial de Catalunya* (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa). Coordinador: Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 455 a 484.

**LASARTE, CARLOS**: *Principios de Derecho civil*, t. V, Tercera Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2002.

**LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS**, en **AAVV**: *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - Díez-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**LAUROBA LACASA Mª ELENA**: “Els drets reals”, en **AAVV**: *Compendi de Dret civil català*, coordinado por **BADOSA COLL, FERRAN**, Edicions de la Universitat de Barcelona; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Barcelona, 1999, pp. 169 a 245.

**LAUROBA LACASA M<sup>a</sup> ELENA:** “Notes sobre la fungibilitat de l’objecte de la penyora a l’ordenament civil català”, *La Notaria*, noviembre-diciembre 2001, nº 11-12, pp. 365 a 378.

**LEÓN ALONSO, JOSÉ RICARDO,** en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**LETE DEL RÍO, JOSÉ M.:** *Derecho de obligaciones*, v. I, tercera edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1995.

**LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO** (director), en **AAVV: Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**, coordinado por **SESMA DE LUIS, PABLO – SAN ROMÁN MORENO, JOSÉ RAMÓN – ZORRILLA RUIZ, MANUEL MARÍA**, Dykinson, Madrid, 2000.

**LOJENDIO OSBORNE, IGNACIO:** “La acción. Los derechos del socio”, en **AAVV: Derecho mercantil**, coordinado por **JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO J.**, v. II, quinta edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1999, pp. 242 a 262.

**LOJENDIO OSBORNE, IGNACIO:** “La acción. Documentación y transmisión”, en **AAVV: Derecho mercantil**, coordinado por **JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO J.**, v. II, quinta edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1999, pp. 263 a 280.

**LOJENDIO OSBORNE, IGNACIO:** “La acción. Autocartera. Derechos reales”, en **AAVV: Derecho mercantil**, coordinado por **JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO J.**, v. II, quinta edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1999, pp. 281 a 293.

**LÓPEZ LIZ, JOSÉ:** *Perfecta constitucionalidad del procedimiento extrajudicial. Compendio argumental contra la STS 4-5-98*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 1999.

**LÓPEZ LÓPEZ, ÁNGEL M.:** *Retención y mandato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976.

**LÓPEZ MEDEL, JESÚS:** “Preconstitucionalidad ante la ejecución hipotecaria”, *Revista del Poder Judicial*, 1999, v. 2º, nº 54, pp. 13 a 26.

**LÓPEZ PARDIÑAS, MANUEL:** “Cuestiones sobre determinación de responsabilidad hipotecaria”, *La Notaria*, abril 1998, nº 4, pp. 149 a 160.

**LÓPEZ VILAS, RAMÓN,** en **AAVV:** *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - Díez-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**LUCAS ESTEVE, ADOLFO:** “El régimen jurídico del derecho de retención en la legislación catalana”, *La Notaria*, junio 1997, nº 6, pp. 71 a 106.

**LUCAS ESTEVE, ADOLFO:** “El derecho de retención en Cataluña. Concepto y fundamento”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002, nº 671, pp. 1011 a 1039.

**LUCAS VERDÚ, PABLO:** “Penetración de la historicidad en el Derecho constitucional español. El artículo 149.1.8.º y la Disposición Adicional Primera de la Constitución”, en **AAVV:** *Primer Congreso de Derecho Vasco: la actualización del Derecho Civil*, Colección: Investigación para la autonomía, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1983, pp. 17 a 71.

**LUNA SERRANO, AGUSTÍN,** en **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, Y OTROS:** *Elementos de Derecho Civil*, t. I, v. 3º, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1990.

**MADRID PARRA, AGUSTÍN:** “La circulación de valores al portador y de las anotaciones en cuenta”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1990, nº 37, pp. 22 a 103.

**MADRID PARRA, AGUSTÍN:** “Representación y transmisión de acciones. Cláusulas limitativas”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1992, pp. 147 a 242.

**MADRID PARRA, AGUSTÍN:** “Repercusión de las nuevas tecnologías en la reforma del mercado de valores”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, enero marzo 1999, nº 73, pp. 31 a 66.

**MAGARIÑOS BLANCO, VICTORIO:** “Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 608, 1992, pp. 63 a 142.

**MAGARIÑOS BLANCO, VICTORIO:** “El procedimiento extrajudicial de realización de la hipoteca. Su viabilidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1997, nº 641, pp. 1255 a 1314.

**MAIRATA LAVIÑA: JAIME:** “Los efectos del concurso en la Ley Concursal”, en **AAVV:** *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, dirigido por **GARCÍA VILLAVERDE, RAFAEL – ALONSO UREBA, ALBERTO – PULGAR EZQUERRA, JUANA**, Editorial Dilex, S.L., Madrid, 2003, pp. 275 a 324.

