

El embargo de cuentas corrientes. Especialidades que plantea su ejecución telemática centralizada

Antonio Evaristo Gudín Rodríguez-
Magariños

Secretario Judicial del Juzgado Central nº 6 de la Audiencia Nacional

Abstract

La ejecución del embargo de cuentas corrientes a través de sistemas telemáticos de gestión centralizada ha supuesto un cambio radical en el modo de gestión procedimental de la ejecución, poniendo de relieve muchas de las dificultades que este tipo de diligencia ha venido presentando en los últimos años. La gestión automática de estos sistemas de embargo supone un enorme salto cualitativo al exigir previsiones sistemáticas y uniformes al objeto de lograr, de una parte la máxima eficiencia, pero de otra el respeto de los derechos de los particulares ante las eventuales circunstancias del caso concreto estudiado. Tal circunstancia ha determinado circunscribir su objeto únicamente a los supuestos de cuentas corrientes a la vista, restringiendo su aplicación a aquellos supuestos que dada su simplicidad permitan una realización automática. Se aborda en el presente trabajo las soluciones alcanzadas tanto en el ámbito del procedimiento de ejecución judicial, como las adoptadas en el procedimiento de recaudación ejecutiva y ante la Seguridad Social.

The attachment of saving and checking accounts through centralized management systems developed in the last few years has resulted in a radical change in the rules of execution procedures. The automatic management of these systems involves a huge challenge, requiring uniform and systematic provisions in order to achieve the maximum level of efficiency as well as to appropriately safeguard the individual rights regarding the specific circumstances of each case. These issues have led to a restriction of the object to saving accounts, because given their simplicity; it is possible to perform automated actions. This paper addresses the different alternatives applied by courts in execution procedures as well as in executive recovery procedures and before Social Security.

Title: The centralized execution of attachment orders on saving accounts.

Palabras clave: Cuentas corrientes, embargo, gestión bancaria

Keywords: Saving Account, Checking Accounts, attachment procedures , Central Banking Management

Sumario

1. Aproximación a la naturaleza del contrato de cuenta corriente
2. El contrato de cuenta corriente de titularidad indistinta
 - 2.1. El objeto del contrato: los fondos
 - 2.2. La relación externa del contrato de cuenta corriente de titularidad indistinta
 - 2.3. La relación interna del contrato de cuenta corriente de titularidad indistinta
3. Características del embargo de cuentas corrientes
 - 3.1. Trascendencia de la relación interna. El caso del embargo de cuentas corrientes en el que estén domiciliados sueldos o pensiones
 - 3.2. El embargo de saldos en descubierto
 - 3.3. Régimen jurídico del embargo de las cuentas corrientes de titularidad indistinta
 - 3.4. La posición de la persona autorizada en el contrato de cuenta corriente
 - 3.5. Los derechos de tercero frente a la cuenta embargada
 - a) Derecho de retención y liquidación de la cuenta
 - b) Saldos retenidos
4. Cumplimentación centralizada
 - 4.1. Determinación y control de los recursos propios mínimos de las entidades de crédito
 - 4.2. Cumplimentación centralizada por el A.E.AT (EDITRAN)
 - 4.3. Cumplimentación centralizada por Tesorería General de la Seguridad Social
 - 4.4. Cumplimentación centralizada por el punto neutro a través del sistema de embargo masivo (ECCV)
 - 4.5. Diferencias entre los distintos sistemas de embargo centralizado
 - a) Especificación de las cuentas
 - b) Límite máximo y mínimo
 - c) Cotitularidad
 - d) Prelación
 - e) Saldos pignorados
 - f) Saldos procedentes del ingreso de sueldos o pensiones
 - g) Procedimiento para la realización de la traba
5. Tabla de jurisprudencia citada
6. Bibliografía

1. Aproximación a la naturaleza del contrato de cuenta corriente

La cuestión del embargo de la cuentas corrientes ha sido una de las más discutidas en nuestro derecho y pese a existir en los últimos años un cierto consenso doctrinal y jurisprudencial sobre su naturaleza y sobre el modo de afectación de una eventual orden de embargo, es lo cierto que todavía son muchas las dudas e incertidumbres que se plantean. Pero si ya de por sí, ésta es una materia compleja, en el caso de la gestión centralizada de embargos a través de ordenes generales y automáticas dirigidas a cualesquiera entidades financieras, tales dificultades se acrecientan enormemente. La ejecución centralizada de estos embargos impone, de este modo, revisar todos estos esquemas en una materia especialmente resbaladiza, exigiendo soluciones preconcebidas y uniformes que den respuesta automática a los problemas con carácter previo a que aquellos se presenten.

Como es conocido, originariamente la naturaleza de este contrato resultó bastante conflictiva por la tendencia a asimilar estos contratos a los contratos unilaterales de carácter real, como pudieran ser el préstamo o el depósito irregular¹. Tal concepción de los contratos bancarios responde a una economía fundamentada en el intercambio de fondos en moneda o papel moneda, cuyo tráfico actualmente resulta residual (véase Ley 36/2006, 29 de noviembre y ley 7/2012, de 29 de octubre)². Este inicial posicionamiento, sin embargo, aparece hoy en día superado, de modo que frente a la pretendida asimilación a los prototípicos contratos romanos reales, el contrato de cuenta corriente se fundamenta hoy en la noción de concesión de crédito, noción que como veremos está estrechamente vinculada al de los contratos fiduciarios, siendo de carácter personalísima y por lo tanto de carácter marcadamente consensual³.

La realidad actual del contrato de cuenta corriente como señala la STS, 1ª, 15.7.1993, (Roj 5328/1993) tiende hacia la autonomía contractual, despegándose del depósito bancario que le servía de base y que solo actúa como soporte contable. La cuenta corriente bancaria expresa hoy en día siempre una disponibilidad de los fondos a favor de los titulares de la

¹ De dichas previsiones se pretendió incluso deducir la existencia de una norma de orden público contraria a la existencia de contratos de crédito puramente consensuales. En tal sentido, no puede dejarnos de venir a la memoria los interminables de circunloquios sobre la categoría de los contratos reales y el encaje que en el seno de los mismos puedan tener estos contratos, con los que el profesor Albadalejo tuvo a bien alumbrarnos al mundo del derecho. ALBADALEJO (1992, p. 335).

² En tal sentido, GELLA (1948, p. 81). Cita este autor la sentencia de 7.3.1974 considera que el contrato de cuenta corriente bancaria es un "contrato complejo de depósito irregular con devengo de intereses y liquidaciones periódicas por el Banco". También en este sentido se cita la sentencia de 4.12.1975. En sentido contrario, para EMBID IRUJO (1988, pp. 331 y ss.) este contrato despliega su eficacia en el orden jurídico obligacional sin consecuencias aparentes en lo que atañe a la esfera jurídico real.

³ En tal sentido para VALPUESTA GASTAMINZA (1994, p. 216), el dinamismo que presenta la operativa bancaria y la multiplicidad de servicios que presta el "servicio de caja" ... son inencajables en las categorías jurídicas del Código de Comercio de 1885 y del Código Civil de 1889, debiéndose de estar a cada caso concreto de cuenta bancaria, para calificar la función económica a la que sirve ese contrato, y de esta forma hallar su causa, conociendo de esta forma cuál será el régimen jurídico supletorio a aplicar.

misma contra el banco que los retiene, y que encuentra causa tanto en operaciones activas como pasivas, es decir, que responde tanto a operaciones efectivas en dinero como a créditos que concede el banco a sus clientes. Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 25.11.1989 (Roj 6741/1989) nos recuerda que si bien en este contrato el límite cuantitativo de las órdenes de pago viene dado por la cifra del “haber” del cliente en el momento de la orden, existe en la práctica bancaria habitual la posibilidad de autorizar descubiertos a determinados clientes hasta la cuantía que el banco estima oportuno, lo cual entraña una concesión de crédito bajo la forma de descubiertos. Cuando esto sucede, se está ante una nueva operación bancaria, de signo contrario a la primera, modificándose la naturaleza de la relación banco-cliente, la cual, como todo contrato, exigirá la concurrencia del consentimiento en ambos contratantes de acuerdo con los artículos 1258, 1261 y 1262 del Código Civil, en adelante CC, (véase en igual sentido sentencia de esta SAP Palencia 17.1.1991 [LA LEY 1641-JF/0000]). Siendo esto así cualquier equiparación del contrato de cuenta corriente con el depósito irregular es mera reminiscencia de su origen histórico pero poco o nada tienen que ver.

Se explica así, que la función del banco en el contrato de cuenta corriente se asimile a la de los contratos de gestión y que, como señalan MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES (2003, p. 21), en la cuenta corriente como en todo contrato en favor de tercero resulte esencial distinguir la relación externa y la interna. Esta distinción es esencial para el entendimiento de este tipo de contratos, pues permite diferenciar junto a las relaciones internas centradas en la pertenencia y distribución de los fondos, la relación externa a la que atiende propiamente el contrato de cuenta corriente, en el que el banco realiza una actividad principalmente de gestión. En tal sentido señalan los autores citados que lo que regula el contrato es exclusivamente la titularidad de la cuenta, con independencia de quien sea el propietario de los fondos que se ingresan en ella o de los valores confiados para su custodia y administración. Esta es una cuestión que conoce el titular de la cuenta, siendo cuestión de carácter personal y hasta cierto punto reservada a través del secreto bancario, en la cual el banco no puede entrar⁴.

⁴ En tal sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene señalado que la condición de titular no implica *per se* que se ostente derecho de propiedad sobre el objeto depositado, véase *ad exemplum* la reciente STS, 1ª, 15.3.2013 (Roj 505/2013). En este sentido la indicada sentencia señala: “es doctrina reiterada que la cuenta corriente bancaria expresa una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de la misma contra el Banco que las retiene, no pudiendo aceptarse el criterio de que el dinero depositado en tales cuentas indistintas pase a ser propiedad de uno de ellos, por el solo hecho de figurar como titular indistinta, porque en el contrato de depósito, la relación jurídica se establece entre el depositante, dueño de la cosa depositada, y el depositario que la recibe, no modificándose la situación legal de aquel, en cuanto a lo depositado, por la designación de persona o personas que la puedan retirar. Tales depósitos indistintos no suponen por ello comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a cuanto dispongan los tribunales sobre su propiedad. Por ello, el mero hecho de apertura de una cuenta corriente bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos o más personas, lo único que significa *prima facie*, es que cualquiera de los titulares tendrá frente al banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, pero no determina por sí sólo la existencia de un condominio que vendrá determinado únicamente por las relaciones internas y, más concretamente, por la propiedad originaria de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta (SSTS 31.10.1996, 23.5.1992, 15.7.1993, 15.12.1993, 19.12.1995, 7.6.1996, 29.5.2000, 14.3.2003 y 12.11.2003)”.

La ejecución del embargo de cuentas corrientes a través de sistemas telemáticos centralizados sólo interfiere en las relaciones externas entre los cuenta participes y el banco, haciendo tabla rasa de cualesquiera circunstancias particulares que puedan darse en el caso. Todo ello exige simplificar el trámite y en determinados supuestos partir de ciertas presunciones que no siempre se ajustan a la realidad del movimiento contable de la cuenta corriente.

2. *El contrato de cuenta corriente de titularidad indistinta*

El modo normal de gestión de las cuentas corrientes es a través de cuentas de titularidad indistinta con facultades de disposición solidaria o indistinta sobre los fondos. La razón de la extraordinaria extensión de este instrumento contractual se debe precisamente, como señalan MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES (2003, p. 21), a la necesidad de arbitrar una forma dinámica de gestión de las diversas formas de colaboración en el mundo de los negocios y de la vida civil. Las cuentas corrientes ya conjuntas o indistintas a nombre de socios, administradores o apoderados son muy frecuentes en la administración de empresas de toda índole y magnitud. Las vemos también en el ámbito del ejercicio de las profesiones liberales o de situaciones comunitarias y en cualquier forma de organización para los fines más variados, particularmente en el ámbito familiar.

Este carácter marcadamente fiduciario del contrato, no debe hacernos confundir la relación de los diversos titulares con el banco, con la cuestión, a resolver con carácter interno entre ellos, de la distribución concreta de los fondos⁵. Para MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES, la posición de los titulares indistintos en los depósitos bancarios se resolverá en definitiva en una pura legitimación dispositiva frente a la entidad, que si bien no atribuye ningún derecho sobre los fondos o valores disponibles, lo es en el entendimiento de que la pertenencia de aquellos viene determinadas únicamente por la relación interna. Concluyen dichos autores que “la cotitularidad sólo da base a lo más para generar una presunción simple de copropiedad pero el determinar si esa presunción se corresponde con la realidad es cuestión ajena totalmente a la relación de los titulares con el banco, y el interesado en resolverla, desvirtuando o confirmando la presunción, tendrá que recurrir a las relaciones que medien entre los titulares”.

De este entendimiento, se deducen las siguientes consecuencias:

- La condición de titular *per se* no implica, que se ostente derecho de propiedad alguno sobre el objeto depositado. Lo único que atribuye tal condición son facultades dispositivas frente al Banco en virtud del contrato celebrado cuya finalidad es la gestión de un capital.
- La distribución de los fondos viene determinado exclusivamente por las relaciones internas entre los titulares de la cuenta, de ahí que no quepa el embargo de la totalidad de la cuenta, debiéndose de aplicar sólo a la cuota que en proporción le corresponda o

⁵ Véase MUÑOZ PLANAS (1992, pp. 8 y ss.), VALPUESTA (1992, p. 131), EMBID IRUJO (1993, p. 214).

deba presumirse sobre los activos (MUÑOZ PLANAS Y MUÑOZ PAREDES [2003, p. 17]).

- Cualquier movimiento contable exige un título causal eficiente para resolver cualquier cuestión que se presente en razón al destino de los fondos. Para ello, se da una relevancia decisiva a las relaciones internas, abundando en la naturaleza gratuita u onerosa de los movimientos de la cuenta y la distribución de los fondos⁶.

- No cabe hacer aplicación de las reglas de la solidaridad, por cuanto que este concepto en principio es extraño al tipo de detentación que se ejerce sobre los bienes depositados. Como señala MUÑOZ PAREDES y MUÑOZ PLANAS (2003, p. 36): “en estas cuentas, a diferencia del deudor ordinario el banco nunca paga ni puede pagar *motu proprio*, sino que atiende y secunda las órdenes de pago que recibe de sus clientes. El banco carece de iniciativa típica de todo deudor para cumplir la prestación debida. Él no puede liberarse por decisión propia y la iniciativa para toda operación sobre la cuenta de la índole y cuantía que sea y en su misma oportunidad, es atributo propio y exclusivo de los titulares en tanto mandantes”. El banco no puede pagar como quiera y a quien quiera.

2.1. El objeto del contrato: los fondos

La distinción entre la relación interna y externa del contrato de cuenta corriente ha dado lugar a una tendencia a cosificar el objeto de este contrato: la reclamación de los fondos. Tal concepción parte del presupuesto de que los fondos son un bien susceptible de exclusión, transmisible y objeto de una titularidad predefinida por el hecho de su depósito en la cuenta⁷. Sin embargo, la detentación de los fondos se explica no en virtud de un concreto título atributivo, sino en la imputación de las operaciones de debe y haber. El concepto de fondos disponibles, como señala SOPENA GIL (1993, p. 152), se trata de un concepto principalmente contable, consecuencia de una operación de liquidación en ciernes, cuya concreta distribución quedará abstraída hasta la completa liquidación de la cuenta. Entre tanto las partes, podrán desde luego disponer de los fondos, pero también pedir la rendición de cuentas y hacer incluso acopio de fondos a cuenta de la liquidación final (véase en tal sentido STS 14.10.2011, [Roj 7343/2011]).

La razón de ser de este tratamiento diferenciado de los fondos se encuentra en la necesidad de excluir cualquier intromisión fundamentada en las relaciones subyacentes que no quede

⁶ En tal sentido, dichos autores, redundan con gran extensión de argumentos en el parecer de excluir una supuesta posición jurisprudencial favorable a asimilar la posición de los cotitulares con una relación de carácter gratuito, lo que explicaría el derecho de acrecer que en determinados supuestos se ha pretendido por los bancos con fundamento en el art. 26 de la Ley de Cajas de Ahorros.

⁷ CACHÓN CADENAS (1993, pp. 394 y 395), entre otros autores, entiende, sin embargo, que el embargo recae propiamente sobre derechos y no sobre cosas: “No se pueden embargar como dinero los saldos de las cuentas corrientes bancarias de que sea titular el ejecutado porque en este caso, el ejecutado no es propietario de una suma concreta de dinero efectivo, sino mero acreedor de una entidad bancaria, por lo que el único bien susceptible de embargo es el derecho de crédito que el titular ostenta frente a dicha entidad”. El embargo de la cuenta bancaria es el embargo del crédito relativo (CARRERAS LLANSANA [1958, p. 226] o como dice la STS 10.2.1993, “el acreedor embargante se sitúa en la misma posición de su deudor” en relación con la entidad depositaria. También en este mismo sentido SOPENA GIL (1993, p. 182) quien critica la cosificación del saldo que no es sino un concepto contable la diferencia entre el debe y el haber.

justificada por el *modus operandi* bancario. De este modo si frente a tercero se atiende exclusivamente a las necesidades financieras que gestiona la operativa del banco, la relación interna dependerá primeramente de las operaciones de cargo y abono, pero una vez que los fondos se encuentren incorporados a la dinámica contable quedarán afectados al negocio subyacente, y en consecuencia, desvinculados de su origen. Esto determina que no quepa hablar de distribución de cuotas, ni de titularidad de activos porque además de la dificultad implícita de distribuir responsabilidades o proyectar las cuotas sobre el saldo resultante, significaría desconocer la finalidad de las partes en orden a la administración de sus intereses y resultaría profundamente perturbador para el tráfico jurídico.

