

## **PRENDA REGULAR, PRENDA IRREGULAR Y PRENDA DE CREDITO** **Sobre la pignorabilidad de una imposición a plazo fijo**

**(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, 18 julio 1989) (\*)**

### **I. ANTECEDENTES FACTICOS**

Don José Codina Soldevilla y don Francisco Salamanca Arévalo, empresarios de la plaza de Lucena (Córdoba), solicitaron un crédito de una entidad bancaria con sucursal en dicha localidad: el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda. El aludido crédito es, en concreto, una póliza de crédito de descuento comercial, por valor de 22 millones de pesetas.

Ambos sujetos conjuntamente deudores son, por otra parte, titulares, asimismo conjuntos, de una imposición a plazo fijo, por valor de 25 millones de pesetas, en la misma entidad bancaria prestamista.

En el momento del préstamo, ambos cotitulares de la imposición —y, en tal veste, coacreedores de la entidad bancaria— añaden, de conformidad con el banco depositario y prestamista, la siguiente cláusula al contrato bancario de imposición, para garantía del préstamo recibido: *«la cantidad objeto de la imposición a plazo fijo (25.000.000), queda pignorada en garantía de la póliza de crédito de descuento comercial de pesetas 22.000.000, vencimiento de 9 de enero de 1984»*.

Después de ese vencimiento, y para cobro de otro crédito, una entidad bancaria distinta (Banco de Andalucía, S. A.) traba embargo de la referida imposición a plazo fijo.

Frente a dicho embargo del Banco de Andalucía, la Caja de Ronda reacciona demandando, en incidente del correspondiente juicio ejecutivo, al banco embargante, a los señores Codina y Salamanca, y a Lucinense, S. A. (que debe ser la sociedad a través de la cual los dos anteriores ejercen sus actividades comerciales), interponiendo frente a todos ellos, y sobre la base de la cláusula antes transcrita, ante todo tercería de dominio, por entender que es propietaria exclusiva, de la cantidad de dinero en ella depositada en régimen de imposición a plazo fijo, y, subsidiariamente, tercería de mejor derecho, por entender que, en todo caso, la cláusula en cuestión le da derecho a cobrarse, sobre tal imposición, con preferencia al banco embargante.

El Juez de Primera Instancia de Lucena, en sentencia de 4 de marzo de 1985, desestima la demanda de la Caja de Ronda en cuanto a la tercería de dominio,

---

(\*) R.A. 5713, Ponente Excmo. Sr. D. Manuel González-Alegre y Bernardo.

pero la admite, en cambio, en cuanto a la pretensión subsidiaria (tercería de mejor derecho) y reconoce la preferencia en el cobro, respecto de los 25 millones de pesetas de la imposición a plazo fijo embargada, de la Caja de Ronda, respecto del Banco embargante.

Apelada la sentencia de primer grado por el Banco de Andalucía, la Audiencia la revoca, en sentencia de 9 de julio de 1987, negando toda preferencia en el cobro a la Caja de Ronda.

Recurrida en casación la sentencia de segunda instancia por la Caja de Ronda, el Tribunal Supremo desestima el recurso.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Denuncia el primero de los motivos, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la violación, por inaplicación del artículo 1.857, con los que le sirven de complemento 1.863 y 1.861 del Código civil; se dice que en la garantía que se ofreció a la recurrente para responder de la Póliza de Crédito concertada, es decir, la imposición a plazo fijo de los 25 millones, concurren cuantos requisitos establecen los artículos del Código civil invocados, para la constitución del contrato de prenda; que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, que la cosa pignorada pertenezca en propiedad al que la empeña, que se tenga la libre disposición sobre ella, y que se ponga en posesión de la misma al acreedor; pero yerra el recurrente puesto que según se declara en la recurrida sentencia el título esgrimido no es otro que la cláusula inserta en la imposición por plazo fijo de un año, prorrogable por otro igual, de la cantidad de 25.000.000, verificada por don José C. S. y don Francisco S. A., demandados en el juicio ejecutivo, del que es incidente la presente tercería, en cuanto en dicha cláusula se establece queda pignorada en garantía de la Póliza de Crédito de descuento comercial de pesetas 22.000.000, vencimiento de 9 de enero de 1984, y como tiene declarado esta Sala y es también recogido en dicha sentencia «el depósito de dinero o imposición de plazo fijo no puede ser conceptuado de título valor y consecuentemente no cabe hablar de contrato típico de prenda, ya que los derechos que entrañan no reúnen los requisitos para calificarlos como tal y poder subsumirlos en la específica normativa del Código civil; el depósito de dinero o imposición a plazo fijo legitima a un titular para exigir en su día la correspondiente suma de dinero y nada más, en consecuencia está en lo jurídicamente cierto cuando revoca la sentencia de primera instancia la que estimó la tercería de mejor derecho en atención a la preferencia en relación a determinados bienes muebles garantizados con prenda que se dicen quedaron en poder de la actora hoy recurrente, por lo que procede desestimar éste primer motivo.

SEGUNDO.—El segundo motivo con igual amparo que su anterior, denuncia la infracción del artículo 1.922,2 del Código civil pero como bien dice lo es a consecuencia de lo que se expone en el motivo precedente, esto es la existencia de un contrato de prenda que se constituyó para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, y claro es, si esto hubiera sido así el actor recurrente hubiera gozado de la preferencia de su crédito, pero fracasado el motivo al no darse, tal como lo entendió la sentencia recurrida, los requisitos del contrato de

prenda, no goza por tanto de la señalada preferencia por lo que también este segundo motivo, último articulado, ha de ser desestimado.

TERCERO.—Desestimados los dos motivos del recurso procede declarar no haber lugar al mismo con imposición de costas al recurrente conforme preceptúa el artículo 1.715 de la Ley Procesal Civil.

### III. COMENTARIO

Una primera lectura de la sentencia comentada puede producir la impresión —que a mí, por lo que se dirá después, me parece engañosa— de que su comentario se agota en sus mismos fundamentos jurídicos, que resuelven, con facilidad lineal y economía de palabras, el recurso planteado, y, además, en el único sentido que —siempre a primera vista— parece posible hacerlo.

En cambio, si yo no me engaño al respecto, una lectura más atenta de la propia sentencia, puesta debidamente en conexión con los antecedentes fácticos de ésta, revela una profunda insatisfacción: la de hallarse ante una labor inacabada. En concreto, el lector tiene el derecho (y este comentarista acaso el deber) de preguntarse, si, siendo cierto lo sentado para este caso por el Tribunal Supremo (no hay verdadero contrato de prenda, no hay derecho real mobiliario de garantía consiguiente, ni preferencia crediticia a él inherente), lo estipulado por las partes del contrato bancario de imposición a plazo fijo, como anexo al mismo, en garantía de determinado crédito, no tenía *alguna* virtualidad garantística (aun no existiendo contrato de prenda, consiguiente derecho real de prenda, ni preferencia crediticia de éste derivada).

Porque, a fin de cuentas, lo que el Tribunal Supremo viene a afirmar, por omisión de mayores explicaciones, es que no pudiendo existir, en este caso, derecho real de prenda, no existe *nada* que garantice el crédito de 22 millones de pesetas de que es titular la Caja de Ronda.

Donde la doctrina de la sentencia comentada se detiene, es donde comienza, por tanto, este comentario (y donde, según creo, debió continuar la propia sentencia comentada): en el análisis de la virtualidad garantística —distinta, por las razones oportunamente aducidas por el Tribunal Supremo, de la prenda regular— de la cláusula insertada en el contrato que mediaba entre la Caja de Ronda y los señores Codina y Salamanca.

Porque, en efecto, a mí me parece que sí tenía *alguna*, aunque para explicarlo, habrá que consumir, lo advierto desde ahora, bastantes más palabras de las utilizadas por la frugal sentencia que nos ocupa.