**MALO CONCEPCIÓN, JOSÉ VICENTE:** “Prenda de participaciones en Fondos de Inversión Mobiliaria”, en **AAVV:** *Tratado de garantías de la contratación mercantil*, coordinado por **NIETO CAROL, UBALDO – MUÑOZ CERVERA, MIGUEL**, t. II, *Garantías reales*, v. 1 *Garantías mobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 781 a 850.

**MALO CONCEPCIÓN, JOSÉ VICENTE:** “Prenda de participaciones en Fondos de Inversión Mobiliaria”, en **AAVV: Garantías reales mobiliarias**, dirigido por **NIETO CAROL, UBALDO**, Estudios de Derecho Judicial, 8-1998, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, pp. 195 a 244.

**MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA:** *Comentarios al Código Civil español*, t. XII, sexta edición, revisada por Justo J. Gómez Ysabel, Instituto Editorial Reus, S.A, Madrid, 1973.

**MANZANARES SECADES:** “Algunas notas sobre la prenda de dinero a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1985”, *Anuario de Derecho Civil*, 1986, pp. 1293 a 1309.

**MANZANARES SECADES, ALBERTO:** “Prenda de dinero y prenda de créditos (comentario a la sentencia de 19 de septiembre de 1987”, *Anuario de Derecho Civil*, 1987, pp. 1277 a 1402.

**MANZANO SOLANO, ANTONIO:** “Hipoteca cambiaria”, en **AAVV: Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria**, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993, pp. 9 a 69.

**MARTÍ SÁNCHEZ, J. NICOLÁS:** “La representación de valores mediante anotaciones en cuenta en el Derecho español”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, abril-junio 1999, nº 74, pp. 65 a 93.

**MARTÍN DIZ, FERNANDO:** *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Comares, , Granada, 2000.

**MARTÍNEZ NADAL, APOL·LÒNIA:** *El aumento de capital con cargo a reservas y beneficios en la sociedad anónima*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

**MAS ALCARAZ, CELESTINO:** “El pacto comisorio”, en **AAVV:** *Estudios de Derecho Privado*, dirigido por **MARTÍNEZ RADIO, ANTONIO DE LA E.**, v. II, Editorial Edersa, Madrid, 1965, pp. 56 a 93.

**MEJÍAS GÓMEZ, JAVIER:** “Las acciones representadas mediante anotaciones en cuenta. Transmisión y pignoración”, *Actualidad Civil*, 1992-1, pp. 109 a 128.

**MEJÍAS GÓMEZ, JAVIER:** “La transmisión de participaciones sociales” (I), *La Ley*, 1995, nº 3910, pp. 1 a 9.

**MEJÍAS GÓMEZ, JAVIER:** “La transmisión de participaciones sociales” (II), *La Ley*, 1995, nº 3911, pp. 1 a 7.

**MEJÍAS GÓMEZ, JAVIER:** “Prenda de participaciones sociales y de acciones representadas mediante títulos, en **AAVV:** *Tratado de garantías de la contratación mercantil*, coordinado por **NIETO CAROL, UBALDO – MUÑOZ CERVERA, MIGUEL**, t. II, *Garantías reales*, v. 1 *Garantías mobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 595 a 669.

**MEJÍAS GÓMEZ, JAVIER:** “La prenda sobre acciones no admitidas a negociación”, en **AAVV:** *Garantías reales mobiliarias*, dirigido por **NIETO CAROL, UBALDO**, *Estudios de Derecho Judicial*, 8-1998, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, pp. 53 a 126.

**MEJÍAS GÓMEZ, JAVIER:** *Prenda de acciones*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2002.



**MEJÍAS GÓMEZ, JAVIER:** “Adquisición «a non domino» de un derecho de prenda sobre acciones”, *La Notaria*, enero 2002, nº 1, pp. 17 a 58.

**MENDOZA, MANUEL:** “Anotaciones en cuenta de deuda del Estado. Análisis jurídico”, *Papeles de economía española*, 1987, suplemento, nº 19, pp. 15 a 21.

**MILLÁN GARRIDO, ANTONIO:** “Los títulos al portador”, en **AAVV:** *Derecho Mercantil*, coordinado por **JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO**, v. II, quinta edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1999, pp. 170 a 180.

**MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ M<sup>º</sup>,** en **AAVV:** *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - Díez-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**MIQUEL RODRÍGUEZ, JORGE:** “Los dividendos pasivos”, en **AAVV:** *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coordinado por **ARROYO, IGNACIO – EMBID, JOSÉ MIGUEL**, v. I, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, pp. 443 a 458.

**MIRALLES GONZÁLEZ, ISABEL:** “Realización coactiva del derecho de prenda con desplazamiento”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1985, pp. 35 a 59.

**MIRALLES GONZÁLEZ, ISABEL:** “Ley catalana 22/1991 de 29 de noviembre, sobre Garantías Posesorias de Cosa Mueble”, *La Llei de Catalunya i Balears*, 1992, nº 2, pp. 712 a 717.