Lo cierto es que estas operaciones de cargo y abono típicas de los negocios bancarios, lo que si determinan es un cambio en cuanto a la naturaleza misma de la aportación. En tal sentido, no cabe hablar de facultades de disposición sobre una cosa cierta, ni tan siquiera de una deuda valor, sino de imputación de derechos de reintegro en el marco de la entera relación externa básicamente configurada por el banco, con sus consiguientes deducciones, intereses, recargos, comisiones, derechos de suscripción, etc.

De esta suerte la cuenta corriente se configura como un típico negocio abstracto, en el sentido establecido en el artículo 1278 CC, esto es un contrato cuya causa última no resulta aparente a quienes intervienen en el mismo, pero que ha de presumirse que existe y que es verdadera y lícita. La razón de la elisión de la causa no se debe en este caso tanto a la existencia de un previo pacto, como al hecho incontestable de no poderse determinar el origen de los fondos al quedar confundidos los ingresos con el resto de movimientos contables. En realidad, en el marco propio de la cuenta corriente y mientras está se encuentre vigente, la cuenta corriente se desenvuelve en muchos sentidos, como una suerte de patrimonio separado o afectado a un fin⁸. Esto se debe a que durante el tiempo de la vigencia del contrato no cabe hacer alegación entre los cuenta partícipes de atribución o liquidación de cuotas –lo que dificultaría el carácter dinámico propio de la gestión de los activos– resultando cuando menos conveniente que quede suspendido el ejercicio de estos derechos hasta el momento en que en puridad se verifica la liquidación de la cuenta. Si no fuera así, y pudiese procederse a reclamar parte de los fondos con fundamento en las relaciones causales de los cuenta partícipes, la posición del banco y la de los terceros que por caso procediesen a domiciliar sus recibos, quedaría en una completa inseguridad. Esto no quita a que las partes puedan hacer uso de su derecho, ejerciendo las reclamaciones que tengan por convenientes entre sí, pero como digo, esto no puede comprometer el régimen jurídico y económico de la cuenta.

⁸ Esta es la razón por la que a veces se ha procedido a hacer aplicación a la cuenta corriente las reglas de la comunidad germánica, toda vez que presentando enormes dificultades proceder a la liquidación de la cuenta, resulta manifiestamente complejo distribuir o asignar cuotas sino hasta que la cuenta este completamente liquidada. Véase la SAP Madrid 28.4.1998 (AC 1998\5093) comentada largamente por MUÑOZ PLANAS/MUÑOZ PAREDES (2003, pp. 346 y ss.)

En tal sentido el Tribunal Supremo tiene señalado hasta la saciedad que la titularidad indistinta lo único que atribuye a los titulares frente al banco depositario son facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, “pero no determina, por sí solo, la existencia de un condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos (o más) titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá de venir determinando únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares y, más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta”⁹. De este modo, en tanto no se produce la liquidación de la cuenta, esta se desenvuelve libremente conforme a su propio régimen externo. Este se fundamenta en la facultad de libre retirada de los fondos. Se entiende así la importancia o interés que en determinados supuestos puedan tener no tanto proceder al embargo de las cuentas como el del bloqueo de aquellas, en el sentido de evitar la liquidación que pueda verificarse en perjuicio del derecho del acreedor ejecutante¹⁰. Sin embargo pese a la pretendida preponderancia de los aspectos externos de la cuenta corriente, tal preponderancia no es absoluta, pues como quedó indicado tal condición se deriva del carácter fiduciario de la causa del contrato. El hecho de que la causa se encuentre abstraída o que deba de presumirse su existencia, no impide, que exista otra lícita que deba de ser tenida en cuenta en todo momento, tanto para valorar la legalidad del movimiento contable, como para pedir rendición de cuentas de la disposición que se vengán haciendo de los activos.

2.2. La relación externa del contrato de cuenta corriente de titularidad indistinta

Como se ha venido indicando la constitución de una cuenta corriente de titularidad indistinta suele responder a un previo negocio de gestión o administración compartida de varios individuos, el cual habilita para la retirada de fondos por los cuenta partícipes en función de sus comunes intereses. De este modo, en la práctica nos encontramos que es común que figuren como titulares, tanto los titulares propiamente dichos de los fondos, como personas que actúan como meros mandatarios (por ejemplo, los apoderados de una

⁹ Véase así la STS 7.6.1996 (Roj 3090/1992): “La doctrina de esta Sala, recogida en la STS 6.2.1991, niega que ello sea así, que la titularidad indistinta lo único que atribuye a los titulares frente al banco depositario facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, “pero no determina, por sí solo, la existencia de un condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos (o más) titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá de venir determinando únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares y, más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta”. Por otra parte si el apoderamiento de dinero depositado en cuentas corrientes indistintas, por parte de uno de los cotitulares, ha sido tradicionalmente considerado como integrante de un delito de apropiación indebida, el hecho de la apropiación no se fundamenta en la existencia de un supuesto condominio”. Así también la STS 20.5.2011 (Roj 3656/2011), con cita de la STS 949/1997, 27.6.1997 se afirma que aunque los cotitulares de una cuenta bancaria ostentan facultades de disposición frente al banco, esto no significa que entre esos cotitulares exista un condominio sobre los fondos, sino que habrá que estar a las relaciones internas entre ellos. Véase, también STS 14.10.2011 (Roj 133/2011).

¹⁰ La SAP Badajoz 5.11.1998 configura la naturaleza de estos derechos como la propia de una propiedad germánica, que difícilmente pueden enmarcarse dentro del concepto de propiedad romana y por cuotas, señalando sus paralelismo con la sociedad de gananciales en el sentido de que hasta no se procede a la liquidación de las cuotas no puede materializarse los derechos que en la misma tienen los cónyuges, quedando hasta entonces el derecho expectante a que a los mismos corresponde veda el ejercicio de la tercera por actos de disposición realizados en los bienes del a sociedad.

sociedad limitada), como representantes legales como tutores o guardadores de un incapaz o un menor, etc.¹¹ Todos ellos podrán retirar los fondos como tengan a bien, pero como en todo negocio de gestión o contrato de colaboración, esto no quita para que finalizado el negocio o incluso en el curso del mismo se les puede pedir rendición de cuentas de aquellos actos de gestión que excedan de la habilitación conferida.

Estas facultades de los titulares de la cuenta, suelen incardinarse dentro del marco de la solidaridad activa¹², sin embargo, como anteriormente ha quedado apuntado la solidaridad que se predica de estos contratos resulta un tanto atípica presentando notables diferencias con la solidaridad de créditos pura del CC. Según este autor, la posición jurídica que asumen en la realidad contractual tanto el banco como los titulares de la cuenta, van mucho más allá de una pura situación de solidaridad activa, pues ni el banco es un mero deudor que pueda a su elección pagar la deuda a cualquiera de los titulares ni estos son meros acreedores con derecho cada uno a pedir sólo el pago de aquella. En tal sentido para ALONSO MUÑUMER (2007, p. 443) la titularidad indistinta es una solidaridad creada y formalizada siempre en atención al interés de los titulares los acreedores y no del banco. SOPENA GIL (1993, p. 130) matiza, creo que afortunadamente, tales afirmaciones al señalar que tratándose de cantidades embargadas la falta de iniciativa del Banco es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 1142 CC, en cuanto, que según este precepto, el deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores solidarios, pero si hubiera sido judicialmente demandado por alguno a éste deberá de hacerse el pago. Por otra parte el hecho de que el banco deudor no pueda pagar cómo y cuando quiera, no se debe a una exclusión de las normas de la solidaridad activa, sino a la falta de exigibilidad de la deuda (art. 1127 CC). El banco como todo prestatario o depositario no puede hacer el pago a quien quiera no por ninguna razón superior que excluya la solidaridad activa, sino simplemente porque la deuda no es exigible. La falta de exigibilidad en este tipo de depósitos, que por tal razón se conocen como a la vista, se encuentra vinculada al hecho de la obligación de custodia, de modo que la deuda sólo será exigible sino cuando es reclamada y es únicamente a esta reclamación a la que el banco debe atender.

¹¹ En tal sentido señalan MUÑOZ PAREDES y MUÑOZ PLANAS (2003, p. 22): en su función normal de gestión y disposición de los fondos acreditada la existencia de varios titulares responde a necesidades muy frecuentes del mundo de los negocios y de la vida civil en general. Las cuentas ya conjuntas o indistintas, a nombre de socios o administradores o apoderados son muy frecuentes en la administración de empresas de toda índole y magnitud. Las vemos también en el ámbito del ejercicio de las profesiones liberales o de situaciones comunitarias y en organizaciones con los fines más variados. Y ya en el terreno de la vida privada y diaria de los particulares las cuentas indistintas familiares y particulares, las conyugales se ha convertido en un elemento imprescindible para el desenvolvimiento económico cualquier familia, cuyos ingresos y gastos más significativos pasan todos por la cuenta corriente cuyo funcionamiento conviene facilitar y de ahí a su apertura a nombre indistinto de una o más personas.

¹² GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE (1974, p. 150).

2.3. La relación interna del contrato de cuenta corriente de titularidad indistinta

La formalización de la cuenta no influye sobre las posibles obligaciones que pueden tener los titulares entre sí conforme a sus relaciones internas, pues como señalan MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES (2003, p. 174): “La titularidad de la cuenta sólo atribuye facultades dispositivas sobre los activos ingresados, pero nada más”. Para estos autores quien es propietario de esos activos antes de abrirse la cuenta lo sigue siendo posteriormente. De igual manera el posible titular, que de acuerdo con los pactos internos, sea un simple fiduciario o gestor de fondos ajenos, quedará sólo legitimado para efectuar con el banco aquellas operaciones que sean precisas al efecto y las hará en su propio nombre pero siempre por cuenta de otro. Su condición de titular no le confiere derechos nuevos respecto a los que tenga internamente en relación con los demás titulares o con los terceros copropietarios de los fondos por él gestionados. Sin embargo, contrariamente a lo postulado por dichos autores, si bien la condición de los titulares no se altera por el hecho de la aportación de fondos a la cuenta, lo que sí se cambia es la naturaleza de los fondos aportados al confundirse aquellos con el resto de movimientos contables. Así, si por ejemplo la cuenta ostenta un saldo negativo y los supuestos fondos no llegan a cubrir el importe del descubierto, los fondos dejan de serlo para transformarse en un derecho de reintegro frente al otro titular de la cuenta. Por el contrario si la cuenta produce un rédito o interés este se aplicará a la cuenta, y sólo cuando la cuenta sea objeto de liquidación, esto es no exista contrato, cabrá distribuir lo obtenido.

En principio cabría pensar, que no concretándose el destino de los fondos durante la vida de la cuenta corriente, estos en principio no tendrían porque perder la condición en la que fueron aportados sino hasta el momento de la liquidación. Lo que ocurre, sin embargo, es que al integrarse en el movimiento contable su condición primigenia se va diluyendo al confundirse con el resto de los movimientos al que está afecta la cuenta. En realidad, hasta su liquidación la pertenencia de aquellos, no atiende tanto a ningún tipo de negocio interno de las partes, como a una situación fáctica, fundamentada en el hecho de la aportación y retirada de fondos. Esta circunstancia determina, que al igual que sucede en la comunidad germánica, hasta que no se proceda a la liquidación no cabe hablar propiamente de cuotas. Hasta entonces cabrá que los cuenta participes retiren los fondos conforme a la mejor gestión de los intereses del negocio de gestión subyacente, pero estos intereses no tienen porque corresponderse con un acto causal del que pueda determinarse la cotitularidad de unas cuotas.

Pese a todo ello, aunque durante la vigencia de la cuenta corriente la relación interna permanece larvada al quedar supeditada al negocio o finalidad final propuesta por las partes, sin embargo, su desenvolvimiento, no es del todo indiferente en el tráfico jurídico presentando una triple eficacia frente a tercero:

- a) Una función legitimadora. El artículo 1717 CC señala que, cuando el mandatario actúa en su propio nombre el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante, pero exceptúa de estas previsiones el caso de que la cosa que sea objeto del mandato sea de propiedad del mandante en cuyo caso, el mandatario “queda directamente obligado a favor de la persona que ha contratado”, la aplicación de estas previsiones al contrato de cuenta corriente determina que la gestión que se realice por los cuenta partícipes les vincula a todos, quedando de este modo obligados frente a tercero por la dinámica propia de la gestión de la cuenta.
- b) Función probatoria. Durante la vida de la cuenta corriente la relación interna servirá de medio para la imputación de pagos en orden al cumplimiento de las obligaciones que eventualmente los cuenta-partícipes puedan tener frente a tercero. En todo caso, hablamos en término de presunción, pues como hemos visto, la liquidación de la cuenta es una cuestión bastante más compleja que las meras operaciones de cargo y abono.
- c) Función supervisora. La relación interna también configura el marco de gestión de los fondos, estableciendo límites a la eventual actuación de los cuenta partícipes, de modo que aún antes de que se proceda a la liquidación, es posible que las partes pueden pedir la rendición de cuentas de las operaciones realizadas que excedan de la habilitación inicialmente conferida.

3. Características del embargo de cuentas corrientes

Aunque impropriamente hablemos de embargo de cuentas corriente, parece claro que lo que es embargable es el saldo y no la cuenta corriente en sí misma, toda vez que esta última se trata de un contrato recíproco en el que surgen derechos y deberes tanto para la entidad financiera como para el titular de la cuenta, estando vinculados los primeros a los segundos, y no siendo posible afectarse a la ejecución de los derechos sin asumir las responsabilidades derivadas de tal condición¹³.

Se entiende así que la ley equipare el embargo de cuentas corrientes, no tan sólo al de los créditos realizables en el acto, sino al propio dinero en efectivo (art. 592 LEC y 169.2.a) LGT). Este es un dato fundamental, porque la garantía de liquidez que ofrece el Banco, permite realizar tal equiparación y condiciona enormemente el ejercicio de este derecho,

¹³ Otra cosa sería que el Secretario del Juzgado acordase la constitución de una Administración Judicial sobre la cuenta en la forma prevenida en el artículo 622.2 LEC: “El Secretario judicial sólo acordará mediante decreto la administración judicial en garantía del embargo de frutos y rentas, cuando la naturaleza de los bienes y derechos productivos, la importancia de los intereses, las rentas o los frutos embargados o las circunstancias en que se encuentre el ejecutado razonablemente lo aconsejen”.

pero no por ello, la retirada de los fondos dejar de ser una acción de reintegro.

Pese a su evidente sencillez, atendida su equiparación al mismo dinero en efectivo, el embargo de cuenta corriente presenta características muy especiales, debido a la imposibilidad de determinar de antemano el concreto alcance del embargo por la continua mutación del saldo. Consciente de ello, la LEC se refiere al embargo de cuentas corrientes en el artículo 578, como una excepción al principio de prohibición general de embargo de bienes de existencia incierta, a cuyo efecto y para impedir excesos exige que para que aquel pueda tener efecto se determine por el Secretario judicial una cantidad como límite máximo de realización.

Por su parte, tanto la LGT en el artículo 171, como el artículo 79 del Reglamento General de Recaudación, contienen también esta preocupación en orden a concretar la falta de identificación de los fondos embargados¹⁴. Así, si bien se establece una obligación genérica de identificación del bien o derecho objeto del contrato de cuenta corriente que es objeto de embargo, este sin embargo podrá extenderse, sin necesidad de identificación previa, al resto de los bienes o derechos existentes en dicha persona o entidad.

Lo que no parece que sea posible es proceder a hacer extensivo el embargo a los saldos futuros que pueda presentar la cuenta, no sólo por entrar en contradicción con la prohibición contenida en el artículo 588.1 LEC, sino por el grave perjuicio que esto causaría tanto al tráfico financiero como a la propia entidad bancaria, al tener que gestionar una cuenta de titularidad ajena al sólo objeto de servir de mecanismo recaudador¹⁵. Por esta misma razón parece que tampoco parecen aceptables, al menos en sede ejecución civil medidas dirigidas al bloqueo indefinido de las cuentas corrientes. Tales medidas podrían tener sentido al objeto asegurar algún medio de prueba o preservar una situación de hecho como el patrimonio protegido de un discapacitado de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, pero desde luego carecen de fundamento legal en vía ejecutiva.

En sentido contrario se posiciona, sin embargo, el artículo 254.2 de la Ley de la Jurisdicción Social (en adelante, LJS) el cual previene: "Será nulo el embargo sobre bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste. No obstante podrán... disponerse la retención y puesta a disposición del juzgado de cualesquiera bienes o cantidades que se devengaren en el futuro a favor del ejecutado como consecuencia de las relaciones de éste con la entidad depositaria, siempre que, en razón del título ejecutivo, se hubiere determinado por el secretario judicial una cantidad como límite máximo a tales efectos". Un embargo de estas características es profundamente perturbador para el tráfico jurídico, cuyas previsiones debieran de limitarse únicamente aquellos rendimientos que

¹⁴ La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, la que introduce una novedad en esta materia, cuando establece, en el inciso final de su artículo 171.1, que "...el embargo podrá extenderse, sin necesidad de identificación previa, al resto de bienes o derechos existentes en dicha oficina", haciendo precisión el reglamento "sean conocidos o no por la Administración". La importancia del cambio es grande, y su introducción obedece a razones de eficacia, ya que la conducta que debía seguirse hasta ahora (embargo de saldos y requerimiento separado sobre bienes y derechos depositados en la sucursal) no tenía demasiado sentido desde la citada óptica de eficacia.