1. Para comprender lo que sigue (y, en alguna medida, lo que antecede), hay que recordar, brevemente, los dos modos en que el *dinero* (u otras cosas fungibles) puede utilizarse a efectos de garantizar un crédito.

a) El dinero, y cualquier otra cosa fungible que tenga carácter mueble, comerciable y poseible (art. 1.864 Cc) puede ser objeto de un genuino contrato de prenda: para ello bastará que el dinero u otras cosas *naturalmente* fungibles se *especificuen* o *individualicen* —se hagan *convencionalmente* infungibles—. Lo cual, por hablar sólo del dinero, se consigue, por ejemplo, colocándolo en un recipiente sellado, tomando la referencia numérica de los billetes, o marcándolos.

En estas condiciones, como digo, la doctrina es unánime en que nos hallamos

ante un verdadero contrato de prenda y ante un consiguiente auténtico derecho real de prenda, constituyó en su virtud en favor del acreedor garantizado, como derecho real de garantía sobre una cosa mueble ajena, cuya propiedad sigue correspondiendo al constituyente de la garantía —deudor o tercero—, aunque su posesión se desplace a las manos del propio acreedor o de un tercero.

La única especialidad de esta genuina o auténtica prenda pecuniaria, es que, llegado el momento del vencimiento de la garantía, el acreedor pignoraticio no necesita ejecutar el valor del dinero pignorado (arts. 1.858, 1.872 Cc): cosa que no es ni necesaria, ni posible (habida cuenta del carácter de medida de valor que tiene el propio dinero pignorado: si la subasta persigue la conversión de la prenda en dinero, cuando la prenda misma es dinero de curso legal no hace falta tal conversión).

Tal acreedor pignoraticio, en suma, se lo apropiará, sin más, en la medida necesaria para cobrarse el crédito garantizado. En otras palabras, y siempre con la doctrina común, aquí no es de aplicación la prohibición del pacto comisorio (artículo 1.859 Cc), puesto que la *ratio* de tal norma no rige respecto de la genuina prenda pecuniaria: el carácter del objeto pignorado —el ser él mismo medida de valor— hace que, sin necesidad de subasta y a pesar de la apropiación, estén siempre a salvo el interés del deudor (o constituyente propietario de la cosa gravada) y el de los demás acreedores del deudor (o del propietario de la cosa pignorada).

De esta dispensa de la subasta, y precisamente por las razones que la justifican, sólo habría que exceptuar los casos —estadísticamente poco frecuentes— en que el dinero especificado y pignorado no lo es, pese a ser de curso legal, como mera medida de valor, sino que se pignora como un valor distinto, autónomo del facial o legal (los billetes con que Julio Iglesias hizo determinado pago).

b) Pero junto a la figura de la genuina o auténtica prenda de dinero u otras cosas fungibles (*prenda regular*), la doctrina conoce también la contrafigura de la *prenda irregular*: caracterizada frente a la hipótesis anterior, porque las cosas fungibles que constituyen su objeto, se entregan como tales, *sin* especificación o individualización que impida su confusión en el patrimonio del acreedor garantizado.

En este segundo caso, nos hallamos, para el Derecho español, ante un contrato atípico o innominado, no contemplado o regulado por la Ley, que no tiene nada que ver con el genuino contrato de prenda, salvo su común función de garantía de un determinado crédito.

Tal contrato atípico se caracteriza esencialmente por su *naturaleza transmisiva*: el acreedor garantizado se convierte en *propietario* del dinero o cosas fungibles que se le entregan, desde ese mismo momento de la recepción, pero, al mismo tiempo, asume la *obligación* (eventual) de restituir al *tantumdem eiusdem generis* de lo recibido, para el caso de que el deudor satisfaga, a su vencimiento, el crédito garantizado. En caso de incumplimiento de tal crédito, por el contrario, el acreedor garantizado imputará a su cobro el valor del dinero o de las cosas fungibles recibidas y apropiadas (determinado, en su caso, sobre la base de los criterios señalados en el art. 482 Cc).

A la vista de las indicaciones someramente esbozadas sobre los efectos de una y otra figura, se comprende lo antes dicho de que nada tienen en común, salvo el nombre y la función de garantía: en particular, el contrato transmissivo de prenda irregular, al transmitir la propiedad de las cosas entregadas al acreedor

que las recibe, es incompatible con un derecho real de garantía sobre cosa ajena en favor de éste: ni hay contrato de prenda, ni derecho real de prenda, ni preferencia crediticia que derive de éste (la transmisión al acreedor garantizado de la propiedad de las cosas entregadas, como consecuencia del contrato, excluye la posibilidad misma de un derecho real en cosa ajena en favor de tal acreedor-propietario).

Para la contraposición, en términos parecidos a los aquí sucintamente expuestos, de prenda regular e irregular, vid., p. ej., Albaladejo, *Derecho civil*, III, 2, Barcelona 1983, 5.ª ed., p. 251 y ss.; Castán/Marín Pérez, II, 2, Madrid, 14.ª ed., 1988, pp. 522 y ss.; Díez-Picazo/Gullón, *Sistema*, III, Madrid, 1989, 4.ª ed., pp. 481-482; Puig Brutau, *Fundamentos*, III, 3, Barcelona, 1983, 3.ª ed., pp. 25-26; Sancho Rebullida en Lacruz y otros, *Elementos*, III, 2, Barcelona, 1980, pp. 154-155; Peña, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1986, 2.ª ed., pp. 378-379; Guilarte Zapatero, en *Comentarios Albaladejo*, XXIII, Jaén, 1980, sub art. 1.864, p. 410 y ss.; Wolff/Raiser en el *Tratado Enneccerus/Kipp/Wolff*, III, 2, Barcelona, 1971, 3.ª ed., p. 493 y ss. —y allí, Pérez González y Alguer, p. 496—; Viñas Mey, *La prenda irregular* en «RDP», 1925, p. 342 y ss.; De Simone, *Los negocios irregulares*, Madrid, 1956, pp. 31 y ss., y 81 y ss. —y allí, Castán Vázquez, en *Apéndice*, p. 156 y ss.—; Dalmartello, voz *Pegno irregolare* en «Noviss. Dig. it.», XII, Torino, 1982, p. 798 y ss.; *ib.*, Montel, voz *Pegno (diritto vigente)*, p. 772 y ss., y allí, p. 790, sub n. 33; Gorla, *Pegno. Ipoteca* en «Comentario Scialoja/Branca», Bologna-Roma, 1968, 3.ª ed., sub art. 2.784 C. civ. it., p. 25 y ss.; Ciccarello, voz *Pegno (dir. priv.)* en «Enc. Dir.», XXXII, Milano, 1982, p. 682 y ss., y allí sub n. 10, p. 687 y ss.; Rubino, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*. Torino, 1952 (reimp. de la 2.ª ed.), p. 214 y ss. En los lugares citados abundante bibliografía. Destaco entre la aquí reflejada, muy especialmente, la espléndida voz de Dalmartello (autor, por otra parte, de diversos trabajos sobre la prenda irregular).

Hay que decir, todavía, que algunos de los autores citados, sin ignorar las características propias de la prenda irregular, creen posible calificarla como verdadera prenda —por su función de garantía—, aunque «con especialidades» (cfr. opp. y locc. citt. Viñas, De Simone, Castán Vázquez). La opinión mayoritaria, que yo también creo preferible, en cambio, sin negar la función de garantía que también cumple, desde luego, la prenda irregular, ve en el modo o forma de cumplirla una radical y evidente incompatibilidad con la genuina prenda (prenda regular): las «especialidades» de un derecho real de garantía en cosa ajena, nunca pueden llegar... a dejar de serlo. Que el contrato de prenda irregular tenga, como tiene, una causa o función de garantía, no significa que eso haya de traducirse en la creación, por su través, de un derecho real de garantía. Del mismo modo que la cesión de un crédito con función o causa de garantía —la llamada prenda de un crédito—, aun reforzando la posición del cesionario (acreedor garantizado), no lo convierte, tampoco, en titular de un derecho real de garantía.