**MIRAMBELL ABANCÓ, ANTONI:** “Els llegats. La nova regulació segons la Llei 40/1991, de 30 de desembre: “Codi de successions per causa de mort en el Dret Civil de Catalunya”, en **AAVV: El nou Dret Successori de Catalunya**, Setenes jornades de Dret Català a Tossa, PPU, Barcelona, 1994, pp. 89 a 148.

**MIRÓ GILI, MARIUS:** “Aplicació analògica del dret de retenció, un canvi a la jurisprudència? *Revista Jurídica de Catalunya*, 1994, nº 3, pp. 205 a 208.

**MONTERO LEÓN, JUAN IGNACIO:** “La extensión de la hipoteca a los intereses del crédito garantizado”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1963, pp. 609 a 645.

**MONTERROSO CASADO, ESTHER:** “Cláusulas en garantía de intereses remuneratorios variables: hipoteca de máximo. Comentario a la Resolución de la DGRN de 24 de agosto 1998 (RJ 1998, 6585)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, nº 2, pp. 411 a 416.

**MONTÉS PENADES, VICENTE-LUIS,** en **AAVV: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales**, dirigidos por **ALBALADEJO, MANUEL**, t. XV, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1983.

**MONSERRAT VALERO, ANTONIO:** “Los intereses garantizados por la hipoteca”, *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, 1999, pp. 5 a 12.

**MORENO, M<sup>a</sup> CRUZ:** “La prenda de créditos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1993, pp. 1271 a 1316.

**MORENO, MARÍA CRUZ:** “La prenda recayente sobre bienes fungibles: consideraciones a propósito de la Ley catalana 22/1991, de 29 noviembre, de

garantías posesorias sobre cosa mueble”, *Actualidad Civil*, 2002-2, pp. 605 a 614.

**MORENO QUESADA, BERNARDO:** “El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías”, *Anuario de Derecho Civil*, 1971, pp. 429 – 479.

**MORENO QUESADA, BERNARDO,** en **AAVV:** *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DíEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**MORENO QUESADA, LUIS:** “La protección del crédito en las garantías reales mobiliarias”, *Revista de Derecho Privado*, abril 1997, pp. 251 a 259.

**MORENO DE LA SANTA GARCÍA, ENRIQUE:** *Prenda de valores en garantía de operaciones crediticias. Prenda telemática*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2002.

**MORENO TRUJILLO, EULALIA:** *La indivisión voluntaria en las comunidades de bienes por cuotas*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1994.

**MORILLAS JARILLO, MARÍA JOSÉ:** “La reforma del Derecho Concursal español: el Proyecto de Ley Concursal de 5 de julio de 2002”, *Derecho de los Negocios*, 2003, nº 149, pp. 1 a 40.

**MUÑOZ CERVERA, MIGUEL:** “Prenda sobre valores públicos representados mediante anotaciones en cuenta”, en **AAVV:** *Tratado de garantías de la contratación mercantil*, coordinado por **NIETO CAROL, UBALDO – MUÑOZ CERVERA, MIGUEL**, t. II, *Garantías reales*, v. 1 *Garantías mobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 723 a 797.

**MUÑOZ SABATÉ, LLUÍS:** “El convenio privado de realización de bienes en el proceso de ejecución (artículo 640 LEC)”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 4-2001, pp. 1191 a 1204.

**NAVARRO CHINCHILLA, JOSÉ JUSTO:** “La pignoración de la letra de cambio”, en **AAVV:** *Tratado de garantías de la contratación mercantil*, coordinado por **NIETO CAROL, UBALDO – MUÑOZ CERVERA, MIGUEL**, t. II, *Garantías reales*, v. 1 *Garantías mobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 487 a 521.

**NAVARRO CHINCHILLA, JOSÉ JUSTO:** “La pignoración de la letra de cambio”, en **AAVV:** *Garantías reales mobiliarias*, dirigido por **NIETO CAROL, UBALDO**, Estudios de Derecho Judicial, 8-1998, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, pp. 305 a 341.

**NAVAS NAVARRO, SUSANA:** “La competencia en «materia civil» de la Generalitat de Cataluña”, *Revista de Derecho Privado*, 1994, pp. 874 a 900.

**NIETO CAROL, UBALDO:** “La prenda de participaciones de sociedades de responsabilidad limitada”, en **AAVV:** *Garantías reales mobiliarias*, dirigido por **NIETO CAROL, UBALDO**, Estudios de Derecho Judicial, 8-1998, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, pp. 127 a 173.

**NÚÑEZ BOLUDA, LUIS:** “La inconstitucionalidad del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, en su segundo párrafo relativo al «procedimiento extrajudicial». Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 4 de mayo de 1998), *Revista de Derecho Privado*, 1999-I, pp. 321 a 330.