¹⁵ STS 24.2.1995.

en el futuro puedan acrecer como resultado del depósito constituido, pero resulta difícilmente admisible la posibilidad de que se haga extensivo respecto de nuevos ingresos, lo que determinaría de suyo convertir a la cuenta en un mero instrumento ejecutivo meramente recaudador.

3.1. Trascendencia de la relación interna. El caso del embargo de cuentas corrientes en el que estén domiciliados sueldos o pensiones

Sea como fuere aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tendido a diferenciar la relación externa de la interna del contrato de cuenta corriente (y ello con independencia de que se trate de titularidad indistinta o simple autorización), de algún modo la relación interna trasciende frente a tercero. Resulta así manifiesto que si la cuenta es utilizada para una operación fraudulenta o delictiva, el juez a la hora de imputar responsabilidades no atenderá nunca a la titularidad de aquellos, como al hecho mismo de su procedencia. También es el caso como veremos a continuación de la retención de ingresos salariales, en el que el origen de los fondos impone discriminar la retención que deba aplicarse. De este modo, por mucho que queramos abstraer la condición de los titulares del origen de los fondos, entiendo que si es conocida o se justifica el origen de aquellos no cabe desconocer esta circunstancia, pues como hemos pretendido sustentar, los fondos no pierden la condición con la que fueron aportados sino hasta que se confunden con el resto del movimiento contable de la cuenta¹⁶.

De este modo, la supuesta prevalencia de la relación interna no debe confundirse con una suerte de habilitación que legitime para detraer una parte de los fondos con exclusión de su origen. El caso más relevante a propósito de esta situación es el de las cuentas corrientes en el que se ingresan periódicamente sueldos o pensiones y hasta qué punto el hecho de su ingreso en cuenta excluye las limitaciones en orden a la embargabilidad de las percepciones salariales. Conforme a la interpretación que hemos postulado el ingreso en cuenta determina su aplicación al pago de las domiciliaciones constituidas sobre la cuenta y al resto de recargos a que la misma esté afecta quedando confundido con el resto de los movimientos de cargo y abono hasta su completa liquidación. Tal integración dentro del marco contable de algún modo desnaturaliza su condición primigenia como consecuencia de la voluntad de las partes de destinarse al pago de los recargos domiciliados en la cuenta y al resto de la operativa de la cuenta. Lo cierto, sin embargo, es que como veremos el legislador no ha excluido de modo absoluto su condición de percepciones salariales, en el entendimiento que los ingresos no pierden relación con la condición que originariamente fueron aportados en la cuenta. Buen ejemplo de cuanto decimos es el caso enjuiciado en la SAP Barcelona 19.03.2009 (RJ 182/2009) en el que se aborda el caso de la constitución de un fondo de pensiones a favor de la esposa, fondo que fue domiciliado en una cuenta corriente

¹⁶ Esto no se debe a ningún títulos atributivo propio, sea a títulos oneroso o gratuito, sino al carácter fiduciario que es propio de este tipo de contratos, en el que incorporados los fondos al movimiento contable no cabe determinar a priori la naturaleza o condición de aquellos, y esto no por ninguna razón de orden superior sino porque en la mayoría de los casos es imposible o muy difícil discriminar la procedencia y el destino de aquellos.

de titularidad exclusiva del esposo y en el que las cantidades percibidas con base aquel se confunden con el resto del movimiento contable. La sentencia hace aplicación de la presunción de donación del art. 39 del Código de Familia atribuyendo a ambos esposos la titularidad del fondo, más consciente de la imposibilidad de proceder a la atribución de los fondos difiere para la ejecución de sentencia la distribución de las cantidades correspondientes.

Pero si esto es así, también lo es, que tal condición no se extiende de forma indefinida en el tiempo, así en el caso del procedimiento administrativo transcurrido un mes sin que los mismos sean gastados, aquellos pierden esta condición, para pasar a tener la de ahorro habilitando por tanto su embargo conforme a las reglas ordinarias (art. 171.3 de la LGT)¹⁷. Tales previsiones demuestran como los fondos conservan su condición al entrar en la cuenta, pero ésta no puede durar más del tiempo estrictamente previsto para atender la finalidad a que se encuentran afectos, esto es, que si las percepciones están periodificadas mensualmente, la afectación no podrá exceder más del tiempo al que responde tales remuneraciones. Así, si el salario tiene una estipulación mensual como contraprestación de los servicios prestados por el trabajador durante el curso de un mes, transcurrido este término se habrá de entender que los fondos pierden aquella condición para confundirse con el resto de los efectos de la cuenta al pasar a tener la condición de ahorro. En este mismo sentido, la LJS de 2011 en su artículo 254.2 previene que los saldos, depósitos u otros bienes, y en general cualquier otro bien embargable, son susceptibles de embargo con independencia de la naturaleza de los ingresos o rentas que hubieran podido contribuir a su generación. A estos efectos, las limitaciones absolutas o relativas de inembargabilidad que puedan afectar a ingresos o rentas de carácter periódico conforme al artículo 607 LEC se aplicarán a partir del embargo en el momento de la generación o devengo de cada una de las mensualidades o vencimientos de tales rentas.

3.2. El embargo de saldos en descubierto

Un supuesto especial de embargo es el caso de los embargos de los saldos en descubierto, aquellos en los que el que banco se obliga a adelantar las cantidades debidas hasta un cierto límite para saldar los eventuales descubiertos de los cuenta partícipes. Se plantea también la duda en aquellas cuentas corrientes en que no existe saldo para hacer efectivo el embargo, de si el banco se encuentra obligado a cubrir la cantidad reclamada en concepto de embargo a cuenta de un descubierto.

¹⁷ Se señala en dicho precepto que “cuando en la cuenta afectada por el embargo se efectúe habitualmente el abono de sueldos, salarios o pensiones, deberán respetarse las limitaciones establecidas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, mediante su aplicación sobre el importe que deba considerarse sueldo, salario o pensión del deudor. A estos efectos se considerará sueldo, salario o pensión el importe ingresado en dicha cuenta por ese concepto en el mes en que se practique el embargo o, en su defecto, en el mes anterior”.

Este es el caso objeto de la SAP Palencia 9.10.2000 (RJ 350/2000), en este caso la entidad financiera satisfizo el descubierto creado por un embargo de bienes y procedió posteriormente a repetir frente al cliente. La sentencia declaró entonces que es evidente que si en una cuenta corriente no hay saldo, es que no hay dinero susceptible de ser embargado, de ahí que en la propia diligencia de embargo se indicara que se declaraban embargados los saldos de todas las cuentas, hasta cubrir el importe indicado o hasta donde alcance dicho saldo de las cuentas embargadas, sin que en ningún caso se pueda considerar cumplimentado un embargo a costa de generar un descubierto en una cuenta comente, ya que no hay dinero susceptible de ser embargado, y no hay autorización del cliente para generar tal descubierto. La sentencia estima que el hecho de haber pagado por cuenta del deudor, no es óbice a lo que dispone el artículo 1158 CC, puesto que el pago se ha hecho en contra de su voluntad (como lo pone en evidencia el que se tratara de un embargo), por lo que lo único que le cabe a la entidad es alegar frente a la Tesorería General de la Seguridad Social que ha efectuado un pago indebido, teniendo acción la entidad para reclamar la devolución de lo indebidamente abonado, mientras la acción esté viva. En realidad lo que se refiere la sentencia no es tanto al ejercicio de una acción por cobro de lo indebido del artículo 1895, obviamente lo satisfecho es debido y el *accipiens* tiene todo el derecho a su cobro, como al ejercicio de una acción de repetición en el que el banco podrá repetir contra el deudor todo lo que le hubiese sido útil al pago conforme al último inciso del artículo 1158 CC. Lo que es claro, que lo que no es posible es proceder adelantar cantidades a cuenta de estos conceptos en orden a evitar el embargo de bienes, porque el embargo por su naturaleza implica la voluntad contraria de la persona embargada a pagar las cantidades que se le reclaman, de ahí que sea impensable que el cliente autorice que estos adelantos.

3.3. Régimen jurídico del embargo de las cuentas corrientes de titularidad indistinta

Como hemos visto originariamente la doctrina y la jurisprudencia, no sin reticencias, asimilaron el contrato de cuenta corriente, al contrato de depósito irregular, de modo tal que la posición jurídica del titular de la cuenta respecto de los fondos existentes en el banco se equiparó a una relación propiamente dominical. En tal sentido suele citarse el art. 27 del Decreto de 14 marzo de 1993 que aprobó el Estatuto de las Cajas de Ahorros, entonces Cajas Generales de Ahorro Popular, en el que se reconocía a cada uno de los titulares indistintos la propiedad de la integridad del saldo.

Sin embargo, superadas estas previsiones por anacrónicas y contrarias al sistema de fuentes, la jurisprudencia vino a distinguir la relación interna y externa del contrato, dando preferencia a los derechos de los cuenta partícipes en cuanto estos puedan exteriorizarse de alguna manera. En este sentido se posiciona LUCES GIL (2005, p. 19) quien señala que en estos casos de pluralidad de titulares, tanto el embargo como la retención judicial deben limitarse a la parte del saldo o depósitos que corresponda realmente al ejecutado con base en las información facilitada por el banco, por el ejecutante o por los demás cotitulares de la cuenta. Por tal razón siempre que existan indicios probatorios que permitan inferir razonablemente en qué proporción corresponden al ejecutado los fondos de la cuenta

compartida, la parte del saldo que corresponda a terceros debe quedar libre de embargos y de la retención consiguiente.

Esta relación interna como ha quedado también indicado viene determinada inicialmente por la aportación de los fondos, en la medida que careciendo el negocio de gestión de carácter excluyente, los activos no dejan de perder la condición que tuvieran en su origen. Sin embargo, la distribución de los activos en atención a su origen no es una tarea en absoluto clara, pues el hecho, es que los activos disminuyan o no, depende tanto o más de los ingresos en cuenta como de las domiciliaciones y cargos que puedan hacerse con cargo a la misma cuenta. Entiendo que resultaría manifiestamente abusivo, como ordinariamente se suele hacer, el atender tan sólo al origen de los activos como si estos fueran un ente corpóreo susceptible de exclusión y extraño al resto de los movimientos que en la misma cuenta se operan. Otra cosa como veremos es que la ley, consciente de la imposibilidad de proceder a su liquidación y determinación de la imputación de los fondos, en un momento dado, proceda a establecer una presunción sobre la distribución de aquellos.

Resulta por tanto manifiesto que si el origen y el destino dado a los fondos es determinante en orden a fijar la titularidad de aquellos, el movimiento contable hace difuminar su condición originaria para destinarse a las finalidades previstas en el negocio jurídico subyacente, pago de domiciliaciones, gastos de gestión, intereses, etc. Puede darse la circunstancia de que las partes hayan convenido contractualmente el destino de aquellos con anterioridad a la constitución de la cuenta, pero lo normal en la vida diaria es que el ingreso y salida de los fondos no quede afectado a priori a un plan previo preconcebido, simplemente quedan incorporados al movimiento contable al objeto de dar satisfacción a unas finalidades concretas de carácter doméstico, comercial o meramente de gestión administrativa¹⁸.

¹⁸ Véase en este sentido STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 5ª, (RJ 440/2007, Gandarillas Martos), en el que se señala En el presente litigio, entre la socia mayoritaria (al 99%) y la sociedad, se contabilizaron bajo el asiento de cuentas comerciales, una serie de movimientos consistentes en determinadas cesiones unidireccionales de capitales de la socia a la sociedad, destinados por la entidad a efectuar algunas inversiones y a sufragar determinados gastos (como se manifiesta en el acta de conformidad levantada a la sociedad). Por otro lado, no consta la cesión de capitales de la sociedad a la socia. Por lo tanto sólo existían saldos favorables a la socia, tenían el carácter de saldos acreedores y que crecían continuamente, sin que conste la existencia de correlativas anotaciones de liquidación a los efectos fiscales. Luego, pese a la afirmación de la recurrente, estamos ante un préstamo o transferencia sucesiva y progresiva de capital de la socia a la entidad, lo que impide considerar la relación contractual como cuenta corriente mercantil. Debemos recordar que la actora tampoco ha acreditado el contrato o relación pactada para hacer efectiva la cuenta corriente, ni se manifiesta la clase de negocios que dan lugar a los ingresos y pagos que se anotan en la cuenta, ni se especifica la fecha de cierre o liquidación de la cuenta corriente. Estas entregas merecen la calificación jurídica de préstamo y deben valorarse con arreglo al art. 8 de la Ley del IRPF de 1991, en relación con el artículo 16.3 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades 61/78, como operaciones entre sociedades vinculadas, puesto que se trata de la cesión de capitales propios del socio a la entidad para su financiación.

La jurisprudencia, de este modo poco a poco ha venido reconociendo la posibilidad de afectación de los activo, haciendo abstracción del origen de los fondos y sin tener que justificar la distribución de aquellos en una situación contractual. Cabe citar en tal sentido la paradigmática STS 7.11.2000, (RJ 1010/2000): “Tales depósitos indistintos no suponen por ello comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a cuanto dispongan los tribunales sobre su propiedad. Por ello, el mero hecho de apertura de una cuenta corriente bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos o más personas, lo único que significa “prima facie”, es que cualquiera de los titulares tendrá frente al Banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, pero no determina por sí solo la existencia de un condominio que vendrá determinado únicamente por las relaciones internas y, más concretamente, por la propiedad originaria de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta”. En este mismo sentido, las SSTs de 19.10.1988 (Roj. 9716/1998), 8.2.1991 (Roj 702/1991), 23.5.1992 (Roj 4132/1992), 15.7.1993 (Roj 5339/1993), 21.11.1994 (Roj 7495/1994), 19.12.1995 (Roj 6498/1995), 7.6.1996 (Roj 3464/1996), 29.9.1997 (Roj 5730/1997), 5.7.1999 (Roj 3524/1994) y 29.5.2000 (Roj 526/2000).

El legislador al abordar el procedimiento de recaudación, consciente de la imposibilidad de distribuir el saldo ha establecido un sistema de presunciones, cuyo origen se remonta a la redacción dada al art. 6.d) 3 de la Ley 50/1977, de 14 noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, que creó el Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio, exigible a partir del 31 de diciembre de 1977¹⁹. Según dicho precepto legal “los saldos medios de las cuentas de titularidad múltiple serán prorrateados por igual entre los cotitulares, salvo que éstos hayan establecido diferente proporción”; frente a tal previsión legal, el Reglamento General de Recaudación de 1990, en su art. 120.3.a) excluyó este sistema de presunciones, señalando que en el caso de “cuentas de titularidad indistinta con solidaridad activa frente al depositario, habitualmente denominadas cuentas indistintas”, la administración quedaba facultada para retener la totalidad de los saldos, aunque el deudor sea uno solo de los titulares, ignorando así, mediante un precepto con rango de mero Reglamento, lo que dispone una Ley sustantiva como es la citada norma. Por tal razón el precepto fue anulado por la STS 17.10.1994 (Roj 19667/1994). Derogada la norma legal, la situación no resultaba

¹⁹ El origen de este tipo de presunciones se remonta a un momento muy anterior, por causa de la desconfianza con que la Administración Tributaria ha tenido para este tipo de cuentas. Ésta siempre vio con desconfianza estos supuestos de cotitularidad indistinta como medio para verificar desplazamientos posesorios, exentos al control fiscal. En tal sentido SESMA SÁNCHEZ (1993, p. 6) señala como ejemplo típico y de los más antiguos de esa reacción de las leyes tributarias para evitar este tipo de fraudes la Ley de presupuestos francesa de 31 marzo 1903. En efecto, como consecuencia del aumento importante de los impuestos sucesorios establecido por la Ley de 25 febrero 1901, se difundieron de forma extraordinaria y con propósito de evasión, las cuentas indistintas (“comptejoint”), y de ahí la severa reacción de la Ley de 1903 en cuyo art. 7 se obligaba a las entidades bancarias a informar a la Administración Tributaria en un breve plazo, de la apertura o existencia de ese tipo de cuentas y de quiénes eran sus titulares, así como de su importe y compensación a la muerte de uno de los titulares, estableciendo finalmente, la presunción salvo prueba en contrario, de que los títulos y los valores de estas cuentas pertenecen, por cuotas viriles a cada uno de los titulares. Postulados que siguen inspirando en Francia el tratamiento fiscal de estas operaciones como lo demuestra la actual redacción del art. 753 del “Code General des Impôts”.

para nada clara, en la medida que el precepto legal que fundamentaba la anulación había sido derogado, implícitamente, por la Ley del Patrimonio de 1991. Sea como fuere el artículo 171 LGT consagró la posición contraria a la embargabilidad de los saldos, restableciendo la presunción por cuotas, estableciendo en el art. 171: “Cuando los fondos o valores se encuentren depositados en cuentas a nombre de varios titulares sólo se embargará la parte correspondiente al obligado tributario. A estos efectos, en el caso de cuentas de titularidad indistinta con solidaridad activa frente al depositario o de titularidad conjunta mancomunada, el saldo se presumirá dividido en partes iguales, salvo que se pruebe una titularidad material diferente”²⁰.

En definitiva, como señala MUÑOZ PLANAS, al menos en el ámbito de la recaudación ejecutiva, siendo el deudor uno sólo de los titulares, la Hacienda únicamente puede embargar la cuota resultante de dividir el saldo entre el número de titulares salvo que se acredite una titularidad material de los fondos diferente²¹. No obstante, no debemos olvidar que lo que está estableciendo la ley es una presunción que no tiene por qué responder a la realidad y que resulta bastante discutible que pueda hacerse extensiva a otros títulos atributivos. El procedimiento tributario carente de la posibilidad de articular la tutela judicial de los derechos de tercero, requiere este tipo de presunciones para que pueda desenvolverse la eficacia ejecutiva que se predica del acto administrativo. Pero precisamente el que estemos ante una presunción no nos puede hacer olvidar que la titularidad indistinta de la cuenta lo único que atribuye a los titulares frente al banco depositario son facultades dispositivas del saldo que arroja la cuenta, pero no determina por sí sólo la existencia de un condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos o más titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá de venir determinado únicamente por el origen de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta y la aplicación que a los mismos se le haya dado. Se trata en suma de meros derechos de reintegro de las cantidades aplicadas por cada uno de los cuenta partícipes dentro de este movimiento contable que es propio del tráfico jurídico financiero.