2. A propósito de la prenda irregular y del correspondiente contrato que la origina, a la vista de lo poco estudiados que se hallan entre nosotros, me parece oportuno señalar lo siguiente:

2.1. El contrato de prenda irregular, según se ha visto, es por un lado, título de transmisión de la propiedad de las cosas entregadas al acreedor garantizado; y, por otro, fuente de la obligación, para dicho acreedor, de restituir el *tantum-*

*dem*, en caso de cumplimiento de la obligación garantizada. Este doble efecto, transmisivo y obligacional, señala una indiscutible afinidad con otros contratos restitutorios «irregulares» (en especial, el llamado depósito irregular) y con el mutuo.

Pero, en todo caso, no conviene olvidar que esa «irregularidad» del contrato, es una mera etiqueta terminológica, una forma de hablar que se ha generalizado en el lenguaje doctrinal, que nada tiene que ver con la existencia de una anomalía que afecte a la validez o licitud del contrato (cfr., así, Dalmartello, voz cit., pp. 798-799, y Ciccarello, voz cit., pp. 687-688). De hecho, el trabajo antes citado de De Simone, pretende agrupar, para su estudio, las distintas formas de contrato irregular, concebido como categoría descriptiva en el sentido (no patológico) del que ahora se habla.

2.2. La prenda irregular, al igual que la regular, exige *desposesión, entrega*, de las cosas pignoradas por parte del constituyente. En este sentido el contrato de prenda irregular, que, como ya se ha dicho, al igual que el mutuo, es un contrato transmisivo (real *quoad effectum*), podría ser también considerado, por quienes predicán igual carácter del propio mutuo y del contrato de prenda regular, como contrato real *quoad constitutionem* (cfr. Dalmartello, voz cit., pp. 800 y 804). Esto último, no, claro, por quienes critican, con razón, la consistencia de tal categoría contractual y ven en la entrega de las cosas recibidas un requisito de la transmisión de la propiedad u otro derecho real (tradición, que se suma al título) para los contratos «reales» con eficacia transmisiva, y, en todo caso (para todos los contratos «reales»-restitutorios) un simple presupuesto fáctico de la obligación de restituir, que nace en todo caso del contrato: simultáneamente con su perfección, en la hipótesis normal (entrega de la cosa en tal momento); o aplazadamente, cuando la entrega prometida en el momento de la perfección del contrato, se hace con posterioridad a él. (La perfección del contrato, en uno y otro caso, como en cualquier otro contrato, depende del simple consentimiento concorde de sus partes y es independiente de la entrega de la cosa a que se refiere). Sintomática, a este respecto, la explícita admisión del precontrato de prenda regular *ex* artículo 1.862 del Código civil. Vid., ampliamente, Jordano Barea, *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958. En esta perspectiva crítica, por tanto, ningún inconveniente para un contrato de prenda irregular meramente obligacional: el constituyente se *obliga* a entregar las cosas objeto de la garantía, y el acreedor a restituir el *tantundem*, una vez recibidas, si, vencido el crédito garantizado, el deudor lo paga.

2.3. En cuanto al objeto de la prenda irregular, por un lado, han de ser, como se ha dicho antes, cosas naturalmente fungibles que las partes del contrato hayan tratado como tales (mientras que objeto de la prenda regular son cosas infungibles o fungibles individualizadas convencionalmente), y, por otro, han de ser cosas de fácil y segura valoración económica en cualquier momento.

El primer requisito contempla la hipótesis del cumplimiento por el deudor de la obligación garantizada: en cuyo caso el acreedor ha de restituir el *tantundem eiusdem generis* de las cosas recibidas.

El segundo requisito contempla, en cambio, el caso del incumplimiento de la obligación garantizada: en cuyo caso el acreedor imputa a la deuda incumplida el valor de las cosas apropiadas desde su recepción. (Este segundo requisito, como se verá más adelante —*sub* 2.4.2—, guarda cierta relación con la propia admisibilidad de la prenda irregular y la no vulneración, por vías indirectas, de

la prohibición del pacto comisorio: art. 1.859 Cc). Para ambos requisitos, cfr. Dalmartello, voz cit., p. 805, *sub* n. 9.

Se comprende fácilmente que es el dinero de curso legal, por su condición de medida de valor universal, de todas las cosas, y su naturaleza hipergungible, el objeto que más y mejor responde a estos dos requisitos.

2.4. El contrato de prenda irregular, en el actual estado de nuestro Derecho, es, como se ha dicho ya, un contrato atípico, cuyo reconocimiento y admisibilidad se reconduce, por tanto, al de la autonomía de la voluntad, dentro de sus límites (art. 1.255 Cc). [En Italia, en cambio, se regula para un supuesto concreto: prenda irregular en garantía de una anticipación bancaria (art. 1.851 C. civ. it.: cfr. Fiorentino en *Commentario Scialoja/Branca*, Bologna-Roma, 1969, pp. 141 y ss.; Messineo, voz *Anticipazione bancaria*, en «Noviss. Dig. it.», I, 1, Torino, 1981, *sub* n. 8, p. 651 y ss.; Cian/Trabucchi, *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 1981, p. 777), lo que plantea allí el problema, resuelto por la doctrina más autorizada afirmativamente, de la extensibilidad de la prenda irregular fuera del ámbito de los acreedores bancarios (Cfr. Dalmartello, voz cit., pp. 804-805, *sub* n. 8; Gorla, op. cit., p. 25, nota 2; Ciccarello, voz cit., p. 689 y nota 65). Antes de 1942, en cambio, también la doctrina italiana consideraba al contrato de prenda irregular como atípico].

Desde la perspectiva del reconocimiento en nuestro Derecho del contrato de prenda irregular, como contrato atípico, se plantean, particularmente, dos problemas:

2.4.1. La identificación de la *causa* del contrato, como autónomo fundamento jurídico del mismo, que justifique, por tanto, la necesidad de crear ese contrato *a se*, por no ser obtenibles los fines que se pretenden cumplir con él, a través de ninguno de los contratos (típicos) regulados por el ordenamiento. (La cuestión no deja de suscitarse una vez que el contrato de prenda irregular deviene típico: entonces hay que preguntarse el porqué de su regulación autónoma frente a los demás contratos típicos).

2.4.2. La verificación de que, en tanto creación de la autonomía negocial, los fines atípicamente perseguidos por su través, no chocan con ninguna ley imperativa, y, en particular, con la prohibición del pacto comisorio (art. 1.859 Cc). (Tampoco esta cuestión deja de plantearse una vez que el contrato de prenda irregular deviene típico: entonces hay que indagar si se ha introducido legalmente una derogación de la prohibición del pacto comisorio y con qué alcance.)

2.4.1. Desde la primera perspectiva, lo que procede, ante todo, anteponer, es que lo que confiere autonomía (causal) al contrato de prenda irregular, frente al mutuo o frente al llamado depósito irregular, es la *función* (por completo ausente de los dos indicados contratos) *de garantía en favor de un determinado crédito*, función que, en cambio, es común con la que realiza el contrato de prenda regular, pero uno y otro a través de técnicas garantísticas radicalmente diversas: analogía funcional, pero diversidad estructural. Estructuralmente —transmisión de la propiedad de las cosas entregadas; obligación eventual (en caso de cumplimiento de la obligación garantizada) de restituir el *tantundem*— el contrato de prenda irregular está más cerca del mutuo o del depósito irregular que del contrato de prenda regular; pero funcionalmente está más próximo a éste (garantía de un determinado crédito), que al mutuo (finalidad de goce) o al depósito irregular (finalidad principal de seguridad o guarda); lo cual —ambas analogías: estructu-

ral y funcional— ha de ser tenido en cuenta a la hora de determinar el régimen jurídico aplicable a este contrato, especialmente cuando es atípico (cfr. Rubino, op. cit., pp. 214-215; De Simone, op. cit., p. 81 y ss.; Montel, voz cit., p. 790; Viñas, op. cit., p. 345).