**O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER:** en **AAVV:** *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DíEZ-PICAZO PONCE DE LEON -**

**SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**OLIVENCIA RUIZ, MANUEL**: “Introducción al estudio de las garantías mobiliarias en el Derecho Mercantil”, en **AAVV**: *Tratado de garantías de la contratación mercantil*, coordinado por **NIETO CAROL, UBALDO – MUÑOZ CERVERA, MIGUEL**, t. II, *Garantías reales*, v. 1 *Garantías mobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 21 a 54.

**OTERO LASTRES, JOSÉ MANUEL**: “Dividendos pasivos (artículos 42 a 46 LSA)”, en **AAVV**: *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, dirigido por **URÍA, RODRÍGO – MENENDEZ, AURELIO – OLIVENCIA, MANUEL**, t. III, “Fundación de la Sociedad Anónima”, v. 3º, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1994.

**PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO**: “Copropiedad, usufructo, prenda y embargo” (Artículos 66 a 73 de la Ley de Sociedades Anónimas), en **AAVV**: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por **URÍA, RODRIGO – MENDEZ, AURELIO – OLIVENCIA, MANUEL**, t. IV, “Las acciones”, v. 3º, segunda edición, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1992.

**PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO**, en **AAVV**: *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**PANTALEÓN, FERNANDO**: “Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal”, en **AAVV**: *Garantías reales mobiliarias*, dirigido por **NIETO CAROL, UBALDO**, Estudios de Derecho Judicial, 8-1998,

Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, pp. 175 a 194.

**PARDO NÚÑEZ, CELESTINO R:** “La transmisión de la propiedad por el propietario no poseedor. Defensa del art. 36 de la Ley Hipotecaria”, *La Ley*, 1996, nº 4122, pp. 1 a 3.

**PARDO NÚÑEZ, CELESTINO:** “Las garantías reales excesivas y el *ius offerendi*”, *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, 1997, nº 76, pp. 210 a 230.

**PASCUAL DE MIGUEL, ALFONSO:** “Prenda sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta”, en **AAVV:** *Garantías reales mobiliarias*, dirigido por **NIETO CAROL, UBALDO**, Estudios de Derecho Judicial, 8-1998, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, pp. 17 a 52.

**PAU PEDRÓN, ANTONIO:** “Legislación Notarial, Función Notarial, Instrumento Público”, Prólogo a la *Legislación Notarial*, segunda edición, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 13 a 23.

**PAU PEDRÓN, ANTONIO:** “El nuevo régimen de la publicidad mobiliaria”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, nº 32, Madrid, 2002, pp. 531 a 559.

**PAZ-ARES, CÁNDIDO,** en **AAVV:** *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - Díez-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**PEDREGAL Y CAÑEDO, MANUEL:** *Texto y Comentarios al Código Civil español, con exposición de motivos, precedentes...*, t. II, Imprenta de Enrique Maroto y Hermano, Madrid, 1889, pp. 810 a 824.

**PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL,** en **AAVV:** *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - Díez-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL:** *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tercera edición, t. II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

**PÉREZ DE CASTRO, NAZARETH:** “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1992”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1992, nº 29, pp. 687 a 793.

**PÉREZ DE LA CRUZ, ANTONIO:** “La cualidad de socio en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en **AAVV:** *Derecho Mercantil*, coordinado por **JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO J.**, v. I, quinta edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1999, pp. 389 a 399.

**PÉREZ-GONZÁLEZ, BLAS – ALGUER, JOSÉ,** en **ENNECCERUS, LUDWIG – KIPP, THEODOR – WOLFF, MARTIN:** *Tratado de Derecho Civil*, t. 3, “Derecho de Cosas”, décima revisión, por **WOLFF, MARTIN – RAISER, LUDWIG**, traducción española con anotaciones de **PÉREZ-GONZÁLEZ, BLAS – ALGUER, JOSÉ**, v. II, tercera edición al cuidado de **PUIG BRUTAU, JOSÉ**, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1971.

**PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, JOSÉ LUIS:** “La contratación en el mercado de valores”, en **AAVV:** *Derecho Mercantil*, v. II, coordinado por **JIMÉNEZ**

**SÁNCHEZ, GUILLERMO J.**, v. I, quinta edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1999, pp. 229 a 244.

**PETIT SEGURA, MIGUEL ÁNGEL**: “Distribución de competencias en materia de Derecho civil y reserva competencial del Estado sobre las bases de las obligaciones contractuales”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, abril 1994, nº 19, pp. 105 a 122.

**PLANAS Y CASALS, JOSÉ M<sup>a</sup>**: *Derecho Civil español común y foral*, según las explicaciones dadas en la Universidad de Barcelona por el Excmo. Sr. D. ... Catedrático de dicha asignatura, publicadas y anotadas por el Dr. D. **MARIANO RUBIÓ Y TUDURÍ**, t. II, Librería Bosch, Barcelona, 1925.