²⁰ En términos semejantes se pronuncia el RD 1415/2004, de 11 de junio: “Cuando el dinero se encuentre depositado en cuentas corrientes o de ahorro a la vista a nombre de varios titulares, ya sean las cuentas de titularidad indistinta con solidaridad activa frente al depositario, habitualmente denominadas cuentas indistintas, ya sean de titularidad conjunta o de mancomunidad activa frente al depositario, el embargo podrá alcanzar a la parte del saldo correspondiente al deudor, entendiéndose que corresponde a partes iguales a los titulares de la cuenta, salvo que de los términos del contrato se desprenda otra cosa o que se pruebe una titularidad material de los fondos diferente. A tales efectos, el Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social o los Directores Provinciales podrán autorizar o efectuar los requerimientos sobre operaciones, activas o pasivas, que hayan tenido lugar en las cuentas, cuando se consideren necesarios para probar las relaciones reales entre los cotitulares y la auténtica titularidad material sobre los fondos depositados, con el fin de limitar el embargo a los que efectivamente correspondan al deudor”.

²¹ El embargo de una cantidad superior a la que resulte de la prueba aportada en su defecto de la división por cuotas viriles sería nula, véase entre otras STSJ Cataluña 4.6.1998.

Se entiende, así, que lo que se debe tener en cuenta a la hora de un embargo no es tanto la titularidad de la cuenta, lo que en realidad se refiere a la relación externa, como a las facultades de disposición sobre el saldo en el caso de que este exista. Son estas facultades las que deben de quedar afectadas por la traba en la medida en que si no fuese así el embargo sería ilusorio al poderse sustraerse a la garantía constituida mediante la disposición del saldo²². Debe recordarse que el embargo en principio no supone un despojo, sino únicamente la afectación de los bienes mediante la constitución de una garantía que permita posteriormente saldar la deuda, pero hasta que esto no se produzca en principio la situación quedará imprejuzgada. De este modo a la hora de proceder al embargo, no cabe hacer presunciones de ningún tipo, existe un estado externo, sustentado en las facultades de retirar la totalidad del saldo existente en la cuenta, y es esta ostentación externa a la que cabrá hacer extensivo el embargo, todo ello al objeto de impedir que la disposición del saldo pueda desenvolverse en perjuicio del derecho del acreedor ejecutante.

A partir de aquí los criterios para la resolución del derecho de los partícipes que se vean afectados, depende de la posición que se ostente respecto de lo que pueda ser objeto de embargo según la preponderancia se dé a la relación interna o a la externa.

Para quienes dan prevalencia a la relación interna y ante la dificultad de proceder a distribuir por cuotas, la falta de prueba debe reconducirnos a hacer aplicación de lo dispuesto en los artículos 393.2º y 1.138 CC, declarando la propiedad por partes iguales de los saldos (MUÑOZ PAREDES y MUÑOZ PLANAS [2003, p. 354], SESMA SÁNCHEZ [1993, p. 14]). Resulta muy clarificadora de esta posición doctrinal, la SAP Jaén 4.5.1996 (La Ley 12458/1996) quien señala que “la facultad solidaria o indistinta de operar sobre la cuenta bancaria es sólo una modalidad de ejercicio, un derecho o facultad contractual de los titulares frente al banco, que agota en esta forma de operar, sin exigir la conformidad o firma de los demás, sus efectos sin incidir ni determinar de quien sea la titularidad real de los fondos depositados, que es cuestión ajena al banco. En definitiva los titulares indistintos no ostentan per se derecho dominical ni su existencia presupone una comunidad de dominio para cuya declaración de propiedad habrá de estarse a lo que resuelvan los Tribunales en cada caso concreto (por todas STS 16 de junio de 1965 o 11 de julio de 1988), aceptándose entre tanto, como válida la apariencia ante terceros de prorratear el dominio en tantas partes como titulares existan (art. 1138 CC y STS 22 de noviembre de 1994).”

²² En tal sentido MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES (2003, p. 317) citan la opinión de Ascarrelli, en el que comentando un caso ante el fisco brasileño, sostiene, respecto a la posición del acreedor de un coacreedor solidario que el objeto de la ejecución no era directamente la totalidad del crédito, ni tampoco la cuota del ejecutado sino la posición del derecho de al coacreedor solidario ejecutado o sea su derecho a cobrar la totalidad del crédito, pero, advierte, dejando a salvo la responsabilidad regresiva para con los demás acreedores solidarios.

Por el contrario quienes sostienen que lo que es objeto de embargo es la posición jurídica que ostenta el titular de la cuenta frente al banco, lo que es objeto de embargo es el derecho de disposición sobre la cuenta, razón por la cual estiman que tal derecho le habilita para la retirada de la totalidad de los fondos. Siendo esto así, ni cabe hablar de comunidad de clase alguna, (artículo 393.2º CC), ni entender que el crédito o deuda deba presumirse en partes iguales, ni reputarse créditos o deudas distintos unos de otros, como es propio de las obligaciones mancomunadas (1138 CC). Existe un derecho, una facultad de disposición de fondos frente al banco, y el acreedor está en su derecho para reclamar en subrogación del derecho que corresponde al ejecutante la totalidad del crédito conforme a las previsiones del artículo 1111 CC²³. El supuesto carácter subsidiario de la acción subrogatoria no supone un obstáculo, pues las normativas reguladoras de los procesos de ejecución, tanto la LEC como el Reglamento General de Recaudación, parecen dar a entender la exclusión de tales previsiones el caso de la realización de derechos de créditos de carácter pecuniario, tanto si son realizables en el acto como si se hayan sujetos a condición o plazo²⁴. De entenderse así, la preferencia vendrá determinada exclusivamente por el ejercicio del derecho conforme al principio *prior in tempore*, sin atender a ninguna otra consideración y todo ello sin perjuicio de las acciones que los eventuales afectados puedan dirigir frente al deudor, acciones que en todo caso, dado su carácter personal no afectará en modo alguno al ejecutante²⁵.

Desde nuestro punto de vista la solución que se adopte debe de partir del carácter fiduciario de este tipo de contratos, en el que la relación interna se ve oscurecida por el necesario dinamismo en la gestión de los efectos más realizables, principalmente flujos de tesorería para atender a las necesidades más apremiantes. Esto hace exteriormente difícil conocer la finalidad a que responden los fondos pero el hecho de que la causa no quede expresada no quita a que los titulares de la cuenta no puedan demostrar que exista (art. 1277 CC). Entre tanto el ejercicio de este derecho vendrá determinado por el carácter personalísimo o no de la acción de reintegro de los fondos y la posibilidad de hacer extensiva el ejercicio de la llamada vía subrogatoria. En tal sentido, como señala SESMA SÁNCHEZ (1993, p. 14) el ejecutante de un derecho de crédito, no puede modificar a su conveniencia la configuración del derecho que pertenece al titular indistinto, es decir, no

²³ Véase en contra de una exigencia cumplida de excusión de los bienes del deudor, CRISTOBAL MONTES (1995, pp. 89 y ss.), quien discrepa de la posición tradicional sostenida, por Díez-PICAZO (1993, p. 745) y LACRUZ BERDEJO (1985, pp. 327-328).

²⁴ En tal sentido, no debemos de olvidar que nuestro CC regula la cesión de créditos al tratar de la compraventa como una modalidad especial de este tipo de negocios, y es lo cierto, que el embargo y la posterior realización en pública subasta no ha dejado de tener en nuestro una remisión directa a las normas de la compraventa.

²⁵ También se muestra favorable al embargo de la totalidad del saldo VALPUESTA GASTAMINZA (1992, pp. 115 y ss.) quien considera que si el sujeto cuyos bienes son objeto de embargo puede por sí solo efectuar la total disposición de los fondos “parece lo más lógico que toda la cantidad existente en la entidad de crédito [...] sea objeto de embargo” aunque –afortunadamente añade– “si la propiedad de todo o parte, no le correspondía a él el (o los) verdaderos propietarios podrán interponer las acciones pertinentes”.

puede trabar exclusivamente el derecho de crédito y obviar el derecho de propiedad que sobre los fondos depositados pueda tener tal titular. El problema es determinar ¿hasta qué punto el ejercicio de las facultades dispositivas derivadas de la relación externa puede afectar a los derechos personalísimos que surgen en el marco de la relación interna? Para el correcto entendimiento de esta cuestión SOPENA GIL (1993, p. 149) remite a las contradictorias previsiones contenidas en el Código Civil en los artículos 1141 a 1143. El artículo 1141 permite que cada uno de los acreedores solidario pueda hacer lo que sea útil a los demás, pero no en cambio lo que les sea perjudicial. No cabe duda, señala dicho autor que es perjudicial que se embargue el total saldo de una cuenta cuando uno de los titulares sea el deudor embargado. En cambio, el artículo 1143 faculta y legitima a los acreedores solidarios individualmente para llevar a cabo individualmente los más importantes actos modificativos y extintivos del derecho de crédito. Se estima que el artículo 1143 responde a la tradición romanista de solidaridad, y por consiguiente, a los principios tradicionales que han inspirado esta figura mientras que el artículo 1141 se encuentra más en una línea de pensamiento que configura la solidaridad como una pura relación asociativa, inserta en el régimen de solidaridad, con principios inspiración diferentes y extraños a ella. Obviamente en el supuesto, pongamos por caso de que la relación interna estuviera fundamentada en un fideicomiso de residuo no parece que el ejercicio por el acreedor del derecho de resarcimiento de la totalidad de la cuenta pueda quedar limitado. Sin embargo, en la mayoría de los supuestos la relación precedente suele estar fundamentada en una relación de gestión o confianza que tiene una connotación personalísima que impide al acreedor subrogarse sin más en el ejercicio de estos derechos. Así, en el supuesto del gestor de una sociedad o de cualquier forma gestión participativa, el ejercicio de facultades por el acreedor de las facultades de gestión puede afectar al carácter personalísimo en virtud de la cual aquellos fueron otorgados, quedando en consecuencia excluido del ejercicio de la acción subrogatoria al resultar inherente a la persona el derecho ejercitado.

En el caso de Italia la regulación del embargo de cuentas corrientes depende directamente de la sistemática empleada por las leyes procesales italianas respecto del objeto del embargo. El *Codice di Procedure Civile* distingue los efectos del embargo según se trate de bienes inmuebles, muebles o de créditos que el ejecutante ostente frente a tercero, “*pignoramento presso terzi*”. En este último caso los bienes embargados, que efectivamente no pertenecen al deudor embargado, quedan condicionados a la efectividad de la pretensión que el deudor pueda tener frente a tercero (arts. 543 y ss. CPC). En el caso de cuentas corrientes la jurisprudencia ha reconducido este tipo de embargos a las previsiones contenidas en el Cap. III, título II, del libro III. En tal sentido, la Sentencia de la Sala Civil, Casación, Sección I, 12.1.1995, RJ 336 y la Sentencia de Casación Civil, Sección III, 9.10.1998, RJ 10028 (Giust. Civ.. 1999. I. 12471) señalan respecto del tema de créditos embargados a terceros, que “cuando el embargo recae sobre el crédito a la restitución de la suma depositada sobre una cuenta depositada a favor de varias personas, y el acreedor hubiese procedido a afectar a la ejecución el crédito entero, en lugar de la cuota del deudor, tal circunstancia no impide llevar a efecto el embargo sin perjuicio del derecho de los cotitulares de la cuenta de impugnar el embargo mediante la presentación en forma de la correspondiente tercería dentro del término procesal establecido al efecto. Sin embargo, aunque la acción de tercería no fuese presentada en tiempo, no por ello el titular de la cuenta deja de tener la posibilidad de ejercitar su derecho conforme al artículo 180 del Código de Procedimiento Civil, pudiendo todavía actuar contra el cesionario del acreedor para obtener la devolución de lo que así fue recibido”. Tales previsiones sin embargo deben de ser matizadas tras la ley de estabilidad

de 2013 que ha condicionado el ejercicio de este derecho a que se dé respuesta al requerimiento que eventualmente se pueda dirigir al deudor conforme a los arts. 548 y 549 del Código de Procedimiento Civil. También en Alemania, según MUÑOZ PAREDES y MUÑOZ PLANAS (2003, p. 333), algunas decisiones judiciales han admitido la procedencia de un embargo del total del saldo, sobre la base de que lo embargado es el derecho de disposición que es por el todo y con fundamento una interpretación literal del § 771 ZPO, opinión que mantiene también varios autores citados por el mismo autor Schön. E. BANK und BÖRSENRECHT, Beck 1974, p. 105, Canaris Bankvertragsrecht Gruyter; 2., vollstandig neubearbeitete und erw. Aufl edition, 1981, p. 155, HÜFFER, ÜWE y VAN LOOK. Rechtsfragen zum Bankkonto, Koln : RWS-Verl. Kommunikationsforum, 2000, p. 112, estos últimos autores niegan incluso la posibilidad del ejercicio tercera de dominio de los otros cotitulares. En contra K. SMITDT en Münchener Kommentar BGB 3ª edic., Munchen 1997, sub § 741, núm. 51, pág. 636 quien excluye el embargo total por deudas individuales y Hanssen Die Rechtsnatur von Gemeinschaftskonto und depot, 1967, p. 59 y ss. que admite la tercera de dominio.

3.4. La posición de la persona autorizada en el contrato de cuenta corriente

Llegados a este punto, se plantea el caso, de que eficacia puede tener el embargo respecto de la posición de la persona simplemente autorizada a retirar fondos. Conforme a lo que se ha venido postulando la presunción de titularidad por cuotas viriles del artículo 171.2 LGT determina no sólo que deba presumirse la pertenencia por partes iguales del saldo existente sino que también deban quedar excluidas de dichas presunciones de pertenencia, quienes aun cuando tengan facultad de disposición del saldo, no figuren como titulares de la cuenta²⁶.

Ha de tenerse presente, sin embargo, que el hecho de que no pueda hacerse prevalecer tal presunción no excluye la posibilidad de que pueda probarse de otro modo, pues como hemos venido señalando, la relación externa de los titulares respecto del banco no tiene por qué responder con la titularidad de los fondos. Desde este punto de vista, la posición entre el titular de la cuenta y quien únicamente tiene facultades de disposición sobre el saldo no son distintas²⁷.

No cabe en este caso alegar que estamos en el caso de un mandato, puesto que la retirada de fondos se realiza por la persona autorizada por su cuenta e interés, no siendo de aplicación lo especialmente previsto para este tipo de contratos y si el de contrato a favor de tercero, posición jurídica respecto de la cual no existe ningún obstáculo para proceder a su embargo. Un paso firme en esta dirección se encuentra la STS 19.05.2008 (RJ 424/2008), que excluye expresamente la condición de mandatario a quien se encuentra autorizado a

²⁶ "Comentarios a la STSJ de Cataluña, de 17 de noviembre de 1998", *Estudios Financieros*, núm. 193, pp. 161-162.

²⁷ SOPENA GIL (1993, p. 152) para que el embargo pueda prosperar la cuenta embargada debe pertenecer contra la que dirige la diligencia de apremio y embargo. Para este autor, el mandatario actúa como un mero mandatario y en consecuencia no cabe el embargo de aquello que en principio no le pertenece, sin embargo el hecho de que formalmente figure con tal condición no excluye la posibilidad de que la titularidad última del fondo no le pertenezcan.

retirar fondos de una cuenta corriente (en este caso se trataba también de persona que luego fue incapacitada).

Reconozco que la cuestión es compleja porque es difícil conocer la causa de la autorización y hasta qué punto la relación interna cuando es conocida por tercero puede afectarle. Pero en el caso de la persona autorizada la delegación de la deuda y la posibilidad de exacción no es siempre clara, véase el caso del cónyuge al que se le ha atribuida la custodia de un menor y que se encuentra autorizado para recabar fondos o el también frecuente del guardador de persona internada en un asilo o de cualquier otro modo privado de la gestión de su patrimonio. Bajo nuestro punto de vista la posición de aquella es distinta durante la vigencia del contrato, que cuando por razón del fallecimiento del titular deba de procederse a su liquidación.

De este modo, se ha venido planteando la posibilidad del embargo de la posición jurídica de quien tiene la titularidad de una tarjeta de crédito domiciliada sobre una cuenta de otra persona. La posición jurídica de aquel y el autorizado por una cuenta corriente, no creo que sea distinta. MARTÍ LACALLE (2006, p. 148) destaca el hecho de que lo que el contrato de tarjeta de crédito otorga, única y exclusivamente a su titular es la expectativa de disponer de un límite cuantitativo, pactado previamente, cuando aquel utiliza la tarjeta para sacar dinero de un cajero o adquirir determinados bienes o servicios. La entidad emisora no acredita en la cuenta del titular cantidad alguna de la que pueda ir disponiendo, como ocurre, por ejemplo, en una póliza de crédito, ni concede un préstamo a su titular que pudiera ser embargado a los efectos de su realización en vía de apremio, sino que fija un límite, que constituirá el crédito en la medida de que se utilice o no la tarjeta. De este modo, hasta que el deudor no haga uso de esa facultad de mera disposición del saldo que le viene dada como titular de la tarjeta, no se consolida su derecho. Esta facultad en principio carece de cualquier contenido patrimonial, al no existir un abono previo de un saldo del que el titular pueda ir disponiendo, como sucede con las tarjetas de débito. Se ha de entender por tanto que la posición jurídica del titular de una tarjeta de crédito no es distinta de la del titular de la cuenta corriente a la que dichas tarjetas están vinculadas, normalmente una cuenta corriente o un depósito de fondos, y en las que, a priori, únicamente sería susceptible de embargo el saldo existente.

El Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía (resolución de 29.6.2004) se ha pronunciado, sin embargo, en sentido contrario, declarando no embargable el crédito de las tarjetas, dictaminando que no cabe identificar saldo indisponible con derecho de crédito exigible por el deudor frente a la entidad crediticia, ni se puede conminar a dicha entidad al ingreso inmediato en el Tesoro sin esperar siquiera a que el deudor haga acto de disposición del crédito, pues no se trata de fondos cuya puesta a disposición de un tercero pueda exigirse a la entidad de crédito que solo viene obligada a ponerlos a disposición de su cliente o, en su caso, de la Hacienda Pública, previa orden de disposición dada por el deudor. Sin embargo, y aunque habrá que esperar el pronunciamiento al respecto de las Audiencias Provinciales, no son pocos los Juzgados de Primera Instancia que han decretado el embargo del crédito de las tarjetas si bien de diferentes formas: mientras

que algunos juzgados declaran embargados, de forma genérica, los derechos de crédito que pudiera ostentar el ejecutado en virtud de la suscripción de contratos de tarjetas de crédito, otros efectúan la traba sobre dicho derecho especificando: sobre la parte no dispuesta y hasta el límite de disponibilidad.

3.5. Los derechos de tercero frente a la cuenta embargada

a) Derecho de retención y liquidación de la cuenta

En el curso de las anteriores líneas hemos postulado como para proceder al embargo de la cuenta corriente se hace preciso afectar el saldo mediante la retención del saldo existente. También hemos señalado, que esta afectación al procedimiento de apremio no puede desconocer los derechos de los cuenta partícipes cuando el derecho de aquellos quede exteriorizado de algún modo. El problema es hasta qué punto se puede oponer frente a la retención del saldo la existencia de operaciones pendientes de liquidación – generalmente en beneficio del propio banco (ej.: comisiones, gastos, recibos, efectos, etc.) –. Un ejemplo de este tipo de incidencias, especialmente contemplado por nuestros Tribunales, es el de descuento del importe de la diligencia de los gastos que ocasiona su tramitación (STSJ Madrid 28.9.2005 [RJ 1015/2005]), supuesto, que aunque referido a un embargo de créditos, resulta extrapolable a cuanto aquí se dice. Según SANTOLAYA BLAY (2008, p. 6) lo que verdaderamente se está defendiendo en tal caso es la existencia de posibles acreedores preferentes al ejecutante, en este caso la Hacienda Pública sobre el saldo en cuenta. Para la resolución de dicha cuestión, el Reglamento General de Recaudación de 2005 – como también el anterior de 1990 – han previsto un cauce específico, cual es el de la tercería de mejor derecho (arts. 117 y ss. del RGR). El Reglamento General de Recaudación de 2008, es tajante en este sentido, incorporando ahora una nueva precisión que no deja lugar a la duda: “el embargo debe ser ejecutado en sus estrictos términos”. La significación de este inciso es de la mayor importancia, prestando la modificación de 2008 una especial atención – lo menciona dos veces, una con carácter genérico, en su artículo 76.5 (“El embargo deberá ejecutarse en sus estrictos términos, sin perjuicio de que el obligado al pago pueda interponer recurso o reclamación económico-administrativa...”), y otra de modo específicamente referido al embargo de cuentas (“... la entidad depositaria deberá ejecutar el embargo en sus estrictos términos ...”), *ex* artículo 79.5.

Desde nuestro punto de vista, frente al automatismo y carácter reglado del embargo administrativo, en el caso del procedimiento civil tales conclusiones debe ser muy matizadas, en la medida que quien acuerda la realización de la traba es la propia autoridad judicial, y la posibilidad de reacción frente a eventuales excesos son bastante mayores que en el caso del procedimiento administrativo. Lo cierto, es que no existía hasta la fecha un trámite adecuado para resolver estas cuestiones dentro de nuestras normas procesales, tal falta de previsión, sin embargo ha sido corregida no por la existencia de precepto procesal o de cambio jurisprudencial en la materia, sino como veremos por la propia dinámica de los embargos telemáticos los cuales, discriminan según se trate de embargos a la vista o no. Sólo en el primero de los casos el embargo produce efectos automáticos, dando lugar a la

traba de los bienes y a la consecuente transferencia de cantidades a la cuenta del juzgado. Sin embargo, tratándose de embargos que no ostenten esta condición como son en definitiva los que se verifican sobre cuentas que tienen el saldo retenido, el embargo queda suspendido hasta que por el juzgado se ratifique o no el embargo por medio de los mecanismos de provisión ordinarios.

En todo caso debe de reconocerse la existencia de un principio general del derecho que impone la preferencia de los gastos de gestión de la liquidación por encima de cualesquiera otras consideraciones, lo que está dando lugar a que a la operativa de los bancos tomen en cuenta esta circunstancia para hacer las detracciones correspondientes a los gastos de gestión. Lo cierto del caso, es que esta operativa sin embargo no tiene siempre la publicidad necesaria, echándose de menos la necesaria homogeneidad en el tratamiento de estas cuestiones y la necesaria transparencia para el usuario.

b) Saldos retenidos

En la práctica bancaria, los ingresos asentados en cuenta por cheques, pagarés, efectos, recibos y, en general, documentos de giro, no tienen carácter definitivo, sino que se practican "salvo buen fin". Quiere ello decir que solamente en caso de que el librador del documento acepte el correspondiente cargo en origen (en cuentas de la misma entidad o de otra distinta, en este segundo mediante la correspondiente compensación a través de cámara), quedará consolidado el ingreso. Hasta que este ocurre, no se produce un movimiento contable propiamente dicho, dando lugar únicamente a un mero apunte provisional, susceptible de eventual retrocesión ulterior.

Como ha quedado señalado, el saldo no es más que una operación aritmética de compensación entre el debe y el haber de la cuenta. El problema que se plantea es si es posible equipar el saldo descontado al resto de los movimientos contables. GARCÍA-PITA y LASTRES (1983, p. 154) y SOPENA GIL (1993, p. 172) cita la STS 29.4.1983, (LA LEY 35776-NS/0000) en la que se entiende que sí es posible realizar tal equiparación, pues lógicamente si el valor de las remesas representadas por tales efectos cambiarios ha sido abonado en aquellas donde se produjo el correspondiente asiento, al encontrarse el banco contractualmente obligado a efectuar el contrasiento en caso de impago de los efectos por sus deudores.

La situación de interinidad que dicha circunstancia determina se salva mediante la creación del concepto de "saldo retenido", que aunque integrado en el "saldo contable", no es disponible en tanto la pendencia no se diluye. Así pues, el saldo disponible de la cuenta es el saldo contable menos el retenido. Por ejemplo, tratándose de cheques, la duración del lapso provisional es el de los dos días hábiles siguientes al asiento del documento, si éste ha sido librado por entidad diferente a la que mantiene la cuenta de ingreso.

Para SANTAOLAYA BLAY, a pesar de ello la entidad debe consignar en la diligencia de embargo el saldo contable —matizando la parte del mismo disponible en dicho

momento —, nunca el disponible sin más. Para este autor lo contrario supondría incumplir la orden de embargo (art. 42.2. letra b, de la Ley 58/2003), porque del mismo modo que ese saldo diferencial (retenido) sólo devendrá saldo efectivo (contable) “salvo buen fin”, también sólo “salvo buen fin” quedará embargado²⁸. Pero para que, en su caso, pueda serlo debe quedar constancia fehaciente de su existencia y montante al tiempo del embargo. Ningún temor debe albergar, pues, la entidad financiera por el hecho de su consignación, porque si a pesar de haberla practicado finalmente no se convierte en saldo contable, no quedará incluido en la traba (STJS Canarias 8.7.2003 [RJ 627/2003]).

Desde siempre la doctrina financiera ha estudiado con gran detenimiento la constitución de derechos de prenda sobre valores y otros activos financieros, cuya pignoración no ha presentado especialidades dificultades, atendida su incorporación a títulos valores susceptibles de transmisión y detentación posesoria. Sin embargo, cuando es dinero en cuentas lo que se pignora (corrientes, de ahorro y a plazo), la pignoración representa un salto cualitativo atendida la variabilidad de su objeto y la posibilidad de exclusión de la garantía mediante la retirada de los fondos. Para evitar estas dificultades, el tráfico jurídico ha asimilado las facultades de exclusión posesoria propias de la pignoración a la posibilidad de inmovilización del saldo descontado, en su caso, las correspondientes comisiones, para lo cual se suele constituir un depósito indisponible. Si de cuentas pignoradas se trata, éstas no pueden ser canceladas antes del vencimiento —si lo son, el saldo queda afecto a una cuenta indisponible— (corrientes y de ahorro) o su vigencia se entiende automáticamente prorrogada a su vencimiento inicial (imposiciones a plazo).

Llegada la necesidad de hacer efectivas las obligaciones de pago con cargo a la garantía constituida, la entidad financiera procede a la enajenación de los títulos, sobre la base de la orden expresa e irrevocable de reembolso que a su favor otorga inicialmente el titular de los bienes pignorados. En caso de pignoración de saldos, procede directamente a su aplicación a dicha cancelación, mediante la oportuna compensación, también autorizada de forma genérica en un inicio. Lógicamente, cuando menos volátil sea el activo pignorado, el riesgo asumido por la entidad es menor. En el caso límite de volatilidad nula (depósitos), dicho riesgo también se anula. Del mismo modo, a igual volatilidad (no nula), cuanto mayor sea la frecuencia de reposición de títulos en menor riesgo incurre la entidad.

Esta praxis financiera es desconocida en nuestro Código de Comercio (en adelante, CCo) el cual regula únicamente la prenda de valores cotizables (arts. 320 a 324 CCo) y la de mercancías representadas por títulos de crédito (art. 196 CCo), sin embargo la extensión de estas previsiones al contrato de cuenta corriente no presenta especiales dificultades si lo que se pretende es la prenda del saldo disponible en un determinado momento mediante la retención de aquel por la entidad financiera mediante la técnica prevista para el embargo de saldo disponible, resultando más difícil como hemos visto para el caso de lo que se pretenda es dar preferencia a una determinada operativa dentro del contrato de cuenta corriente.

²⁸ SANTAOLAYA BLAY (2008, p. 122).

Según SANTOLAYA BLAY de la regulación del CCo interesa aquí poner de manifiesto los siguientes extremos: a) Se aplica tanto a la pignoración por razón de un préstamo como de cuentas corrientes de crédito abiertas en entidades de crédito (arts. 320.1º CCo); b) El prestador tendrá sobre los valores pignorados derecho preferente de cobro (art. 320.2º CCo); c) En lógica concordancia con lo anterior, los valores pignorados no están sujetos a reivindicación mientras no sea reembolsado el prestador (en general, el acreedor), sin perjuicio de las acciones que correspondan al titular desposeído contra aquellos que lo hubieren privado de los mismos (art. 324 CCo). No teniendo la condición de título cotizable en un mercado secundario oficial, la realización de la prenda se verificará mediante un procedimiento menos ágil, a través del artículo 1872 CC. En este otro caso la venta tiene lugar mediante subasta pública bajo tutela notarial. En el caso de la pignoración de créditos, el artículo 1865 CC establece una norma especial, al objeto de impedir cualquier maniobra en orden a sustraer estos efectos al tráfico jurídico mercantil, al afirmar que “no surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha”. Sin este requisito – otorgamiento en escritura pública o póliza –, la pignoración no sería oponible frente a tercero. Así, no puede oponerse la pignoración celebrada en documento privado, pues tal clase de documentos sólo surte efectos entre las partes y sus causahabientes, y ello a condición de que sea reconocido legalmente. Podría pensarse que es cosa distinta su acompañamiento de alguna de las circunstancias que advierte el posterior artículo 1227 CC (incorporación o inscripción en Registro público, fallecimiento de cualquiera de sus signatarios o entrega a un funcionario público por razón de su oficio), en la medida en que en tal caso la fecha del documento se presume cierta desde ese momento, sin embargo no estamos ante un requisito de forma reconducible por los trámites de los artículos 1279 y 1280 CC, sino un requisito constitutivo de la prenda para poder tener virtualidad frente a tercero.

Pudiera pensarse que dado la inexistencia de un desplazamiento posesorio esta modalidad pignoratia resulta reconducible a la de la prenda sin desplazamiento recayente sobre bienes no inscribibles, por lo que su válida constitución exigiría su formalización en escritura pública, póliza mercantil o, en general, instrumento público, pero también su inscripción en el registro correspondiente. Sin embargo, como señala SANTOLAYA BLAY (2008, p. 10), aquí no se trata ya que la inscripción no sea constitutiva; se trata, sencillamente, de que no es factible, ni tan siquiera con carácter potestativo, puesto que no existe Registro apropiado en el que hacerlo. Así lo entiende la STS 12.7.2006 (Roj 5378/2006), la cual afirma que “...para que la prenda se anteponga al privilegio del artículo 71 no puede exigirse la inscripción, siendo no obstante preciso para que surta efectos frente a Hacienda que conste por instrumento público la certeza de su fecha...”. (FJ 3º)²⁹.

²⁹ A la misma conclusión llega la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, que en contestación a consulta de fecha 24 de marzo de 1995 dictamina la ausencia de tributación de dicho negocio por el gravamen gradual de la modalidad AJD del ITPyAJD porque “la pignoración de una cuenta de ahorro no es inscribible en el Registro de la Propiedad, ni Mercantil ni Industrial”. También la Dirección General de Registros y del Notariado comparte esta opinión. En efecto, su resolución de 29.1.2003 corrige el criterio de la precedente de 12 de julio de 2002, que defendía la tesis contraria. También

En la práctica lo que se pretende con este tipo de prendas es “blindar” la cuenta ante futuros eventuales embargos al objeto de que el saldo existente atienda a las finalidades que son propias de la cuenta. Para que una pretensión tal fuese atendible en nuestro derecho cabría bien como hemos visto proceder a la retención de saldo para su aplicación a determinadas operaciones. El problema de la pignoración del saldo es que atendiendo exclusivamente a un límite máximo, permitiría la continuación del movimiento contable sustrayendo a la afectación de sucesivas trabas todos aquellos movimientos que no excediera de aquel límite.

De este modo, la jurisprudencia ha exigido para que la garantía pueda tener efecto no sólo la determinación de la preferencia ante tercero mediante la intervención del correspondiente instrumento público, sino también la determinación de su importe y las operaciones que en su caso queden afectadas para el ejercicio de su derecho³⁰.

Igualmente fraudulentas resultan algunas cláusulas que de modo habitual incorporan *pro domo sua* – en su exclusivo favor – las entidades de crédito en sus contratos pignoraticios³¹. SANTOLAYA BLAY cita algunos ejemplos:

existen, no obstante, posicionamientos desfavorables a la ausencia de necesidad de inscripción de la prenda. Así, por ejemplo, la SAN 7.11.2003, relativa a una cuenta pignorada en garantía de un aval, establece la a nuestro juicio errónea doctrina de la inoponibilidad de tal pignoración “ya que la recurrente no ha demostrado en forma alguna que la pignoración de los títulos que alega se hubiese inscrito debidamente en el Registro de Hipotecas Mobiliarias y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión...” (FJ 3º). En igual sentido se pronuncia en posterior SAN 31.3.2004, aunque con una redacción algo más ambigua. Y también otra anterior, de 20.03.2001. Del mismo modo, el Tribunal Económico-Administrativo Central, en resolución de 5.12.2007 exige inscripción, si bien no indica el Registro en el que deba practicarse ésta. En cuanto a los Tribunales de Justicia autonómicos, cabe referirse a la STSJ Andalucía 27.9.2002, (Rec. 1493/2001) exige la inscripción como requisito de oponibilidad de la prenda. En cualquier caso, el instrumento público que incorpore la pignoración puede ser específico o, como ocurre en ocasiones, el propio que documenta el negocio de garantía principal, si la pignoración es una garantía adicional o complementaria (ej.: escritura de préstamo hipotecario).

³⁰ Así la STSJ Andalucía 27.9.2002 (Rec. 1493/2011) contempla el supuesto de una pignoración de saldos indeterminada, en la cual no se mencionaban las operaciones concretas en razón de las que se constituye la garantía, ni el importe pignorado, extremo este último que se sustituye por una mera referencia al saldo que en todo momento presente la cuenta.

³¹ En efecto, como acertadamente señalan ARGÜELES PINTO y FELTRER BAUZÁ (2002), las entidades de crédito en ocasiones actúan más allá del marco que les corresponde como depositarios de los fondos recibidos, excediéndose. Tienden así a pensar que sus relaciones con los órganos ejecutivos deben disciplinarse desde la óptica más de un defensor de los intereses de sus clientes que de simples custodios de los fondos y valores confiados. Pero extralimitarse en tales facultades de defensa puede resultar a la postre una conducta imprudente.