De esta finalidad de garantía que caracteriza (y da autonomía) al contrato de prenda irregular, deriva su más importante diferencia de régimen con el mutuo o con el depósito irregular: mientras en estos dos contratos la restitución del *tantundem* habrá de producirse *necesariamente* por quien recibe la propiedad de las cosas fungibles entregadas (llegado el momento pactado para la devolución, o *ad nutum* y cuando lo quiera el depositante), el acreedor garantizado con prenda irregular sólo *eventualmente* está obligado a restituir el *tantundem* de las cosas apropiadas desde su entrega: cuando el deudor cumpla, llegado el momento de su vencimiento, la obligación garantizada. Obsérvese que es, precisamente a través de este carácter eventual de la restitución del *tantundem*, a través del cual se actúa la función de garantía de la prenda irregular: es el equivalente económico de la retención posesoria de la cosa ajena, en la prenda regular (cfr. Dalmartello, voz cit., p. 800, *sub* n. 2 y nota 2; Gorla, op. cit., p. 28, nota 2; Albaladejo, op. cit. p. 252).

Por tanto, las explicaciones doctrinales que se dan de la causa del contrato de prenda irregular tienen que compaginar: 1) la transmisión en propiedad de las cosas entregadas para garantía de su crédito al acreedor, ya en el momento de su recepción; 2) la obligación eventual de restitución del *tantundem* por parte del acreedor garantizado, caso de que el deudor cumpla; y 3) la eventual imputación final al pago de la deuda garantizada, del valor de las cosas inicialmente apropiadas por el acreedor garantizado, si el deudor incumple, a su vencimiento, la obligación garantizada.

Dos son, fundamentalmente, las explicaciones que pueden darse del fenómeno en análisis (vid., Dalmartello, voz cit., pp. 802-803, y Ciccarello, voz cit., p. 688):

1) Para algunos la causa explicativa de la prenda irregular es una *causa credendi*: lo que persigue el *deudor* constituyente de la prenda irregular, al transmitir la propiedad de las cosas entregadas al acreedor, es hacer surgir en éste una obligación (de restitución eventual del *tantundem*) con la cual poder en el futuro compensar *convencional* o *voluntariamente* (lo que explica que la prenda irregular pueda funcionar, teniendo en cuenta el respectivo valor de prestaciones no homogéneas en cuanto al objeto, como se exige, en cambio, para la compensación *legal*: art. 1.196-2 Cc) su propio débito; o, desde la perspectiva contraria, la prenda irregular ofrece al acreedor garantizado, la posibilidad de resistirse a la restitución del *tantundem* de lo recibido, mientras no se le pague el crédito garantizado, y de hacerlo sólo en el exceso sobre éste, una vez que, vencido, no se haya satisfecho (por idéntico mecanismo de compensación voluntaria o convencional). Visto desde esta perspectiva, el contrato de prenda irregular se presenta como esencialmente encaminado a preconstituir entre sus partes una situación de futura compensabilidad convencional de dos créditos, de la que ambos puedan prevalerse en caso de incumplimiento de la obligación garantizada (en este carácter eventual, asociado al incumplimiento de la obligación garantizada, se revela la finalidad o causa de garantía). (En este primer sentido, Simonetto, *I contratti di credito*, Padova, 1953, p. 411; Rubino, op. cit. p. 215).

2) Para otros, en cambio, lo que persigue el *constituyente* de la prenda irre-

gular, al transmitir la propiedad del dinero u otras cosas fungibles al acreedor, es hacer un pago o una *datio in solutum* (según que, respectivamente, las cosas entregadas sean o no prestación homogénea respecto de la debida por el deudor). La causa de la transmisión no es, pues, *credendi*, sino *solvendi*. Ahora bien, se trata de un pago o de una dación en pago anticipados y resolutoriamente condicionados al cumplimiento por el deudor de la obligación garantizada: si llegado el momento del vencimiento de ésta, el deudor paga, lo que anticipadamente se entregó *sobreviene* indebido, y, por tanto, el constituyente de la prenda irregular tiene acción personal contra el acreedor garantizado, para exigirle el *tantundem* de lo por él recibido. (En este segundo sentido, fundamentalmente, Dalmartello, voz cit., pp. 802-803 y cfr. otros trabajos suyos citados en nota 1, p. 803. También Gorla, op. cit., p. 27 y ss. Como subraya el propio Dalmartello, es el carácter condicionado del pago anticipado, el que, al no excluir la posibilidad del cumplimiento posterior por el deudor, permite —no extinguiendo directa, inmediata, definitivamente el pago condicionado la relación obligatoria garantizada— a la prenda irregular desempeñar su característica función de garantía).

a) Entre las dos construcciones doctrinales expuestas hay una diferencia que merece la pena subrayar: el fundamento explicativo adoptado por la primera, impide que constituyente de la prenda irregular sea una persona distinta del deudor, pues es evidente que presupuesto subjetivo de toda compensación (legal o voluntaria), es que dos personas sean principal y recíprocamente deudoras (artículo 1.196-1 Cc); mientras que es, asimismo, evidente que no existe razón alguna para tal restricción: la función de garantía de un determinado crédito que subyace en la prenda irregular, consiente que ésta venga constituida por un tercero (arg. ex art. 1.857 *in fine*, en base a la recordada analogía *funcional* entre prenda regular e irregular). El que un tercero pueda actuar como constituyente de una prenda irregular, se explica, en cambio, fácilmente por la tesis de la *causa solvendi*: por las mismas razones que ese tercero puede realizar un pago directa, inmediata, definitivamente liberatorio (art. 1.158 Cc). (Cfr. Dalmartello, voz cit., p. 804; Ciccarello, voz cit., p. 688 y nota 64). En todo caso, como se ve, la tesis de la compensación es reduccionista del ámbito de actuación de la prenda irregular (vid. Wolff/Raiser, op. cit. p. 494, nota 2).

b) En cambio, también por lo que concierne a los elementos subjetivos del contrato de prenda irregular, existe coincidencia en las dos construcciones arriba expuestas, en excluir que pueda ser parte del mismo, en el lugar del acreedor (el de adquirente de la propiedad de las cosas fungibles entregadas), un tercero. En el caso de la tesis de la compensación, por la misma razón expuesta *sub a* (falta de los presupuestos subjetivos de la compensación, ahora entre deudor y tercero adquirente no-acreedor); en el caso de la tesis del pago condicionado, porque ese tercero no-acreedor carece, en cuanto tal, de legitimación para recibirlo (art. 1.162 Cc).

En definitiva, si no es el acreedor el adquirente de la propiedad de las cosas entregadas, falta por completo la razón jurídica que ponga en conexión la definitiva apropiación económica de lo recibido —en el sentido de no tener que restituir el *tantundem* de lo que se adquirió desde su entrega— con la falta de cumplimiento de la obligación garantizada (aquí, que se dice garantizar).

La única forma jurídica de instrumentalizar para garantía de un determinado crédito, la entrega en propiedad de ciertas cosas fungibles a un tercero (persona

distinta del acreedor garantizado), parece ser la de pignorar en favor del acreedor el crédito a la restitución del *tantundem*, que nace, de dicha entrega transmisiva y *credendi causa* (mutuo, depósito irregular), contra el tercero y en favor del deudor (Cfr. Dalmartello, voz cit., p. 804; Ciccarello, voz cit., p. 688 y nota 64; Fiorentino, op. cit., p. 142, nota 2). Téngase presente que en el Derecho español, según la doctrina, la prenda de un crédito (*rectius*, cesión de un crédito para garantía de otro) puede desembocar, por una especie de subrogación real, en prenda irregular, si el acreedor no utiliza, para realizar el valor del crédito pignorado, el procedimiento del artículo 1.872 del Código civil, y prefiere cobrarlo directamente del deudor cedido (cfr., p. ej., Díez-Picazo/Gullón, *Sistema*, III, cit., p. 482. Para el Derecho italiano, vid., art. 2.800 y ss. C. civ. it.).