**POVEDA DÍAZ, JOSÉ**: “La constitucionalidad de la ejecución extrajudicial de la hipoteca”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre-octubre 1999, nº 5, pp. 567 a 593.

**POVEDA DÍAZ, JOSÉ**: “Adiciones al estudio de la constitucionalidad de la ejecución extrajudicial de la hipoteca con motivo de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre-diciembre 1999, nº 6, pp. 673 a 675.

**POZO CARRASCOSA, PEDRO DEL**: *El derecho de retener en prenda del depositario*, PPU, Barcelona, 1989.

**POZO CARRASCOSA, PEDRO DEL**: *El sistema de compensación urbanística*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 99 a 102.

**POZO CARRASCOSA, PEDRO DEL**: “La retención de bienes muebles de poca valor”, *La Notaria*, noviembre-diciembre 2001, nº 11-12, pp. 221 a 232.



**POZO CARRASCOSA, PEDRO DEL:** "Els drets reals de garantia", Boletín Servicio de Estudios Registrales de Cataluña, nº 105, mayo y junio 2003, t. I, pp. 221 a 231.

**PRENDES CARRIL, PEDRO:** *La sociedad de responsabilidad limitada. Compendio de jurisprudencia comentada*, Editorial Aranzadi, S.A., Navarra, 2002.

**PRIES PICARDO, ADOLFO:** "Prenda sobre valores privados representados mediante anotaciones en cuenta. Especial consideración sobre los valores cotizados en Bolsa", en **AAVV:** *Tratado de garantías de la contratación mercantil*, coordinado por **NIETO CAROL, UBALDO – MUÑOZ CERVERA, MIGUEL**, t. II, *Garantías reales*, v. 1 *Garantías mobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 671 a 722.

**PUIG BRUTAU, JOSÉ:** *Fundamentos de Derecho Civil*, t. III, v. III. tercera edición actualizada, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1983.

**PUIG BRUTAU, JOSÉ:** *Compendio de Derecho Civil*, v. III, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1989.

**PUIG I FERRIOL, LLUÍS**, en **AAVV:** *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por **ALBALADEJO, MANUEL**, t. XXX.

**PUIG I FERRIOL, LLUÍS – ROCA I TRIAS, ENCARNA:** *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, v. I, quinta edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.

**PUIG I FERRIOL, LLUÍS – ROCA I TRIAS, ENCARNA:** *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, v. III, quinta edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.

**RAGEL SÁNCHEZ, LUIS-FELIPE:** *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994.

**RAMOS CHAPARRO, ENRIQUE:** *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995.

**RAMS ABESA, JOAQUÍN**, en **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS Y OTROS:** *Elementos de Derecho Civil*, t. III, v. 2º, segunda edición, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1991.

**RECALDE CASTELLS, ANDRÉS:** “Los «valores negociables»: ¿Concepto delimitador del Derecho del Mercado de Valores?”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, abril-junio 1999, nº 74, pp. 95 a 163.

**REDONDO GARCÍA, FERNANDO:** “Líneas Generales del procedimiento de apremio”, en **AAVV:** *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, coordinado por **ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME**, v. III. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., Barcelona 2000, pp. 339 a 379.

**REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO:** “Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio”, en **AAVV:** *Tratado de garantías de la contratación mercantil*, coordinado por **NIETO CAROL, UBALDO – MUÑOZ CERVERA, MIGUEL**, t. II, *Garantías reales*, v. 1 *Garantías mobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 419 a 484.

**REY PORTOLÉS, JUAN MANUEL:** Hipoteca con cláusula de «endowment». Hipoteca flotante”, en **AAVV:** *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993, pp. 89 a 139.

**REYES LÓPEZ, M<sup>a</sup> JOSÉ:** *Fianza y nuevas modalidades de garantía. Análisis crítico de sus elementos y efectos. Comentarios y jurisprudencia*, Editorial General de Derecho, S.L., Valencia, 1996.

**RIBAS MORENO, GLÒRIA:** “La prescripció extintiva i els seus terminis en la Compilació de Dret Civil de Catalunya”, *El futur del Dret Patrimonial de Catalunya* (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa). Coordinador: Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 519 a 562.

**RIVERA FERNÁNDEZ, MANUEL:** *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

**RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, en LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, Y OTROS:** *Elementos de Derecho Civil*, t. I, v. 3<sup>o</sup>, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1990.

**RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO:** “La Prescripción y la caducidad. Perspectivas legislativas”, *Materiales de las Onzenes jornades de Dret català a Tossa*, celebradas en Tossa de Mar el 21 y 22 de setiembre del 2000.

**RIERA AINSA, LUIS:** Voz “Hipotecas legales”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XI, Francisco Seis, editor, Barcelona, 1979, pp. 112 a 119.