- a) Previsión de que cuando la propia garantía pignoratícia o su prevalencia sobre el derecho de otros acreedores sea cuestionada, la entidad queda autorizada para la cancelación anticipada de la misma, sobre la base de un correlativo vencimiento anticipado de la obligación principal;
- b) Atribución a la entidad de la facultad de aplicación del remanente resultante de la cancelación de la obligación principal a la de otras obligaciones distintas que en ese momento el mismo deudor mantenga frente a ella.
- c) Pignoración de saldos indeterminada, es decir, que no mencione las operaciones concretas en garantía de las cuales se constituye ni tampoco el importe pignorado, haciendo una referencia genérica al saldo que en todo momento presente la cuenta;
- d) Pignoración vinculada a una póliza de crédito en la que se permite un nivel de movimientos inusualmente reducido;
- e) Renovación de la póliza, y, en consecuencia, también de la pignoración, cuando el titular de aquélla ha cesado en su actividad.
- f) En general cualquier tipo de prenda que teniendo en principio la operación de prenda una finalidad legítima, ésta deviene abusiva cuando, al amparo de la condición que suelen incorporar los formularios de que el saldo se entiende indefinidamente afecto – legítima en sí misma –, la póliza se renueva sin que haya motivo alguno para ello, al haber cesado en su actividad el cliente.

Tales cláusulas –y cualesquiera otras de igual tenor– suponen una exclusión arbitraria de los bienes del tráfico jurídico y deben tenerse por no establecidas. Solamente, pues, si la entidad decide apurar su contenido incurriría en responsabilidad. Caso distinto es el de la pignoración fraudulenta, que no tiene por objeto más que blindar la posición financiera en cuentas del cliente, a fin de evitar la eficacia de todo embargo de las mismas.

4. Cumplimentación centralizada

4.1. Determinación y control de los recursos propios mínimos de las entidades de crédito

El sistema de embargo telemático se fundamenta en la posibilidad de transmisión de las órdenes de embargo en forma de ficheros estandarizados que permitirán agilizar la tramitación material de la traba de los saldos en cuenta corriente, cuya transmisión hasta la fecha se verificaba por medio del intercambio de correspondencia. En teoría el sistema no pretende modificar la situación legal existente, limitando su eficacia al embargo de cuentas corrientes a la vista, atendida la simplicidad que en principio se predica de este tipo de activos. Sin embargo, en la práctica se plantean numerosas cuestiones que surgen como consecuencia necesaria de la estandarización del procedimiento, cuestiones que exigen completar la información inicialmente recibida para poder agilizar el trámite.

Para llevar a efecto estas previsiones, en 1988, el Acuerdo de Capital de Basilea estableció un conjunto de normas comunes para el cálculo de los requerimientos de recursos propios necesarios para hacer frente al riesgo de crédito. El objetivo básico de tal acuerdo era asegurar la igualdad competitiva y la estabilidad del sistema bancario internacional. Mucho más recientemente se abordó una revisión de aquellos principios con el Nuevo Acuerdo de Capital de Basilea (Basilea II) de 2004 que, posteriormente, se incorporó al acervo comunitario a través de las Directivas 2006/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, y 2006/49/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. Esta normativa se ha incorporado a nuestro ordenamiento, en el ámbito de las entidades de crédito, mediante la Ley 36/2007, de 16 de noviembre, por la que se modificó la Ley 13/1985, y en el ámbito de las empresas de servicios de inversión, mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (por la que se modificó la LMV). Además, en desarrollo de las leyes citadas, y también como parte del proceso de transposición de las citadas Directivas, se ha dictado el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras, que entró en vigor el 17 de febrero de 2008³². En líneas generales, el nuevo enfoque pretende, entre otras cosas, que los requerimientos regulatorios sean mucho más sensibles a los riesgos que realmente soportan las entidades en su negocio. Con ello no sólo han aumentado los riesgos cuya cobertura se considera relevante, como ocurre con el riesgo operacional, o las posibilidades de darles cobertura, especialmente a través de modelos internos que los miden; también han crecido notablemente los fundamentos y exigencias técnicas en que se basan los requerimientos, cuya complejidad es hoy muy superior a la del antiguo acuerdo de capitales del Comité de Basilea³³.

Se establece al efecto una periodificación de los distintos trámites, que pasan por diversas fases que resumidamente son cuatro: selección de las cuentas, traba del saldo, realización de los fondos e ingreso en la cuenta de destino. Durante este tiempo y salvo que el saldo

³² La complejidad técnica y el nivel de detalle que caracterizan este conjunto normativo han aconsejado que la Ley y Real Decreto citados, como corresponde a normas de su rango, habiliten al Banco de España, como organismo supervisor, para la transposición efectiva de la Directiva en un amplísimo grado. De hecho, en muchos casos, aquellas normas sólo arbitran principios básicos, dejando al citado ente el desarrollo completo de las, en muchos casos, muy voluminosas, especificaciones establecidas en el articulado y, sobre todo, en los diferentes anejos de la Directiva. De esta forma, se ha dictado la Circular 3/2008, de 22 de mayo, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos (BOE núm. 140, de 10 de junio; corrección de errores y erratas: BOE núm. 180, de 26 de julio). La Circular 3/2008 resulta ser un texto ciertamente largo y complejo, que se articula en 124 normas, 15 disposiciones transitorias, una disposición adicional, una final y una derogatoria.

³³ Sin perjuicio de un minucioso régimen transitorio, la Circular entró en vigor el día 11 de junio de 2008. En dicha fecha resultó modificada, por lo demás, la Circular 4/2001, de 24 de septiembre, a entidades adscritas a un Fondo de Garantía de Depósitos, y quedó derogada la Circular 5/1993, de 26 de marzo, a las Entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos; esta Circular fue sucesivamente modificada por las Circulares 12/1993, 2/1994, 3/1997, 5/1998, 3/2003, 3/2005, 2/2006 y 2/2008.

cubra la cantidad reclamada, la cuenta mantiene una situación de bloqueo latente durante un lapso de tiempo que va desde los diez a los veinte días dependiendo de las circunstancias. Esto impide por ejemplo proceder a la retención de saldos futuros en el modo que se tenía previsto en el artículo 254.2 LJS, precepto que en todo caso suponía ya entonces una carga demasiado pesada para las entidades financieras al tener que soportar los gastos de gestión de la cuenta al sólo objeto de servir de órgano de recaudación para el procedimiento.

4.2. Cumplimentación centralizada por el A.E.AT (EDITRAN)

La resolución de 14 de diciembre de 2000 de la Dirección General de la Agencia Estatal de la Administración tributaria, en consonancia con lo previsto en el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, de utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado reguló por primera vez de forma exhaustiva la posibilidad de proceder directamente al embargo mediante una aplicación informática, EDITRAN, que permitiría la retención directa en cuenta de las cantidades embargadas y su transferencia a la cuenta de la Administración Tributaria. En dicha resolución se vino a establecer el procedimiento para llevar a cabo de forma telemática y centralizada el embargo en cuentas abiertas en aquellas entidades de crédito que se adhiriesen expresamente a dicho procedimiento, siempre que la cantidad embargada no excediera de un importe de 4.000 euros. Esta cantidad fue elevada a 6.000 euros y 20.000 euros respectivamente mediante resoluciones de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de 20.12.2007 y de 10.07.2009, haciéndose extensivo a todo tipo de diligencias de cuentas a la vista con independencia del importe total de las mismas por medio de la resolución de 16.12.2011 que regula el marco actual del procedimiento de embargos telemáticos en el marco del procedimiento de recaudación. Por el contrario y de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 169.5 LGT y con el fin de evitar actuaciones que presupongan un nulo provecho para la Hacienda Pública o para el cumplimiento de los fines de la Administración Pública, se estableció un importe embargable mínimo, que se fijó en 3 euros, a partir del cual la entidad de crédito pueda eludir la traba.

El procedimiento se principia mediante la selección por la Agencia Estatal de Administración Tributaria de los deudores y las cuentas a la vista de las que aquéllos sean titulares. Una vez obtenida dicha información, se seleccionarán la entidad y sucursal de la misma donde se encuentren abiertas las cuentas con el fin de obtener las diligencias de embargo correspondientes, sin que en ningún caso puedan simultanearse para un mismo deudor varias diligencias en la misma entidad. A partir de este momento el Departamento de Informática Tributaria de la AEAT generará un fichero por entidad transmisora con las diligencias de embargo dictadas a nivel nacional para las entidades de crédito a las que aquélla dé servicio y que en ese ciclo mensual tuvieran diligencias y lo pondrá a disposición de dichas entidades transmisoras el último día de cada mes o el inmediato hábil posterior cuando aquél resulte inhábil. En la Comisión de seguimiento a que se refiere el apartado sexto de esta resolución podrán acordarse periodicidades y plazos de puesta a

disposición diferentes de los anteriores. Cada entidad transmisora deberá recuperar la información contenida en el fichero de diligencias en el plazo de dos días hábiles a contar desde el siguiente al de su puesta a disposición. La recepción por parte de la entidad transmisora del fichero de diligencias supondrá el borrado del mismo y su sustitución por otro fichero con un único registro de control, que indicará que se ha realizado dicha recepción. Cuando para una entidad transmisora no existan diligencias de embargo en algún ciclo mensual, al conectarse con el Departamento de Informática Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, encontrará el registro de control correspondiente al último ciclo mensual finalizado³⁴. A través de la sede electrónica de la AEAT las entidades de crédito podrán obtener copias de las diligencias de embargo que se incluyen en los ficheros. Esto resulta de gran interés como veremos al permitir de esta manera modalizar el alcance de la diligencia de embargo al contener información particularizada sobre el alcance de la diligencia.

Antes de las 9 de la mañana del día siguiente a aquél en que la entidad de crédito (o, en su caso, su entidad transmisora) recupere el fichero de diligencias, deberá efectuarse la retención del importe a embargar si existe saldo suficiente o el total de los saldos en otro caso. Previo requerimiento de los órganos competentes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la entidad de crédito estará obligada a justificar de forma fehaciente la fecha y hora en la que se ha producido la traba efectiva.

La entidad de crédito deberá efectuar la traba con respecto a las cuentas consignadas por la Agencia Estatal de Administración Tributaria en la diligencia de embargo. Cuando en dichas cuentas no existiera saldo disponible que cubra el importe total a embargar, la entidad extenderá el embargo a aquellas otras cuentas a la vista de titularidad del deudor que se encontrasen abiertas en la misma sucursal, hasta un máximo de seis cuentas por diligencia (incluidas las comunicadas por la Agencia Estatal de Administración Tributaria). En todo caso, la entidad de crédito podrá entender no ordenada la traba cuando el importe susceptible de embargo en la cuenta sea inferior a 3 euros. En este caso, la entidad comunicará la traba a la Agencia Estatal de Administración Tributaria utilizando el código 03 (inexistencia de saldo).

En el plazo de los cuatro días hábiles siguientes al de la fecha de recepción del fichero de diligencias, cada entidad transmisora transmitirá al Departamento de Informática Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria el fichero que contenga la información con el resultado de las trabas. La normativa tributaria regula minuciosamente la comunicación de la información entre las entidades transmisoras cuando estas dan servicio a diversas entidades de créditos, así como la recíproca intervención entre aquellas al objeto de evitar una duplicidad de embargos.

³⁴ Cada diligencia de embargo contendrá los siguientes datos: a) NIF del deudor, b) Nombre y apellidos o razón social del deudor, c) Datos sobre el domicilio del deudor, d) Número de diligencia de embargo, e) Importe total a embargar, f) Fecha de la diligencia de embargo y g) Codificación de la cuenta o cuentas a embargar. Se consignarán los códigos de un máximo de tres cuentas a la vista por cada diligencia, todas ellas abiertas en la misma sucursal de la entidad de crédito.

Verificada la afectación de las cuentas al procedimiento ejecutivo el saldo resultante queda bloqueado durante un plazo de dos días siguientes a la recepción del fichero que contiene los datos de la traba hasta que se procede a la validación del resultado de las diligencias practicadas. Dicha validación puede suponer la aceptación de las trabas o su rechazo por contener errores la información transmitida. En este último caso, la entidad dispondrá de dos días hábiles a contar desde el siguiente a la recepción del rechazo de la información para subsanar los errores detectados y transmitir de nuevo dicha información (que deberá contener nuevamente todas las trabas de ese envío).

Lo más importante es que el sistema una vez que acuerda la traba se desenvuelve automáticamente, sin que el órgano ejecutivo pueda interferir en el curso del mismo sin embargo, lo cual puede resultar distorsionador en orden a evitar la duplicidad de diligencias. En circunstancias excepcionales, y previa autorización del Departamento de Recaudación, el órgano de recaudación competente podrá remitir la orden de levantamiento a la entidad mediante fax o correo electrónico dirigido a la persona de contacto designada por la entidad de crédito en esta materia.

4.3. Cumplimentación centralizada por Tesorería General de la Seguridad Social

La resolución de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, de 17.7.2001, modificada por las de 10.7.2007, de 28.5.2008, de 21.7.2009 y más recientemente por la resolución de 4.2.2013, ha regulado el procedimiento para efectuar por medios telemáticos el embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de depósito. Dicha resolución contiene instrucciones para efectuar por medios telemáticos el embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de depósito, recogándose en su anexo la totalidad de las especificaciones técnicas de dicho procedimiento.

El procedimiento es semejante al anteriormente descrito para la recaudación ejecutiva por la AEAT, diferenciándose seis fases: 1) Fase de averiguación. Una primera fase de averiguación y localización de las cuentas en el que se solicitará información a todas las entidades adheridas al presente procedimiento. 2) Transmisión de las diligencias de embargo. Una vez seleccionadas las cuentas la orden de embargo se transmite por la sección general de informática de la Seguridad Social (SGISS) que generará y transmitirá a cada una de las entidades un fichero en el que se contendrán, para cada entidad de depósito, las diligencias de embargo respectivas cursadas por la totalidad de las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social. 3) Traba. Las entidades de depósito, en el plazo máximo de dos días hábiles a contar desde el día siguiente a aquel en que se efectuó la transmisión del fichero de diligencias, retendrán las cantidades depositadas en las cuentas a la vista señaladas hasta cubrir el importe a embargar, salvo que no excedan de tres euros, y generarán un fichero en el que constará la fecha en la que de modo efectivo se haya producido la traba, así como las actuaciones practicadas por la entidad de depósito. 4) Las entidades de depósito deberán retener el importe embargado durante un plazo de 10 días naturales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 96.1.b.3 del Reglamento general

de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio. 5) Eventual levantamiento del embargo. En el caso de que durante el plazo antes mencionado concurriera alguna causa reglamentaria que hiciera improcedente, total o parcialmente, el mantenimiento de algún embargo, el órgano de recaudación competente emitirá la correspondiente orden de levantamiento. La GISS remitirá, diariamente y por vía telemática, el fichero en el que se contendrán todas las órdenes de levantamiento de embargo dirigidas a la entidad de depósito, la cual procederá a liberar de la traba la cantidad o cantidades indicadas. Los ficheros se podrán transmitir hasta las 12 horas del día siguiente al último día de los plazos legales de retención, sin que en ningún caso se pueda transmitir más de un fichero al día. 6) Ingreso y resultado final de las retenciones. Una vez transcurrido el plazo de retención de 10 días naturales al que se hace referencia en el apartado II.5 de la instrucción, las entidades de depósito realizarán la operación de ingreso de las cantidades retenidas, minorando las cantidades correspondientes a los levantamientos de embargo, en la Cuenta Única Centralizada que la TGSS tenga abierta en cada entidad de depósito o en aquella que se determine por la TGSS. El ingreso se efectuará, en un único abono, dentro de los siete días hábiles siguientes a aquel en que finalice el citado plazo de retención.

4.4. Cumplimentación centralizada por el punto neutro a través del sistema de embargo masivo (ECCV)

Recientemente los juzgados españoles cuentan con una herramienta centralizada que habilita los embargos de cuentas corrientes a la vista a través del Punto Neutro Judicial. Esta herramienta facilita a los órganos judiciales la realización de embargos de cuentas a la vista de forma más rápida, fácil y completa, ya que se contacta con todas las entidades financieras dadas de alta en el servicio con lo que son mayores las probabilidades de éxito. La habilitación para la realización de estas diligencias, se instrumenta a través de la Circular 2/2011, de 16 de noviembre de la Secretaria General de la Administración de Justicia la cual arbitra la posibilidad de peticiones de embargo de cantidades sobre cuentas corrientes a la vista de las entidades financieras adheridas al convenio firmado el 28 de noviembre de 2007 entre el CGPJ, la Asociación Española de la Banca Privada, la confederación española de Cajas de Ahorro y la Unión Nacional de Cooperativas de Crédito. La petición que inicialmente se estipulaba que se verificase a través de la aplicación de la cuenta de depósitos y consignaciones, finalmente se ha arbitrado por medio de la aplicación existente en el punto neutro judicial luego de superados los correspondientes tests aprobados por el CGPJ.

La aplicación del convenio se comenzó con un proyecto piloto el 18 de octubre de 2011, realizándose el primer embargo real el 4 de noviembre. A finales de 2011, la aplicación es capaz de consultar más de 81 millones de cuentas bancarias a la vista y proceder al embargo simultáneo de aquellos en la medida necesaria para completar las cantidades por las que se procede en vía de embargo.

La gestión de la cuenta corriente presenta un enorme interés porque a diferencia del resto de los casos de realización centralizada, la ejecución del saldo se realiza a través del sistema de barrido de fondos entre las entidades financieras acogidas al sistema. Sin embargo, el sistema no pretende ir más allá que la de trasladar el embargo previamente acordado por el juzgado por medio de comunicación más ágil que el existente hasta la fecha. Se pretende exclusivamente sustituir la comunicación en papel por la comunicación telemática, al objeto de impedir tanto la acumulación de una misma retención entre las diversas entidades financieras. Los criterios acogidos para la realización de las cuentas no resultan del todo claros, parece ser que responden a la mayor o menor suficiencia de saldo de la cuenta, evitando tanto prorratear la retención como la liquidación de las cuentas de menor solvencia al objeto de evitar situaciones de descubierto en perjuicio de los deudores. Por lo demás, los problemas anteriormente abordados retención de saldos, cotitularidad de las cuentas, pignoración, etc. permanecen latentes. Sea como fuere se echa de menos la necesidad de armonizar la actuación en estos casos y otros en el que la solución dada en la práctica dista bastante de ser uniforme. En tal sentido se ha de señalar que los en los juzgados se vienen observando con preocupación la existencia de distintos criterios en orden a la retención de los saldos por cada una de las entidades financieras lo que hace muy difícil determinar la eficacia de la traba, sobre todo teniendo presente que la información facilitada al juzgado no resulta ser muy detallada.