De todos modos, sin llegar a la prenda del crédito, pero de forma similar a ella, otros autores hablan de otra técnica de garantía, en forma de relación, asimismo, trilateral: el tercero que adquiere la propiedad de las cosas a él entregadas conjuntamente por acreedor y deudor o propietario-tercero (codeponentes en un depósito irregular), asume la obligación de restituir el *tantundem* al acreedor codeponente, sólo si el deudor no le paga a éste el crédito garantizado (para que proceda así a imputar el valor de dicho *tantundem* a la deuda garantizada), y en otro caso, la restitución se hará al otro codeponente (propietario de las cosas que se entregaron) (vid., Gorla, op. cit., pp. 31-32; Rubino, op. cit., p. 216).

2.4.2. La segunda de las cuestiones arriba planteadas, tiene repercusiones prácticas más inmediatas y evidentes: si el fundamento de la acogida en nuestro Derecho del contrato de prenda irregular, es, ante todo, la autonomía de la voluntad, ésta sólo juega dentro de sus límites (art. 1.255 Cc), y, a propósito de ellos, parece chocar con una ley imperativa —la prohibición del pacto comisorio: artículo 1.859 Cc— un contrato que, teniendo por función la garantía de un determinado crédito, conduce a la apropiación por el acreedor de las cosas que se le entregan con esa finalidad.

Sin embargo, un examen más detenido de la cuestión, conduce a descartar el rechazo en nuestro Derecho del contrato de prenda irregular, por contravención del artículo 1.859 del Código civil.

1) En primer término debe observarse que el pacto comisorio se refiere a la apropiación por el acreedor garantizado, en el momento *posterior* de la ejecución de la garantía, de cosas que *inicialmente*, al constituirse ésta, son ajenas (en efecto, el art. 1.859 Cc habla de «apropiarse *las cosas* [ajenas] *dadas en prenda* [regular] *o hipoteca*»). En cambio, el contrato de prenda irregular produce la transferencia *inmediata* de la propiedad de las cosas entregadas al acreedor, antes, por tanto, del vencimiento —y, consiguientemente, incumplimiento— de la obligación garantizada [incluso antes del propio nacimiento de la obligación garantizada, cuando se trata de garantizar una obligación futura —lo cual es admisible en base a la repetida analogía funcional con las garantías reales (arts. 142-143 LH) o personales (art. 1.825 Cc)]. (Cfr., Dalmartello, voz cit., p. 803, *sub* n. 6, y Ciccarello, voz cit., p. 688.) Naturalmente, que la prenda irregular como tal contrato transmisivo —en todo caso oneroso para el acreedor garantizado— o como pago o dación en pago del deudor o de un tercero, podrá ser impugnado por los acreedores del constituyente a quienes perjudique, o afectado por la retroacción de la quiebra de dicho constituyente.

2) A lo anteriormente dicho, aún puede objetarse que la definitiva apropiación

ción de las cosas irregularmente pignoradas, se produce, *en sentido económico* (en sentido jurídico, ya sabemos que con su entrega), con el incumplimiento de la obligación garantizada: al compensarse la obligación del acreedor garantizado de restituir el *tantundem*, con la obligación garantizada.

Sin embargo, tampoco la consideración del problema en esta perspectiva —el momento de la imputación-compensación— conduce al rechazo de la prenda irregular: basta con adaptar las mismas exigencias que subyacen en la *ratio* del artículo 1.859 del Código civil para las garantías reales —la protección del interés del constituyente de la garantía y el de sus (demás) acreedores—, a la figura estructuralmente distinta, pero funcionalmente análoga, de la prenda irregular. Y, entonces, tras esa adaptación, lo que se nos presenta como una exigencia imperativa (convencionalmente inderogable), es que el acreedor garantizado no pueda apropiarse definitivamente (en realidad: pueda quedar dispensado de la obligación de restituir) el eventual (y normal) exceso de valor que exista entre las cosas recibidas en prenda irregular y el crédito garantizado. Un pacto en contra de tal exigencia restitutoria del meritado supravvalor (un pacto de apropiación económica definitiva de las cosas recibidas en garantía, cualquiera que sea su valor), sería nulo por chocar con las mismas exigencias que subyacen en la *ratio* del artículo 1.859 del Código civil (Cfr. Gorla, op. cit., nota 3 en pp. 27-28; Fiorentino, op. cit., p. 142). A este mismo resultado conduce la norma del artículo 6-4 del Código civil: de otra forma se abriría una cómoda vía de elusión del artículo 1.859 del Código civil respecto de la entrega, *con función o causa de garantía*, del dinero y las demás cosas fungibles.

A este propósito conviene recordar, que el carácter fungible y fácilmente vulnerable de las cosas que son objeto de prenda irregular, favorece la admisión de ésta, en cuanto conduce a una fácil compensación del valor de las obligaciones de restitución del *tantundem* y garantizada, y a una consiguientemente fácil determinación del exceso de valor de la primera sobre la segunda (con lo que desaparece el peligro de que el acreedor se apropie definitivamente de bienes, recibidos en propiedad pero con función de garantía, de valor superior al de la deuda garantizada) (cfr. Martorano, *Cauzione e pegno irregolare*, en «Riv. dir. comm.», 1960, I, p. 94 y ss., y allí, pp. 107 y 120; Dalmartello, voz cit., p. 803, *sub n.* 6; Ciccarello, voz cit., p. 688).

La cuestión es más clara cuando se trata de prenda irregular de dinero, entonces el valor de la suma entregada al acreedor —el importe del crédito restitutorio— equivale (funcionalmente) al resultante de la ejecución de la prenda regular, y se emplea, imputándolo al crédito garantizado, en los mismos términos que este otro —o sea, también con obligación de restitución del eventual exceso de valor sobre el crédito garantizado— (cfr. Viñas, op. cit., p. 349).

3.1. Como se ha visto, la doctrina es unánime en señalar, que el dato distintivo fundamental entre contrato de prenda regular y contrato de prenda irregular, es el carácter transmisivo de la propiedad de las cosas entregadas al acreedor, que tiene el segundo contrato. También concuerda la doctrina en que, por ende, saber cuándo nos hallamos ante un supuesto y cuándo ante otro, dependerá de la *interpretación* de la voluntad de las partes del contrato (en punto a qué se ha pretendido transmitir, si un derecho real sobre las cosas ajenas entregadas, o la propiedad de las cosas que se entregan).

Pero, en orden a esta distinción de supuestos, aún puede irse más lejos de

esa genérica remisión a las reglas interpretativas de los contratos: teniendo presente que la voluntad transmisiva de la propiedad de las cosas entregadas al acreedor, lo mismo puede ser expresa que tácita (vid., p. ej. Castán/Marín Pérez, op. cit., p. 523; Sancho/Lacruz, op. cit. p. 154; Guilarte, op. cit., p. 411), y que existe esta segunda —una voluntad transmisiva de la propiedad de las cosas entregadas, inequívocamente expresada *per facta concludentia*— cuando se entregan al acreedor cosas fungibles sin emplear cualquiera de los fáciles procedimientos que permitirían su identificación e individualización o especificación: entonces se ha, tácitamente, renunciado a la conservación de un derecho absoluto sobre la *species* entregada y se ha puesto la relación con el *accipiens* sobre bases meramente obligacionales (restitución del *tantundem*) (vid., Dalmartello, voz cit., páginas 801-802). De ahí que pueda decirse, con razón —puesto que tal especificación o individualización no es lo corriente en el tráfico—, que la entrega de cosas fungibles al acreedor, y, muy especialmente, la de dinero, se hace, normalmente o como regla, a título de prenda irregular (y no de prenda regular). Naturalmente, como dice Gorla, la cuestión se resuelve *in terminis* si se pacta expresamente que el acreedor deba solamente restituir el *tantundem* de lo recibido. (Cfr. Gorla, op. cit., pp. 25-26; Albaladejo, op. cit., p. 252; Wolff/Raiser, op. cit., p. 493; Puig Brutau, op. cit., p. 26).

3.2. En resumidas cuentas, para que haya prenda irregular tiene que haber entrega al acreedor de cosas fungibles y de fácil valoración, y entrega hecha con voluntad (expresa o tácita) de transmitirle su propiedad.