**ROBLEDO VILLAR, ANTONIO:** “La inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria (A propósito de la STS, Sala 1<sup>a</sup> de 4 de mayo de 1998 y sus repercusiones en la realización forzosa de bienes)”, *Revista General de Derecho*, 1999, v. 55, pp. 3594 a 3608.

**ROCA SASTRE, RAMÓN M<sup>a</sup> - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS:** *Derecho Hipotecario*, t. III, octava edición, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1995.

**ROCA SASTRE, RAMÓN M<sup>a</sup> - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS:** *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 1<sup>o</sup>, séptima edición, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1979.

**ROCA SASTRE, RAMÓN M<sup>a</sup> - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS:** *Derecho Hipotecario*, t. IV, v. 2<sup>o</sup> séptima edición, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1979.

**ROCA SASTRE, RAMÓN M<sup>a</sup> - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS:** *Derecho Hipotecario*, t. IX, octava edición revisada, ampliada y puesta al día, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1998.

**ROCA I TRIAS, ENCARNA,** en **AAVV:** *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por **ALBALADEJO, MANUEL**, t. XXVIII, v. 1<sup>o</sup>, Edersa, Madrid, 1990.

**RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO,** en **AAVV:** *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DíEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**RODRÍGUEZ MARÍN, CONCEPCIÓN:** *Liquidación de gastos con ocasión de la tenencia de una cosa*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1994.

**ROJO AJURIA, LUIS:** “Derecho de prenda sobre imposiciones a plazo fijo: depósito irregular, compensación (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de setiembre de 1987)”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1987, n<sup>o</sup> 15, pp. 5023 a 5032.

**ROJO AJURIA, LUIS:** “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1988”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1988, pp. 449 a 461.

**ROJO AJURIA, LUIS:** “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1988”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1988, pp. 883 a 894.

**ROJO AJURIA, LUIS:** “Las garantías mobiliarias”, *Anuario de Derecho Civil*, 1989, pp. 718 a 811.

**ROJO AJURIA, LUIS:** “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1991”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1991, pp. 197 a 208.

**ROJO AJURIA, LUIS:** *La compensación como garantía*. Cívitas, Madrid, 1992.

**ROSENDE HONRUBIA, MANUEL:** “La prenda de créditos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1927, nº 32, pp. 561 a 578, y nº 33, pp. 643 a 663.

**RUBIO GARCÍA-MINA, JESÚS:** “La declaración de quiebra y los créditos pendientes (Banca y Quiebra)”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1959, t. X, pp. 215 a 246.

**RUIZ DE ALEGRÍA MARTÍN, CARMELO,** en **AAVV:** *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirigido por **LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO** y coordinado por **SESMA DE LUIS, PABLO – SAN ROMÁN MORENO, JOSÉ RAMÓN – ZORRILLA RUIZ, MANUEL MARÍA**, Dykinson, Madrid, 2000.

**SAAVEDRA MONTERO, EVA:** *El objeto hipotecado y la extensión objetiva de la hipoteca*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1999.

**SACRISTÁ REPRESA, GUILLERMO,** en **AAVV:** *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinado por **FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, MIGUEL**

**ANGEL - RIFÁ SOLER, JOSÉ M<sup>a</sup> - VALLS GOMBAU, JOSÉ FRANCISCO**, t. II: artículo 281 al 555, Iurgium editores, Barcelona, diciembre 2000.

**SALINAS ADELANTADO, CARLOS**: *El régimen jurídico de la prenda de valores negociables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

**SALINAS ADELANTADO, CARLOS**: “El concepto de valor negociable”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1996, nº 63, pp. 609 a 648.

**SALINAS ADELANTADO, CARLOS**: “La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre la prenda de saldos: historia de una rectificación”, *La Ley*, 1998, nº 4515, pp. 1 a 4.

**SAMANES ARA, CARMEN**: *La división de la cosa común*, Tecnos, Madrid, 1995.

**SÁNCHEZ ANDRÉS, ANÍBAL**: “La reforma del mercado de valores: algunas claves orientadoras”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1990, nº 37, pp. 11 a 22.

**SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO**: *Instituciones de Derecho Mercantil, v. I, (Introducción, Empresa y Sociedades)*, vigésima primera edición, Mc GraW Hill, Madrid, 1998.

**SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO**: *Instituciones de Derecho Mercantil, v. II, (Títulos y valores, contratos mercantiles, Derecho Concursal y Marítimo)*, vigésima primera edición, Mc GraW Hill, Madrid, 1998.

**SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER**, en **AAVV**: *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DíEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. CARLOS:** “Transmisión de participaciones sociales”, en **AAVV**, *La Sociedad de Responsabilidad Limitada, Ley 2/1995, de 23 de marzo y Reglamento del Registro Mercantil (Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio)*. Con el estudio del Derecho fiscal y penal (Delitos societarios), dirigido y presentado por **GARRIDO DE PALMA, VICTOR M.**, t. I, Trivium, S.A., Madrid, 1996, pp. 639 a 812.