4.5. Diferencias entre los distintos sistemas de embargo centralizado

En el curso de las anteriores líneas hemos puesto de relieve como el tratamiento automatizado de la diligencia de embargo, exige un sistema de mínimos, situaciones comunes que no exigen una actividad valorativa posterior. Sólo a través del tratamiento simplificado de estas diligencias cabe evitar situaciones coyunturales que salgan de la norma general provocando una situación de indefensión o discriminatoria al no tener en cuenta las especiales circunstancias del caso. Sin embargo, este sistema de mínimos es distinto según se trate de procedimientos judiciales o administrativos. En el caso del procedimiento de ejecución administrativo, no cabe admitir una valoración posterior de la situación creada, pues cualquier valoración que exceda de los presupuestos del marco administrativo habilitante podría dar lugar a vía de hecho al quedar afectado el derecho de tercero. Es por ello, que se hace estrictamente necesario imponer cautelas al objeto de evitar excesos por parte de la Administración. La Administración a la hora de proceder al embargo tiene la necesidad imperiosa de crear estas presunciones, sin las cuales no sería posible establecer los presupuestos de hecho necesarios para configurar correctamente el acto administrativo de apremio. Si no fuese así quedaría a discreción de la Administración la preconfiguración de la relación jurídica interna de un tercero extraño al procedimiento, de modo absolutamente arbitrario y excediéndose notoriamente del marco competencial propio del acto administrativo habilitante³⁵. En definitiva, esto es lo que quiere el legislador predeterminar el modo de proceder de la Administración, impidiendo estos excesos mediante una presunción que no está exenta de lógica, pero como toda presunción no deja

³⁵ Véase en este sentido la STSJ Murcia 16.7.1997 (JT 1997/896).

de ser un artificio.

Tales cautelas carecen de sentido tratándose de un procedimiento de realización judicial en el que cualquier exceso del embargo trabado podrá reconducirse directamente a la tutela judicial, bien conforme al procedimiento simplificado de tercería del artículo 593.1 LEC, bien conforme a las reglas generales de la tercería en los artículos 595 y ss. de la LEC³⁶. El embargo judicial sólo busca preservar una situación de hecho para el posterior desenvolvimiento del procedimiento de apremio y en tal sentido ningún perjuicio irreparable puede causarse por la afectación de la traba. Pero es que además, como acertadamente se ha dicho entre nosotros³⁷, si la propiedad no correspondía al titular embargado, él o los verdaderos propietarios podrán interponer las acciones pertinentes (la del 908 CCo, en caso de quiebra; o una tercería de dominio, en caso de embargo) en defensa de su derecho, pero el banco en principio no podría negarse ante el requerimiento del mandamiento de embargo a entregar toda la cantidad. El embargo de los fondos responde a una situación posesoria externa que legitima al ejecutante para proceder al despojo en virtud de la presunción general que equipara la posesión al título. El deudor embargado ostenta una posición jurídica que le habilita para retirar la totalidad del saldo, saldo que como tal, está expuesto a ser retirado en cualquier momento y a esta apariencia externa es a la que debe obedecer el embargo. Tal posicionamiento no excluye la posibilidad del ejercicio de una tercería de dominio, pero el ejercicio de este derecho dependerá en definitiva de que no se haya realizado el derecho del acreedor ejecutante, verificado lo cual, cualquier acción que pueda corresponder a los titulares de la cuenta, sólo tendrá cabida en vía de repetición contra los supuestos titulares embargados³⁸.

³⁶ Véase en este sentido el AAP Alicante 15.2.2006, (RJ 27/2006) en el que se insiste en que no se trata tanto de exigir al ejecutante prueba cumplida de los bienes que designe para la traba sean de titularidad del ejecutante, para ello se prevé el mecanismo del artículo 593.2 y en su caso la tercería, cuanto de fijar ya en ese momento preliminar los rasgos identificativos del bien cuyo embargo se propone a fin de que no ofrezca duda alguna su determinación (lo cual no acarrea en absoluto la prohibición del embargo de cosas futuras o de expectativas jurídicas siempre que se identifiquen de un modo indudable).

³⁷ VALPUESTA GASTAMINZA (1992, p. 134).

³⁸ MUÑOZ PAREDES y MUÑOS PLANAS (2003, p. 340), estiman que sólo puede postularse el embargo de la cuota abstracta que presumiblemente corresponda al deudor demandado sobre el objeto del depósito. Más como quiera que la fijación de aquella es extraña al conocimiento del banco y difícilmente puede ser conocido por el demandante, no tendría sentido realista imponerle la carga probatoria de su concreción. Por tal razón rectificando el criterio inicialmente mantenido por dichos autores, estiman que se trata de una situación práctica excepcional, por lo que el banco desconociendo como ocurre normalmente la cuota de cada titular, luego de que sea requerido debe proceder al bloqueo de la cuenta con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1775 CC, con lo cual, según dichos autores, se cierra el paso a cualesquiera actos dispositivos de los titulares no afectados y serán éstos quienes deberán demostrar en la tramitación del a tercería sus precisos derechos sobre los activos e, indirectamente los del titular embargado, a falta de prueba procede aplicar la presunción legal de la igualdad de cuotas (arts. 393 y 1138 del CC), con lo que el embargado quedará reducido a la propia del ejecutado y se alzaría para los correspondientes a los demás titulares. La situación anómala desemboca en una solución que aún lo es más, con el correspondiente perjuicio para el tráfico jurídico como es la artificiosa solución del bloqueo de una cuenta.

Sobre la base de estas premisas se entiende el modo en que ha sido configurado el procedimiento centralizado de ejecución a través del sistema ECCV. Ciertamente en la mente de sus creadores el procedimiento de ejecución centralizada únicamente pretendía constituir un sistema simplificado de traslado de órdenes de embargo, sin embargo como veremos va bastante más allá.

Apuntamos a continuación las diferencias más importantes que se aprecian entre procedimientos judiciales y administrativos:

a) Especificación de las cuentas

El punto de divergencia más importante entre embargos judiciales y administrativos es el relativo a la especificación de las cuentas. En el procedimiento regulado para la Agencia Tributaria, las órdenes de embargo tienen que individualizar las cuentas que se pretende embargar, pero el embargo que así se acuerde no afecta sólo a las cuentas efectivamente designados, sino a cualesquiera otros existentes en dicha sucursal, con un máximo de tres, aun cuando las indicadas cuentas no estuvieran incluidas en la diligencia de embargo. De igual modo, en el caso de TGSS el embargo de dinero depositado a la vista en entidades de crédito se realizará mediante diligencia de embargo, que comprenderá todos los posibles saldos del deudor existentes en dichas entidades, con un máximo de tres cuentas³⁹. El sistema ECCV a través del punto neutro no se exige que se proceda a especificar las cuentas que deban ser embargadas, extendiéndose a cualesquiera de las cuentas corrientes que estén integradas dentro del convenio con la Asociación de Banca España y la Confederación Española de Cajas de Ahorros por medio de un sistema de barrido que itenera la solicitud hasta completar la cantidad máxima establecida. El sistema de embargo por medio del punto neutro permite el embargo de tantas cuentas corrientes como sea necesario hasta cubrir el importe de las cantidades reclamadas. En tal sentido el sistema procede a la búsqueda de fondos siguiendo un bucle de búsqueda que prioriza la cuenta que tengan un saldo mayor, pero que agotado el saldo se redirige automáticamente a cuantas entidades financieras sean precisas, hasta cubrir el importe de las cantidades reclamadas. En tal sentido, se trata de un sistema de embargo masivo, que difiere la concreción de las cuentas corrientes afectadas al mismo momento de la traba. Tales previsiones, si bien adolecen de cierta indeterminación, no resultan extrañas al modo de llevar a efectos estos embargos respecto de los bienes muebles en sede de ejecución civil. En tal sentido el artículo 587 LEC, señala que el momento del embargo se entenderá hecho desde que se decrete por el secretario judicial o se reseñe la descripción de aquel en el acta

³⁹ Según el procedimiento establecido en la resolución de 2011, el Departamento de informática de la Agencia Tributaria pondrá a disposición de las entidades transmisoras las cuales dan servicio a una o más entidades financieras el último día de cada mes o el inmediato hábil posterior cuando aquél resulte inhábil (los sábados se consideraran inhábiles a estos efectos). La SGISS generará y transmitirá, para cada una de las entidades de depósito, un fichero de deudores en situación de apremio sobre cuyas cuentas a la vista abiertas en entidades de depósito se solicitará información a todas las entidades adheridas al procedimiento de embargo telemático en el que se identificaran los deudores de los que se requiere tal información. Este fichero se generará y transmitirá con una periodicidad no inferior a un mes.

de la diligencia de embargo aunque no se hayan adoptado medidas de garantía o publicidad de la traba. Cabe señalar que tal proceder tampoco tiene que afectar a terceros de buena fe, al existir una publicidad o garantía bastante en el momento de su afección por lo que no existen obstáculos de orden público que en principio excluirían tal tipo de diligencias conforme a lo previsto en el artículo 588 LEC.

b) Límite máximo y mínimo

Originariamente los procedimientos de embargo telemáticos ordenados por la Seguridad Social y AEAT establecieron un límite de embargo de hasta 6.000 euros. Sin embargo, la seguridad que ha supuesto su puesta en práctica determinó posteriormente la supresión de este límite cuantitativo. Así, en el caso de la Agencia Tributaria, la resolución de 10.7.2009 (BOE 22.07.2009 y entrada en vigor el 1 agosto lo incrementó a 20.000 euros, para suprimir este requisito en la última modificación operada por la resolución de 16.12.2011 (BOE 27.12.2011). Por su parte, en el caso TGSS, este requisito fue suprimido por resolución de fecha de 4.2.2013, (BOE 12.2.2013). En el caso del sistema ECCV por medio del punto neutro el límite está cifrado en la cantidad de 1.000.000 de euros. En cuanto al límite mínimo la Agencia Tributaria excluyó, en su resolución de 20.12.2007, los embargos telemáticos con trabas inferiores a 3 euros por su coste de gestión. Sin embargo, ninguno de los dos organismos ha tenido el acierto de establecer también este límite para los embargos no telemáticos. Igualmente, en el caso de TGSS, la resolución de 2008 con el fin de evitar que el producto de la traba sea insuficiente, para la cobertura del coste de dicha realización se ha establecido un importe inembargable mínimo de 3 euros y, en consecuencia, se ha modificado la clave de situación 03 de respuesta que ahora es "03: Inexistencia de saldo (negativo o saldo igual o menor a tres euros)". En el caso de los embargos por el punto neutro no existe una previsión semejante.

c) Cotitularidad

Uno de los puntos de divergencia más importante entre los embargos administrativos y judiciales es el relativo al caso del embargo de cuentas constituidas con varios titulares. En el caso del procedimiento de recaudación conforme a las previsiones establecidas en el artículo 171 LGT, se establece la presunción de que el embargo se distribuye por partes iguales entre los distintos cotitulares. Tratándose del procedimiento por la TGSS, si hay varios titulares, el embargo solo podrá alcanzar la parte del saldo correspondiente al deudor, entendiéndose que corresponde a partes iguales a los titulares de la cuenta, salvo que de los términos del contrato se desprenda otra cosa o que se pruebe una titularidad material de los fondos diferente (véase artículo 96.1.b.2ª del RD 1415/2008).

Respecto del embargo verificado por medio del punto neutro judicial, se continúa en la misma situación de interinidad existente hasta la fecha. Conforme hemos venido postulando la inexistencia de una norma semejante a la contenida en el artículo 171 LGT, impide hacer cualquier género de presunción sobre la distribución del saldo, debiéndose afectarse la totalidad de aquel conforme al derecho que el deudor embargado ostenta, sin

perjuicio de que se pueda justificar por el trámite del artículo 1591 o de cualquier otro modo que la distribución del saldo es diferente a la indicada. Lo cierto del caso, como venimos señalando es que el embargo realizado por medio del punto neutro no ha afectado la operativa interna de las entidades financieras que siguen aplicando sus propias previsiones en orden a la afectación de la traba. Esto ha dado lugar a la falta de criterios uniformes, pues si la regla general es la afectación de la totalidad del saldo, no faltan supuestos en que las entidades financieras hacen extensión de las previsiones contenidas en la LGT, lo cual no atiende a nuestro de ver a los presupuestos que configuran el acto ejecutivo en el procedimiento general de recaudación.

d) Prelación

La norma tributaria articula el procedimiento sobre la base de la preferencia que es predicable de los créditos tributarios y de la seguridad social conforme a lo establecido en los artículos 1922 y ss. CC. Sin embargo, tal preferencia se limita en el caso de los créditos especialmente garantizados. Así, el artículo 77.1 LGT, que contempla la denominada “hipoteca legal tácita”, se expresa en los siguientes términos: “La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concorra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho debidamente inscrito en el Registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar el derecho de la Hacienda Pública...”. Como sabemos, los créditos señalados en este precepto son del mismo grado que el tributario. Por tanto, no rige para ellos lo dispuesto en el artículo 170.2.3º LGT que, según debe recordarse, otorga preferencia al crédito tributario aun cuando se inscriba con posterioridad a la anotación que se le opone, siempre que al menos se inscriba –aunque sea con posterioridad– y, desde la entrada en vigor de la LGT, se ejercite, además, por la Administración la correspondiente tercería de mejor derecho –en el procedimiento ejecutivo ajeno–. Tal cláusula resulta aplicable únicamente cuando el crédito tributario concurre con otros de inferior grado (ej.: embargo a favor de entidad de crédito por impago de las cuotas de un préstamo personal). A igual de grado rige, en consecuencia, la estricta regla registral de preferencia temporal (*primus in tempore potior in iure*). En cualquier caso, la mención a la inscripción del título preferente obedece a que, por regla general, dicha inscripción es, no ya constitutiva del mismo, sino simplemente factible en términos jurídicos. Por tanto, si tal no es el caso (prenda no inscribible), deberá entenderse que la preferencia que este precepto instituye opera por la mera constitución válida de la prenda. Y dicha validez exige –al menos en los supuestos del CCo– la constitución de la misma en escritura pública o póliza intervenida por notario. En cualquier caso, si el título es inscribible, la inscripción no será en modo alguno susceptible de ser obviada. Debe tenerse en cuenta a tal efecto que la delimitación entre los respectivos contenidos de ambos tipos de instrumentos públicos no es distinta. Actuando la entidad de depósito mediante esta suerte de autotutela privada, debe cumplir lisa y llanamente, la orden de embargo recibida. En definitiva, debe plegarse al cumplimiento de la diligencia en sus estrictos términos y, eventualmente, discutir la (falta de) preferencia administrativa en el trámite incidental de tercería de mejor derecho (SSAN 20.3.2001, (273/2000), 4.3.2002 (Rec 1003/2001) y 31.3.2004

(rec. 654/2002); SSTSJ Canarias 27.2.2004 (RJ 153/2004) y 12.5.2006 (RJ 501/2006); STSJ Cataluña 23.3.2006 (RJ 302/2006); y STSJ Baleares 7.2.2006 (RJ 104/2006). Según SANTAOLAYA BLAY (2008, p. 12), se trata de una solución quizá excesivamente rigorista, que casa mal con elementales criterios de eficacia, pues si la garantía es válida, la tercería está ganada de antemano.

e) Saldos pignorados

Anteriormente hemos señalado las enormes dificultades que presenta la realización de los saldos pignorados. En el caso de la Agencia Tributaria, la regulación del embargo de saldos pignorados se encuentra pormenorizadamente regulada en la resolución de 16.12.2011, (BOE 27.12.2012) de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se establece el procedimiento para efectuar a través de internet el embargo de dinero en cuentas a la vista abiertas en entidades de crédito cuyos saldos se encuentren total o parcialmente pignorados y de aquellas otras cuya titularidad corresponda a deudores en situación concursal. Para estos supuestos la entidad pospondrá la traba al momento en el que la Agencia Estatal de Administración Tributaria, de forma centralizada, ponga la diligencia de embargo a disposición de dicha entidad. Siempre que la entidad de crédito, al informar de las trabas, hubiera puesto de manifiesto la interposición de tercería de mejor derecho respecto del saldo trabado se suspenderá la diligencia quedando entre tanto diferido el ingreso de las cantidades correspondientes a la resolución de la tercería entablada. En tal caso, si la tercería de mejor derecho fuera estimada, la entidad no ingresará el importe trabado en la cuenta restringida. Sin embargo, se mantendrá la traba, quedando a expensa de la ejecución de la garantía pignoraticia a favor de la entidad de crédito. Una vez vencida la obligación garantizada, la Agencia Estatal de Administración Tributaria comunicará, por Internet y a través de su sede electrónica, a la entidad que corresponda el importe que finalmente debe ingresar en cuenta restringida para cada diligencia de embargo en esas circunstancias. En caso de que la Agencia Estatal de Administración Tributaria comunicara que el ingreso en cuenta restringida debe ser inferior a la traba que inicialmente fue efectuada por la entidad de crédito, ésta podrá dejar sin efecto la retención del importe restante. En aquellos casos en los que la entidad de crédito no efectúe el ingreso en la cuenta restringida o lo realice por un importe inferior al comunicado por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la entidad, previo requerimiento de aquéllos, deberá justificar documentalmente que, con anterioridad a la comunicación del importe a ingresar, se llevó a cabo la ejecución total o parcial de la garantía pignoraticia. Por su parte, el embargo telemático verificado a través del punto neutro judicial, se limita necesariamente a las cuentas corrientes a la vista, previniéndose que cuando exista algún tipo de retención o pignoración de saldo, la entidad financiera, tomará nota de la traba y creará una incidencia señalando la existencia de tal circunstancia al objeto de que el juzgado se pronuncie y resuelva lo procedente a la vista de todas las circunstancias. En tal caso el embargo se desenvuelve por las vías ordinarias, careciendo la ejecución centralizada de eficacia alguna.

f) Saldos procedentes del ingreso de sueldos o pensiones

Como ha quedado indicado, en el marco del procedimiento de recaudación, el artículo 171.3 LGT, excluye el embargo del saldo de cuentas corrientes cuando en la cuenta afectada se efectúe habitualmente el abono de sueldos, salarios o pensiones, si bien no de modo absoluto sino únicamente cuando las cantidades correspondientes a dichos abonos no hubiesen permanecido en la cuenta por más de un mes pues en tal caso, sino se hubiese gastado el importe correspondiente a dichas cantidades perderán tal condición para pasar a ser consideradas ahorro y por lo tanto bienes susceptibles de embargo por vía ordinaria. El procedimiento de recaudación ejecutiva ante la Seguridad Social, aprobado por RD 1415/2004, de 11 de junio, no contiene tampoco una prescripción semejante a la contenida en el procedimiento general de recaudación, si bien cabría llegar a las mismas consecuencias sobre la base de la aplicación de la proscripción general de embargo de salarios contenida en su artículo 92.