Sobre esta necesidad de la entrega o desposesión ya hemos discurrido anteriormente; ahora sólo queda por precisar un dato, que tiene gran interés al hilo de la sentencia comentada: y es, que tal entrega transmisiva ha podido producirse con anterioridad al momento de la celebración del contrato de prenda irregular.

Buscando un paralelo de lo que decimos con la prenda regular, la situación de la que ahora se habla, vendría a equivaler a aquélla en que, con anterioridad a la constitución de la prenda regular, la cosa objeto de la garantía se halla ya, por otro concepto, en posesión del acreedor o del tercero a quien se va a designar como poseedor de la prenda (*ex arts. 1.863 y 1.866 Cc*). Entonces, en virtud de la constitución sucesiva del derecho real de prenda, *cambia el título de la posesión* de quien, manteniéndose en ella, la tenía antes de ese momento por otro concepto.

De forma análoga, puede darse sucesivamente un contrato de prenda irregular, cuando, previamente al mismo, se ha transmitido al acreedor-*accipiens*, la propiedad de ciertas cosas fungibles, en base a un contrato transmisivo y restitutorio —*credendi causa*— distinto (p. ej., depósito irregular, mutuo), y con posterioridad este contrato se nova, convirtiéndolo —por modificación de su causa— en contrato de prenda irregular, con este resultado fundamental: la alteración desde entonces del *título* (fundamento) *de la obligación de restituir el tantundem*. O sea, lo que antes era una restitución *necesaria* (porque apoyada en una causa de goce o de seguridad y guarda: restitución en el momento convenido, *ad nutum* y por voluntad del depositante), se convierte ahora, tras la novación, en una restitución *eventual*, para el sólo caso de que el deudor cumpla la obligación garantizada (porque la obligación de restituir se apoya ahora en una causa de garantía de, precisamente, esta deuda garantizada) (vid. Dalmartello, voz cit., p. 800, *sub n. 2*, y cfr. Ciccarello, voz cit., p. 688). Y, todavía que más, lo que

antes de la novación —el crédito, por el *tantundem*, contra el *accipiens*— era compensable *facultativamente* por el *tradens* y con *cualquier* crédito que el *accipiens* tuviese, a su vez, contra el *tradens* (según el régimen de la compensación «ordinaria» de créditos); se convierte, desde la novación (desde que hay prenda irregular) y para el caso de incumplimiento de la obligación garantizada, en *necesaria* compensación del crédito por el *tantundem* y, precisamente, con el crédito garantizado y no satisfecho (*no* con otro, y aunque el deudor incumplidor de éste, no sea, simultáneamente, el acreedor del *tantundem* —prenda irregular constituida, previa, simultánea o posteriormente a la entrega de las cosas fungibles por un tercero no-deudor—: compensación «impropia» que es efecto de la prenda irregular).

Sólo cuando se da esa novación causal, ese cambio en el título de la restitución del *tantundem*, nos hallamos ante una prenda irregular constituida sucesivamente a la entrega en propiedad de las cosas objeto de la garantía. Porque las partes del contrato transmisivo y restitutorio (de mutuo o de depósito irregular) han podido pretender un resultado diverso, también con vistas a asegurar un determinado crédito: ceder el *tradens* su crédito, por el *tantundem*, contra el *accipiens*, en garantía de un crédito de éste contra el primero: en cuyo caso nos hallamos ante la prenda de un crédito —contra el propio acreedor garantizado—.

Este caso ahora indicado de prenda de crédito, puede llegar, es cierto, a asemejarse mucho al de la prenda irregular, especialmente cuando tanto el crédito garantizado cuanto el crédito cedido en garantía son homogéneos en cuanto a su objeto: entonces, el acreedor garantizado, en el momento del vencimiento de ambos créditos, compensará cuanto debe pagar con aquello que debe recibir; de todas formas, y aun en este último supuesto, subsiste una importante diferencia entre ambas formas de garantía: cuando hay prenda de crédito (cesión de un crédito en garantía de otro), el crédito garantizado y el cedido en garantía conservan su autonomía en cuanto a vencimiento (exigibilidad); mientras que, tratándose de prenda irregular, es el vencimiento (y consiguiente incumplimiento) del crédito garantizado, el que determina la inmediata y necesaria imputación a él (compensación impropia) del crédito por la restitución del *tantundem* (vid., Dalmartello, voz. cit., nota 5, p. 799).

Cuando, si con posterioridad a un contrato transmisivo *credendi causa* que genera obligación de restituir el *tantundem*, y queriendo sus partes garantizar, sobre la base del crédito a dicha restitución, otro determinado crédito, nos hallamos ante una prenda irregular (constituida con posterioridad a la entrega en propiedad de las cosas fungibles y sobre la base de la novación del previo contrato transmisivo), y cuando ante una prenda de crédito, es algo que dependerá de cómo se articule, en concreto, la voluntad de dichas partes: en todo caso, parece sensato señalar que aunque lo que pacten no será necesariamente una prenda irregular, es esto lo que, en principio, hay que entender como normal que hayan pactado (Dalmartello, voz cit., nota 4, en p. 799).

Hay que advertir, que existió un sector doctrinal —que se remonta a Pfaff, *Das Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung insbesondere das s.g. «pignus irregulare»*, Wien, 1868, y que tuvo ilustres seguidores: Chironi, Kretschmar, Windscheid— que estimaba que en la prenda irregular siempre había prenda de un crédito: el de la restitución del *tantundem*, contra el propio acreedor garantizado. Tesis modernamente criticada (por no responder al normal propósito de

las partes del contrato, y, en Italia, tampoco a lo dispuesto en el art. 1.851 C. civ. it.), y calificada de «abstrusa e inacceptable» (vid., así, literalmente, Rubino, op. cit., p. 215, nota 3; también, Gorla, op. cit., p. 28, nota 1; De Simone, op. cit., p. 83 y nota 93; Viñas, op. cit., p. 343 y ss —donde puede encontrarse, asimismo, una exposición resumida de las tesis de Pfaff y Chironi—).

3.3. Como consecuencia de lo que antecede, cabe concluir que existen dos situaciones posibles en orden a la constitución de la prenda irregular:

a) Aquélla en que la adquisición de la propiedad de las cosas entregadas al acreedor es consecuencia de la *previa* o *simultánea* celebración del contrato de prenda irregular, como título jurídico con idoneidad transmisiva, al propio tiempo que fundamento de la (eventual) obligación restitutoria del *tantundem*, que sobre el mismo acreedor-propietario pesa.

b) Aquélla en que la adquisición de la propiedad de las cosas fungibles entregadas al acreedor, es el resultado de un distinto contrato transmisivo con simultánea obligación de restitución del *tantundem* (*credendi causa*) —en especial, el depósito irregular—; y en que, por tanto, la posterior novación de ese contrato previo, convirtiéndolo en contrato de prenda irregular, no transmite la propiedad de las cosas ya entregadas (transmisión que *ya* se había producido conforme al primer contrato y que no es ni necesario, ni posible producir de nuevo): el efecto transmisivo derivado del primer contrato es respetado y absorbido por el nuevo que ocupa su lugar (que no es causalmente incompatible, en este punto, con el contrato novado: también la prenda irregular es contrato transmisivo); la novación causal se limita a modificar-sustituir el título o fundamento de la restitución del *tantundem*, haciéndola eventual y vinculándola esencialmente, por tanto, al cumplimiento de un determinado crédito, por razón de cuya garantía se produce la tal novación causal (cfr. Dalmartello, voz cit. nota 3, p. 801). (Incidentalmente hago notar, que la novación causal sólo en cuanto a la obligación de restituir el *tantundem*, pero no en cuanto al efecto transmisivo, se explicaría, según una de las construcciones doctrinales antes expuestas en cuanto a la causa del contrato de prenda irregular, por la parcial coincidencia causal, sólo en cuanto a tal transmisión de las cosas fungibles entregadas —*causa credendi*—, entre el contrato de prenda irregular y el mutuo o depósito irregular.)