**SÁNCHEZ GONZÁLEZ, CARLOS:** “Derechos reales y otros gravámenes sobre las participaciones sociales”, en **AAVV**, *La Sociedad de Responsabilidad Limitada, Ley 2/1995, de 23 de marzo y Reglamento del Registro Mercantil (Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio) con el estudio del Derecho fiscal y penal (Delitos societarios)*, dirigido y presentado por **GARRIDO DE PALMA, VICTOR M.**, t. I, Trivium, S.A., Madrid, 1996, pp. 813 a 888.

**SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MARÍA PAZ:** *Bases de las obligaciones contractuales en la constitución. Artículo 149.1.8ª*, editorial Trivium, S.A.. Madrid, 1991.

**SÁNCHEZ GUILARTE, JUAN:** “Naturaleza jurídica de las imposiciones a plazo; compensación, derecho de prenda”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1988, pp. 442 a 450.

**SÁNCHEZ GUILARTE, JUAN:** “Pignoración de saldos de depósitos bancarios e inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta”, en **AAVV: Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero**, coordinado por **ALONSO UREBA, ALBERTO – BONARDELL LENZANO, RAFAEL – GARCÍA VILLAVERDE, RAFAEL**; Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. En colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990, pp. 647 a 674.

**SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE:** *Estudios de Derecho civil*, t III, segunda edición corregida y aumentada, Establecimiento Tipográfico «Sucesores de Rivadeneira», Madrid, 1889-1912.

**SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE:** *Estudios de Derecho civil*, t IV, segunda edición corregida y aumentada, Establecimiento Tipográfico «Sucesores de Rivadeneira», Madrid, 1889-1912.

**SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, JOSÉ LUIS:** “Prenda y embargo de acciones”, en **AAVV:** *Derecho de Sociedades Anónimas*, t. II, “Capital y acciones”, v. 2, estudios coordinados por **ALONSO UREBA, ALBERTO - DUQUE DOMÍNGUEZ, JUSTINO - ESTEBAN VELASCO, GAUDENCIO - GARCÍA VILLAVERDE, RAFAEL - SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO**, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1994, pp. 773 a 848.

**SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, JOSÉ LUIS:** “De la copropiedad y los derechos reales sobre las acciones”, en **AAVV:** *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coordinado por **ARROYO, IGNACIO – EMBID, JOSÉ MIGUEL**, v. I, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, pp. 643 a 685.

**SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS**, en **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS Y OTROS:** *Elementos de Derecho Civil*, t. III, v. 2º, segunda edición, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1991.

**SANTAOLALLA LÓPEZ, FERNANDO:** “Jurisdicción y ejecución extrajudicial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1998, nº 648, pp. 1663 a 1686.

**SANTOS BRIZ, JAIME:** “El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, 1972, pp. 379 a 419.



**SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS:** *Código civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos*, redactado por Pedro de Apalategui, t. XXIX, Artículos 1.857 a 1.886, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1995.

**SEGOVIA LÓPEZ, LUIS:** “Hacia un nuevo concepto de publicidad registral”, *La Ley*, octubre 1996, nº 4156, pp. 1 a 4.

**SENES MONTILLA, CARMEN:** “Notas sobre el tratamiento procesal-ejecutivo de los valores representados mediante anotaciones en cuenta”, *Revista General de Derecho*, abril 1994, nº 595, pp. 3561 a 3571.

**SERICK, ROLF:** *Garantías mobiliarias en el derecho alemán*, Tecnos, Madrid, 1988.

**SERRANO ALONSO, EDUARDO,** en **AAVV:** *Comentario del Código Civil*, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**SOLÉ RESINA, JUDITH:** “La ejecución de la prenda y del derecho de retención en la Ley 22/12991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble”, *La Llei de Catalunya i Balears*, noviembre 1996, nº 141, pp. 1 a 3.

**TAPIA HERMIDA, ALBERTO JAVIER:** “La pignoración de saldos de depósitos bancarios”, en **AAVV:** *Tratado de garantías de la contratación mercantil*, coordinado por **NIETO CAROL, UBALDO – MUÑOZ CERVERA, MIGUEL**, t. II, *Garantías reales*, v. 1 *Garantías mobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 851 a 915.

**TAPIA HERMIDA, ALBERTO JAVIER:** “La pignoración de saldos de depósitos bancarios” en **AAVV: Garantías reales mobiliarias**, dirigido por **NIETO CAROL, UBALDO**, Estudios de Derecho Judicial, 8-1998, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, pp. 245 a 304.

**TOMILLO URBINA, JORGE LUIS:** “Los títulos de tradición en la constitución de la prenda”, en **AAVV: Tratado de garantías de la contratación mercantil**, coordinado por **NIETO CAROL, UBALDO – MUÑOZ CERVERA, MIGUEL**, t. II, *Garantías reales*, v. 1 *Garantías mobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 523 a 594.