Pese al silencio legal, las previsiones contenidas en el procedimiento administrativo no son distintas a las que se han llegado en el procedimiento de apremio en sede judicial por parte de la jurisprudencia. En el caso del procedimiento de ECCV, se parte de que lo inembargable al amparo del art. 607 es el propio salario o pensión (cuando es embargado mediante el requerimiento a la empresa en la que trabaja para que haga la retención en origen) y no el saldo en cuenta corriente. Todo ello sin perjuicio de que el secretario judicial pueda levantar posteriormente el embargo, si lo considera procedente comunicándolo con urgencia a la entidad bancaria afectada. Ciertamente no existe en la legislación procesal civil una previsión semejante a la contenida en los artículos 141 LGT, pese a lo cual como señala MARTÍNEZ DE SANTOS (2012, p. 230), la doctrina mayoritaria de las Audiencias Provinciales en este punto bien puede calificarse de unánime, citando en tal sentido el parecer del AAP Burgos 10.6.2009 (RJ 257/2009), AAP Lérida 2.9.2004 (RJ 91/2004) y el AAP Madrid 1.12.2008 (RJ 333/2008)⁴⁰. La diferencia, sin embargo es que en estos pronunciamientos jurisprudenciales no queda claro cuando las cantidades percibidas como inembargables pierden tal condición por el transcurso del tiempo. Como hemos visto en el procedimiento en el procedimiento de apremio administrativo, tal situación se produce transcurrido que sea el tiempo para el que dichos sueldos, salarios o pensiones fueron devengados, transcurrido el cual pasan a tener la condición de ahorro. Tales previsiones son extrañas a los pronunciamientos jurisprudenciales apuntados, lo cierto es que como hemos visto resulta contrario a un mínimo criterio de seguridad jurídica mantener una situación latente de inembargabilidad sobre todo cuando aquellos ingresos se han confundido con el resto del movimiento contable no pudiéndose determinar aquella afección especial que le excluya del procedimiento de apremio.

⁴⁰ Como hemos señalado también la LJS contiene también sus propias previsiones en el artículo 254.2, en orden al momento inicial de ingreso pero no contiene referencia tampoco hasta cuando se extiende este beneficio.

g) Procedimiento para la realización de la traba

Cabe señalar por último el diverso modo de exacción de los derechos y plazos como consecuencia de la sistemática a la que obedecen una y otra forma de embargo. Como ha quedado señalado la pretensión de estos sistemas de exacción es la simplificación en la comunicación de órdenes de embargo, de modo que se proceda de forma automática y sistemática a la realización de las previsiones contenidas en la resolución ordenando el embargo de bienes pero sin interferir en la forma de llevar a efecto estas diligencias. Para la realización de este cometido, sin embargo, el modo de acometer la diligencia presenta algunas especialidades según el sistema empleado. La postura adoptada por los sistemas de gestión tributaria se fundamenta en la previsión actual de la existencia de saldo mientras que en el caso del sistema ECCV se procede en forma de barrido, lo cual determinará unas exigencias diferentes para su ejecución.

Las principales diferencias entre los sistemas son las siguientes:

- En los procedimientos de ejecución judicial no se da la fase previa de selección de cuentas corrientes, procediéndose directamente frente a todas las cuentas abiertas en entidades de crédito. En el sistema ECCV a través del punto neutro, el procedimiento lo único que pretende arbitrar es un sistema simplificado de comunicación entre el juzgado y las diversas entidades, las cuales se encuentran mutuamente coordinadas al objeto de impedir una doble imposición. Se prevé también en algunos de los convenios alcanzados con entidades de crédito, que constatado la existencia de fondos que no sean aptos para su gestión automatizada se informe al juzgado de la existencia de activos financieros que no sean reclamables a la vista. En tal caso podrá solicitarse el embargo de dichos activos por otras vías poniéndose en contacto directamente con la entidad.

- En los procedimientos de recaudación ejecutiva se prevé una fase de validación de los embargos ordenados, existiendo la posibilidad de levantar los embargos una vez que estos se hayan trabado. En el caso del procedimiento a través del punto neutro, cabe suspender o alzar el embargo sólo hasta el mismo momento en que se produce la traba, verificado aquella se procede a la transferencia de las cantidades correspondientes a la cuenta de depósitos y consignaciones del juzgado sin que se pueda retrotraer la operación.

- Por último se prevén diversos plazos de retención y verificación de la traba. En el caso de la Agencia Tributaria las entidades remitirán el resultado de los embargos en el plazo de los cuatro días hábiles siguientes al de la fecha de recepción del fichero de diligencias, no de la traba. En este caso, a pesar de haber revisado recientemente su operativa ha mantenido el plazo de veinte días de retención, plazo que en el caso del procedimiento seguido ante la TGSS se reduce a diez días. De todas formas, como señala IBÁÑEZ PEÑA (2009, p. 93), lo verdaderamente relevante para una buena gestión y para la defensa de los derechos de los contribuyentes evitando embargos excesivos, no es la duración del plazo de retención, sino que las entidades financieras comunicaran las trabas de forma telemática

al órgano ejecutivo –o cualquier otro ingreso por autoliquidación– inmediatamente que se produzcan. Se prevé en el caso del procedimiento ante el punto neutro dos supuestos posibles: a) Si no se encuentra dinero en las cuentas a la vista de la persona a embargar correspondientes a la entidades financieras adheridas al servicio, el proceso se cierra en un periodo de tres días, b) Si se encuentra dinero y se ejecuta el embargo el proceso puede tardar hasta 5 días, más el tiempo que tarde en llegar el dinero a la cuenta del juzgado. Las entidades financieras deben ingresar el importe trabado una vez transcurridos diez días siguientes a la traba.

5. *Tabla de jurisprudencia citada**Tribunal Constitucional*

| <i>Sala y Fecha</i> | <i>Referencia</i> | <i>Magistrado Ponente</i> |
|---------------------|-------------------|-------------------------------|
| 2ª, 14.2.2000 | LA LEY 4439/2000 | Vicente Conde Martín de Hijas |

Tribunal Supremo

| <i>Sala y Fecha</i> | <i>Referencia</i> | <i>Magistrado Ponente</i> |
|---------------------|----------------------|--------------------------------------|
| 1ª, 29.4.1983 | LA LEY 35776-N5/0000 | Castro García |
| 1ª, 19.10.1988 | 28079110011988101291 | Antonio Fernández Rodríguez |
| 1ª, 25.11.1989 | 28079110011989100855 | Pedro González Poveda |
| 1ª, 8.2.1991 | 28079110011991100927 | Francisco Morales Morales |
| 1ª, 23.5.1992 | 28079110011992104236 | Pedro González Bóveda |
| 1ª, 15.7.1993 | 28079110011993103601 | Alfonso Villagómez Rodil |
| 3ª, 17.10.1994 | 28079130011994108242 | José Luis Martín Herrero |
| 1ª, 24.2.1995 | RJ 1995\1642 | Luis Martínez-Calcerrada y Gómez |
| 1ª, 19.12.1995 | 28079110011995103659 | Luis Martínez-Calcerrada Gómez |
| 1ª, 7.6.1996 | 28079110011996102133 | Antonio Gullón Ballesteros |
| 1ª, 29.9.1997 | 28079110011997101956 | Alfonso Villagómez Rodil |
| 1ª, 5.7.1999 | 28079110011999101551 | Pedro González Poveda |
| 1ª, 29.5.2000 | 28079110012000101622 | Marín Castán |
| 2ª, 7.11.2000 | 28079110012000102374 | José Manuel Martínez-PeredaRodríguez |
| 3ª, 12.7.2006 | 28079130022006100727 | Emilio Frías Ponce |
| 3ª, 20.3.2008 | LA LEY 137737/2008 | Juan Antonio Xiol Ríos |
| 1ª, 19.5.2008 | 28079110012008100214 | José Almagro Nosete |
| 2ª, 20.5.2011 | 28079120012011100489 | Manuel Marchena Gómez |
| 2ª, 14.10.2011 | 28079120012011101116 | Manuel Marchena Gómez |
| 1ª, 15.2.2013 | 28079110012013100054 | José A. Seijas Quintana |

Audiencia Nacional

| <i>Sala y Fecha</i> | <i>Referencia</i> | <i>Magistrado Ponente</i> |
|---------------------|-------------------|----------------------------|
| Sala C-A, 20.3.2001 | LA LEY 61179/2001 | Ana Isabel Resa Gómez |
| Sala C-A, 4.3.2002 | LA LEY 47662/2002 | Ana Isabel Resa Gómez |
| Sala C-A, 31.3.2004 | LA LEY 1648/2004 | José Luis López Muñiz-Goñi |

Tribunal Superior de Justicia

| <i>Tribunal y Fecha</i> | <i>Referencia</i> | <i>Magistrado Ponente</i> |
|-------------------------|--------------------|--|
| Andalucía, 27.9.2002 | LA LEY 158274/2002 | José Ángel Vázquez García |
| Murcia, 16.7.1997 | JT 1997, nº 896 | Espinosa de Rueda Jover |
| Canarias, 8.7.2003 | LA LEY 119952/2003 | Antonio Giraldo Brito |
| Canarias, 27.2.2004 | LA LEY 51301/2004 | Jaime Borrás Moya |
| Madrid, 28.9.2005 | LA LEY 45012/2007 | Miguel de los Santos, Gandarillas Martos |
| Illes Balears, 7.2.2006 | LA LEY 53918/2006 | Pablo Delfont Maza |
| Canarias, 12.5.2006 | LA LEY 109641/2006 | Francisco José Gómez de Lorenzo-Cáceres |
| Cataluña, 23.3.2006 | LA LEY 51301/2004 | José Luis Gómez Ruiz |

Audiencia Provincial

| <i>Tribunal y Fecha</i> | <i>Referencia</i> | <i>Magistrado Ponente</i> |
|-------------------------|---------------------|---------------------------------------|
| Palencia, 17.1.1991 | LA LEY 1641-JF/0000 | Ángel S. Martínez-García |
| Jaén, 4.5.1996 | LA LEY 12458/1996 | Requena Paredes |
| Palencia, 9.10.2000 | LA LEY 181147/2000 | Ángel S. Martínez-García |
| Lleida, 2.9.2004 | LA LEY 182239/2004 | José María Pocino Moga |
| Alicante, 15.2.2006 | LA LEY 28001/2006 | M ^a Visitación Pérez Serra |
| Barcelona, 19.3.2009 | LA LEY 148606/2009 | Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón |
| Burgos, 10.6.2009 | LA LEY 100330/2009 | Juan Francisco Sancho Fraile |

6. Bibliografía

Manuel ALBADALEJO GARCÍA (1992), *Derecho Civil. Derechos y obligaciones*, T. II, Vol. II. Bosch, Barcelona.

María ENCISO ALONSO-MUÑUMBER (2007), "El contrato de cuenta corriente y su gestión", en VV.AA., *La contratación bancaria*, Dikynson, Madrid, pp. 431-464.

José ARGÜELLES PINTOS y José FELTRER BAUZÁ (2002), "Régimen Jurídico de la Responsabilidad Tributaria y su aplicación Práctica", *Derecho Financiero y Tributario*, Aranzadi & Thompson, Pamplona.

María Jesús CACHÓN CADENAS (1991), *El embargo*, Librería Bosch, Barcelona, pp. 122-130.

Jorge CARRERAS LLANSANA (1958), *El embargo de bienes*, Bosch, Barcelona.

Ángel CRISTÓBAL MONTES (1995), *La vía subrogatoria*, Tecnos, Madrid.

Luís Díez PICAZO (1993), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, 4ª ed., Civitas, Madrid.

José Miguel EMBID IRUJO (1988), "La cuenta corriente bancaria", en Ubaldo NIETO CAROL (Coord.), *Contratos bancarios y parabancarios*, Valladolid, pp. 331 y ss.

---(1993), "Significado jurídico de las cuentas bancarias indistintas", *Diario La Ley*, T. 1, pp. 214-218.

Javier GALÁN RUIZ (2002), "Comentario a la STC 36/2000, de 14 de febrero: unidad familiar en régimen de gananciales. Embargo de cuentas corrientes de un contribuyente por las deudas tributarias por IRPF de su cónyuge", *Crónica Tributaria*, núm. 103, pp. 163-170.

José Luis GARCÍA-PITA Y LASTRES (1984), "Contrato de descuenta y cuenta corriente bancaria: condiciones consecuencias e interconexión", *RDBB*, núm. 13, pp. 163 y ss.

Joaquín GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE (1974), *Los contratos bancarios*, 2ª ed., JGD, Madrid.

Vicente GELLA (1948), *Derecho mercantil comparado*, T. II, 2ª ed., La Académica, Madrid.

Jesús IBÁÑEZ PEÑA (2009), "Actualización de la normativa de embargos telemáticos por la Seguridad Social, y estudio comparado de la normativa con la Hacienda Tributaria", *Tribuna Social Revista de Seguridad Social y Laboral*, CISS, núm. 228, pp. 92-95.

José Luís LACRUZ BERDEJO (1985), *Derecho de obligaciones*, 2ª ed., Bosch, Barcelona.

Francisco LUCES GIL (2005), "El embargo de cuentas bancarias", *Revista SEPIN*, LEC 56, octubre 2005.

Rocio MARTÍ LACALLE (2006), "El embargo del saldo de la tarjeta de crédito", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 102, pp. 145-186.

Alberto MARTÍNEZ DE SANTOS (2012), *Cuestiones prácticas sobre la Vía de Apremio en el proceso de ejecución Civil, adaptado al a Ley 37/2011 de agilización procesal y al Real Decreto Ley 8/2011 de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios*, 2ª ed., La Ley, Las Rozas.

Apolònia MARTÍNEZ NADAL (1995), "Cuentas bancarias indistintas de titularidad conyugal", *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 59, pp. 721-750.

---(2006), "El artículo 79 de la Ley 22/2003 y la problemática jurídica de las cuentas bancarias indistintas en caso de concurso", *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 4, pp. 211-225.

José María MUÑOZ PLANAS (1992), "Titularidad y propiedad de las cuenta bancarias de titularidad indistinta", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 45, pp. 7-34.

José M^a MUÑOZ PAREDES y José M^a MUÑOZ PLANAS (2003), *El embargo de cuentas corrientes con varios titulares*, 2ª ed., Tecnos, Madrid

Francisca ORTIZ CRUZ (2004), "Aspectos prácticos de la Diligencia de Embargo", *Diario La Ley*, núm. 3, pp. 1818-1824.

Juan José SÁNCHEZ ONDAL (2000), *El embargo de dinero en cuenta corriente por deudas de derecho público. Pasado y presente*.

Manuel SANTOLAYA BLAY (2008), "El embargo de cuentas abiertas en entidades de crédito", *Carta Tributaria - Monografías*, núm. 6, CISS, p. 6.

---(2009), *El Fraude Fiscal en la Recaudación Tributaria*, Edición Fiscal CISS, Wolter Kluwers.

Juan Carlos SUÁREZ-QUIÑOS Y FERNÁNDEZ (2004), "Algunos aspectos del embargo de bienes muebles", en VV.AA. *La Ley de enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia*, Editorial CGPJ, Madrid, pp. 797-817.

Begoña SESMA SÁNCHEZ (1993), "El embargo de una imposición a plazo indistinta por deuda tributaria de un solo titular", *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, T. II, núm. 23, pp. 14-43.

Jordi SOPENA GIL (1993), *El embargo de dinero por deudas tributarias*, Marcial Pons, Madrid.

Jordi SOPENA GIL y Josep Viçens SOPENA IGLESIAS (2002), "El embargo de dinero por deudas tributarias depositado en cuentas de entidades financieras: especial referencia al uso por la administración de medios informáticos", *Revista Técnica Tributaria*, núm. 59, pp. 119-166.

Eduardo M^a VALPUESTA GASTAMINZA (1992), "Depósitos bancarios de dinero. Libretas de Ahorro", en Rafael GARCÍA VILLAVARDE (Dir.) *et al*, *Contratos Bancarios*, Civitas, Madrid, pp. 134-135.

---(1994), "Depósitos de dinero", *Derecho del Mercado Financiero*, T. II, Vol. 1, Madrid, pp. 481-524.