*Sub a)* la transmisión de la propiedad de las cosas entregadas, es consecuencia jurídica de la *previa* o *simultánea* celebración del contrato de prenda irregular (éste es el título de transmisión); *sub b)* la transmisión de la propiedad de las cosas entregadas, es consecuencia del mutuo o depósito irregular *anterior* a la conclusión (por novación) del contrato de prenda irregular, este último pacto novatorio (la conversión del anterior contrato transmisivo en contrato de prenda irregular que lo absorbe y sustituye) se limita a hacer suya y a apoyarse en la consecuencia jurídica de un título transmisivo anterior.

Aplicando lo ahora dicho al caso de la sentencia comentada, me parece evidente que si, como parece lo más probable, la imposición a plazo fijo preexistía al otorgamiento del préstamo por la Caja de Ronda, esta institución crediticia, desde el momento del depósito (irregular) adquirió la propiedad del dinero depositado, asumiendo frente a los impositores la correspondiente deuda de restitución del principal, al finalizar el plazo de la imposición (además del pago de los correspondientes intereses); y sería con posterioridad, en el momento de la conce-

sión del préstamo, cuando los prestatarios-impositores y la Caja de Ronda, aprovechan el preexistente depósito irregular, para, novándolo —pero respetando y apoyándose en el efecto transmisivo ya producido—, constituir la prenda irregular en garantía del préstamo ahora concedido.

No cuesta trabajo, por otra parte, comprender, que, a la vista del modo usual de proceder de los profesionales del crédito —bancos y cajas—, será, precisamente, esta modalidad de prenda irregular por novación —aprovechando los depósitos irregulares constituidos vinculadamente por sus clientes— la que más frecuentemente se practique (el banco presta sobre seguro: siempre, claro, por debajo, como en el caso de la sentencia comentada, del valor del crédito restitutorio de los depositantes o impositores).

Naturalmente, que en el caso de la sentencia comentada, podrá pensarse, que de poco le ha servido a la Caja de Ronda la garantía de la prenda irregular concertada para su préstamo. A lo cual se responde fácilmente, diciendo que ello ha sido sólo porque el Tribunal Supremo no ha sabido apreciar su virtualidad garantística (como si, no habiendo prenda regular, no pudiese haber otra forma de garantía; como si el pacto de la Caja de Ronda con sus impositores y prestatarios no tuviese —en contra de lo que pensaron y quisieron sus partes— virtualidad garantística alguna).

El tratamiento de esta cuestión exige el examen previo de, precisamente, cuáles son los efectos de la prenda irregular. Tema que, como se verá, tampoco es fácil, y para el que también habrá que emplear, todavía, una cierta cantidad de palabras, por lo que pido perdón a quienes piensen que ya van empleadas demasiadas (ninguna, quiero pensar yo, que no sea necesaria para comprender una institución complicada y que apenas se ha estudiado entre nosotros: cuya comprensión es imprescindible para poder comentar la sentencia que las motiva).

4.1. La complejidad en cuanto a los efectos de la prenda irregular, sin embargo, sólo se refiere a alguna de sus posibles consecuencias, y, en concreto, la más propiamente garantística (esa imputación o compensación impropia, de la que hasta ahora se ha hablado en términos deliberadamente ambiguos o genéricos, pero en cuya entraña se hace preciso adentrarse, para acabar de comprender la prenda irregular, y el porqué de la insatisfacción que la sentencia comentada produce).

En concreto, los efectos de la prenda irregular (vid., p. ej., Dalmartello, voz cit., p. 805 *sub* n. 10; Guilarte, op. cit., p. 411; Castán/Marín Pérez, op. cit., pp. 523-524) son:

a) El más evidente es, como sabemos, *jurídico-real*: la adquisición por el acreedor garantizado de la propiedad de las cosas fungibles entregadas, adquisición que es inmediata a la entrega —no en el momento del incumplimiento de la obligación garantizada—, y que, en los casos de novación que se acaban de examinar, puede ser el efecto de un contrato transmisivo *credendi causa* anterior a la constitución de la prenda irregular.

b) Junto al anterior efecto transmisivo, está lo que podría llamarse un doble efecto alternativo, apoyado en la obligación de restituir el *tantundem* de lo adquirido: en el *efecto obligacional* del contrato de prenda irregular; alternatividad en función de que la obligación garantizada con la prenda irregular se cumpla o no, llegado el momento de su vencimiento:

b 1) En el primer caso (hipótesis de cumplimiento) el acreedor deberá restituir el *tantumdem* de lo que se le transmitió en propiedad para garantía de la obligación cumplida. Deuda de restitución que en nada difiere de la que nace de los contratos transmisivos *credendi causa* (mutuo, depósito irregular), y para cuyo cobro, su acreedor (constituyente de la garantía), en tanto que simple titular de un derecho personal para el que la ley, en su enumeración taxativa, no otorga ningún tipo de preferencia por razón del origen o causa del mismo, carece, en principio, de privilegio (desde luego, no lo tiene *ex art.* 1.922-2 Cc: no se trata de un acreedor pignoraticio) (vid. Viñas, *op. cit.*, p. 349; Guilarte, *op. cit.*, páginas 412-413).

b 2) En el segundo caso (incumplimiento de la obligación garantizada, llegado el momento de su vencimiento), se da esa imputación del valor del crédito por el *tantumdem*, al de la deuda garantizada e incumplida, esa compensación impropia sobre la cual es preciso detenerse.

4.2. Ya se ha advertido anteriormente que prenda regular y prenda irregular son, ambas, técnicas jurídicas de garantía, que, a pesar de esa común función o finalidad de garantía de un determinado crédito, operan sobre estructuras o mecanismos jurídicos muy diversos.

La garantía se actúa en el primer caso, a través de la constitución de un derecho real sobre cosa ajena, el cual, vencida la obligación garantizada y no cumplida, consiente la ejecución del valor de la cosa gravada —en orden a asegurar la cual, se desposesiona al constituyente de la garantía—, atribuyéndose al acreedor garantizado preferencia en el cobro, sobre ese valor de realización, frente a los demás acreedores del propietario de la cosa gravada.

En cambio, en la prenda irregular, la transferencia de la propiedad al acreedor garantizado, desde el momento de su recepción, de las cosas a él entregadas, hacen innecesaria e imposible, tanto la realización de su valor, cuanto la atribución sobre las mismas de una preferencia de cobro al acreedor garantizado frente a otros acreedores del constituyente (pues el traspaso de propiedad excluye toda posibilidad de concurrencia con ellos) (vid., Viñas, *op. cit.*, p. 348; Gorla, *op. cit.*, p. 29; Dalmartello, *voz cit.*, p. 804; Messineo, *voz cit.*, p. 651; Fiorentino, *op. cit.*, p. 142).

En el caso de la prenda irregular, su función de garantía se actúa, para el caso de incumplimiento de la obligación garantizada, llegado el momento del vencimiento de ésta, a través de la imputación que hace el acreedor garantizado del valor de su obligación restitutoria por el *tantumdem*, al de la obligación garantizada e incumplida. Con el resultado (según la cuantía de los respectivos valores) de: a) o tener que restituir sólo el exceso de valor de la primera sobre la segunda (exceso de valor que, vista la *función de garantía* del instituto, no podría nunca retener: arg. *ex art.* 1.859 Cc); b) o poder reclamar *al deudor* (no necesariamente constituyente de la prenda irregular) la parte de valor del crédito garantizado e incumplido no cubierta por el menor del *tantumdem*. A la vista de la función de garantía de la prenda irregular, desde el punto de vista práctico —y, sobre todo, como se ve en el caso de la sentencia comentada, de la práctica bancaria—, el caso *sub a)* será el más frecuente.

Obsérvese, una vez más, que es la función (causa) de garantía de la prenda irregular, la que, por tanto, hace sólo eventual la obligación restitutoria del *tantumdem* por parte del acreedor garantizado (para el caso de cumplirse la obliga-

ción garantizada), y es esa misma función (causa), la que determina que el vencimiento de esa obligación eventual se asocie *indisolublemente* al de la obligación garantizada.