**TORRES LANA, JOSÉ ÁNGEL,** en **AAVV: Comentario del Código Civil**, dirigido por **PAZ-ARES RODRÍGUEZ – BERCOVITZ - DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON - SALVADOR CODERCH**, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

**URÍA, RODRIGO:** *Derecho Mercantil*, decimoséptima edición, Marcial Pons, Madrid, 1990.

**URÍA, RODRIGO – MENÉNDEZ, AURELIO – GARCÍA DE ENTERRÍA, JAVIER:** “La sociedad anónima: principios fundamentales”, en **AAVV: Curso de Derecho Mercantil**, v. I, Cívitas, Madrid, 1999, pp. 765 a 781.

**URÍA, RODRIGO – MENÉNDEZ, AURELIO – GARCÍA DE ENTERRÍA, JAVIER:** “La sociedad anónima: aportaciones sociales y desembolso del capital”, en **AAVV: Curso de Derecho Mercantil**, v. I, Cívitas, Madrid, 1999, pp. 803 a 814.

**URÍA, RODRIGO - MENÉNDEZ, AURELIO – IGLESIAS PRADA, JUAN LUIS:** “La sociedad de responsabilidad limitada. Las participaciones sociales: I. Configuración y representación”, en **AAVV: Curso de Derecho Mercantil**, v. I, Cívitas, Madrid, 1999, pp. 1071 a 1086.

**VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.:** *Estudios sobre garantías reales*, segunda edición, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1984.

**VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO:** *Tratado de Derecho civil español*, t. II, cuarta edición corregida y aumentada, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1936.

**VAQUER ALOY, ANTONI:** “Los conceptos de «conservación», «modificación» y «desarrollo» del artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución: su interpretación por el legislador catalán, *Derecho privado y Constitución*, nº 2, 1994, pp. 239 a 250.

**VÁZQUEZ BARROS, SERGIO:** *Las tercerías. Bienes embargables, Bienes inembargables*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2001.

**VEIGA COPO, ABEL B.:** “Prenda *omnibus*, prenda rotativa de acciones y garantía flotante”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2001, nº 82, pp. 33 a 72.

**VEIGA COPO, ABEL BENITO:** “La ejecución extrajudicial de la prenda y la regularidad de las subastas notariales (a propósito de la STS de 21 de noviembre 2000 (RJ 2000, 9312)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2002, nº 9, pp. 49 a 65.

**VERDERA SERVER, RAFAEL:** “Pluralidad de créditos y garantía hipotecaria única. Comentario a la Resolución de la DGRN de 28 julio 1998 (RJ 1998, 5984)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, nº 2, pp. 494 a 504.

**VERGEZ SÁNCHEZ, MERCEDES:** “La circulación de la letra de cambio”, en **AAVV:** *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*,

dirigido por **MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO**, Editorial Civitas. S.A., Madrid, 1986.

**VICENT CHULIÁ, FRANCISCO**: *Introducción al Derecho Mercantil*, 14ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

**VILA FLORENSA, PABLO**: “Comentario al art. 1 de la Ley Concursal”, en **AAVV: Nueva Ley Concursal**, Coordinado por **SALA REIXACHS, ALBERTO – MERCADAL VIDAL, FRANCISCO – ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME**, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2004, pp. 67 a 71.

**VIÑAS MEY, JOSÉ**: “El derecho de retención”, *Revista de Derecho Privado*, 1922, pp. 102 a 115.

**VIÑAS MEY, JOSÉ**: “Más sobre el derecho de retención”, *Revista de Derecho Privado*, 1923, pp. 1 a 25.

**VIÑAS MEY, JOSÉ**: “La prenda irregular”, *Revista de Derecho Privado*, 1925, pp. 341 a 350.

**WOLFF, MARTIN – RAISER, LUDWIG** en **ENNECCERUS, LUDWIG – KIPP, THEODOR – WOLFF, MARTÍN**: *Tratado de Derecho Civil*, t. 3, “Derecho de Cosas”, décima revisión, por **WOLFF, MARTIN – RAISER, LUDWIG**, traducción española con anotaciones de **PÉREZ-GONZÁLEZ, BLAS – ALGUER, JOSÉ**, v. II, tercera edición al cuidado de **PUIG BRUTAU, JOSÉ**, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1971.

**YAÑEZ VELASCO, RICARDO**: “Notas sobre los principios de Derecho concursal en atención a una futura reforma legal”, *Revista General de Derecho*, 2000, nº 673, pp 13369 a 13396.

**YSÀS SOLANES, MARÍA:** *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, Distribuciones La Ley, Madrid, 1994.

**ZUNZUNEGUI PASTOR, FERNANDO:** “El valor anotado en cuenta y su régimen jurídico”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, octubre-diciembre 1994, nº 56, pp. 826 a 870.

\* \* \* \* \*