Pero, volviendo al caso de incumplimiento de la obligación garantizada, también aquí se revela la función o causa de garantía de la prenda irregular: a) el acreedor garantizado no puede dejar de imputar el valor del *tantundem* al de la deuda garantizada (o sea, no puede pretender el cumplimiento forzoso de ésta —al menos, por lo que antes se dijo, de su *totalidad*—); b) el acreedor garantizado no puede imputar-compensar el valor del *tantundem* con un crédito distinto de aquél determinado para cuya garantía la prenda irregular se constituyó.

Ambos efectos conducen unívocamente al carácter *automático* de la «compensación» que es efecto de la prenda irregular: desde el vencimiento e incumplimiento de la obligación garantizada, o el acreedor garantizado es deudor (del constituyente de la prenda irregular) por *sólo* el exceso de valor del *tantundem* sobre su crédito; o es acreedor (del deudor garantizado) *sólo* por la diferencia de valor entre su crédito y el *tantundem* menos valioso.

Este efecto automático se explica, en parte, desde la *asimilación funcional* que se produce —vista la común finalidad de garantía que subyace en prenda regular e irregular— entre el crédito por el *tantundem* (*rectius*, su valor) y el valor que resulta de la ejecución de la prenda regular (que tampoco el acreedor prendario puede imputar a la satisfacción de un crédito distinto del garantizado, cfr. Viñas, op. cit., p. 348). En cambio, esta asimilación funcional no explica el efecto de la prenda irregular arriba expuesto *sub a)* (el acreedor pignoraticio conserva, junto a la acción real que nace de la garantía, la acción personal que nace del crédito garantizado); y no en vano: sobre este otro efecto no existe unanimidad doctrinal (quienes lo afirman lo consideran, claro, un efecto específico de la voluntad de las partes en el contrato de prenda irregular).

Estas particularidades —junto a la subrayada en su momento sobre los sujetos de la prenda irregular: el constituyente de la misma puede ser un tercero no deudor de la obligación garantizada— son las que, desde tiempos remotos, movieron a la doctrina a separar —pese a la existencia de cierta semejanza efectual entre ambas— prenda irregular y compensación, llamando al efecto de la primera del que ahora se habla «compensación impropia», «compensación especial», «especie de compensación», «*cosiddetta compensazione*» (cfr., en estos distintos sentidos, Viñas, op. cit., p. 347; Guilarte, op. cit., p. 411; Messineo, op. cit., página 651; Gorla, op. cit., p. 32); o tratando de configurar ese efecto compensatorio impropio de la prenda irregular como institución autónoma, incluso con antecedentes históricos en las fuentes romanas: *secum pensare*, compensación de adquisiciones (no de créditos): *Erwerbskompensation* (vid., Viñas, op. cit., p. 346 y ss.; cfr. Gorla, op. cit., p. 28 y p. 29, nota 4: «costringgere a forza, sotto questo rispetto, il pegno irregolare nel concetto comune di compensazione è un voler classificare ad ogni costo»). En cambio, la consideración del efecto compensatorio de la prenda irregular, como fruto de una compensación voluntaria (y no legal), superaría el obstáculo de que legalmente no pueden compensarse deudas heterogéneas en su objeto, cuando lo sean la deuda por el *tantundem* y la garantizada (cfr., así, Rubino, op. cit., p. 215).

4.3. Desde el punto de vista constructivo-doctrinal, el automatismo de la prenda irregular, es sostenido indistintamente por autores que defienden las dos configuraciones antes expuestas de la misma.

1) Más claramente, tal vez, en la primera de ellas: si se concibe la prenda irregular como contrato *solvendí causa*, como un pago o una *datio in solutum* anticipados y resolutoriamente condicionados, es claro que, ya desde el primer momento de la entrega, la deuda garantizada se extinguió, de forma provisional, total o parcialmente, y el incumplimiento posterior de la obligación garantizada (el incumplimiento definitivo de la condición resolutoria del pago o dación en pago anticipados), hace definitiva esa liberación (total o parcial) anterior, colocando al acreedor garantizado y satisfecho total o parcialmente en el sólo deber de restituir el exceso de valor del *tantundem* sobre el crédito garantizado, o en situación de poder exigir la sola diferencia entre el crédito parcialmente satisfecho y el menor valor del *tantundem* (vid., así, Dalmartello, voz cit., p. 806, *sub* n. 11, y Gorla, op. cit., pp. 27 y ss.). La extinción —total o parcial— del crédito garantizado desde el primer momento —con el pago o dación en pago anticipados—, confirmada después con el incumplimiento de la obligación garantizada, explica limpiamente, tanto la pérdida (total o parcial) de la acción de cumplimiento forzoso por el acreedor garantizado, como que la garantía así instrumentalizada sólo sea referible al concreto crédito que, de forma anticipada y resolutoriamente condicionada, se satisfizo. Precisamente, como antes se dijo, es este carácter condicionado del pago o dación en pago anticipados, lo que les permite desempeñar una función de garantía, y lo que hace que el acreedor garantizado no pueda apropiarse definitivamente el exceso de valor arg. ex artículo 1.859 del Código civil; en cambio, cuando se trata de una dación en pago *inmediata*, la protección del deudor *solvens* frente a los abusos del acreedor, discurre por otros caminos: rescisión por lesión (en los Derechos forales donde se admite con carácter general), represión de la usura, revocación por los acreedores del *solvens* (cfr. Gorla, op. cit., p. 28, nota).

2) Pero también desde la perspectiva doctrinal de la consideración del contrato de prenda irregular como un contrato con *causa credendi*, celebrado a efectos de preconstituir una futura compensación voluntaria, se ha sostenido el carácter automático (e impropio) de esta compensación: en el acuerdo de las partes está también implícita la finalidad de garantizar un determinado crédito y de compensarlo, caso de su incumplimiento, necesariamente con la obligación restitutoria del *tantundem* (*pactus de compensandis nominibus*): el crédito restitutorio nace previsto y predispuesto para la eventual compensación final con (o eventual absorción, total o parcial, por) el crédito, así garantizado, contra el deudor. En otras palabras, todo contrato de prenda irregular implica por naturaleza (función *necesariamente* un pacto de compensación final entre los dos referidos créditos, para el caso de incumplimiento de la obligación garantizada, de forma que tanto el acreedor como el deudor (sólo él puede ser parte del contrato de prenda irregular según esta concepción doctrinal) pueden servirse de él, oponiéndolo, una vez incumplida la obligación garantizada, a la acción de cumplimiento forzoso de (la totalidad) de la obligación garantizada e incumplida, o de (la totalidad de) la obligación restitutoria (Vid., desde la perspectiva de la compensación, en favor del automatismo, Rubino, op. cit., p. 215; cfr. también Dalmartello, voz cit.,

pp. 802 y 803, *sub* n. 5, y pp. 806-807; Messineo, *op. cit.*, pp. 651-652; Fiorentino, *op. cit.*, p. 142).

En la doctrina española, en favor, también, del carácter automático del efecto compensatorio de la prenda irregular, *vid.*, Albaladejo, *op. cit.*, p. 252, y Guilarte, *op. cit.*, p. 411: «si la obligación principal resulta incumplida, la del acreedor queda *automáticamente* extinguida, por una *especie de compensación* con aquélla».

Con todo, como ya se advirtió, no han faltado en Italia autores y sentencias que, en contra de esta automaticidad, reconocen al acreedor garantizado la posibilidad de exigir coactivamente, al deudor, el cumplimiento total de la obligación garantizada e incumplida, siempre y cuando, claro, dicho acreedor ofrezca, simultáneamente, restituir (al constituyente de la prenda irregular) íntegramente el *tantundem* de lo recibido (algunos autores, dejando a salvo el caso de la prenda irregular en garantía de una anticipación bancaria —art. 1.851 C. civ. it., norma que parece inequívoca en el sentido de la automaticidad— (cfr. Dalmartello, *voz cit.*, p. 807 y Ciccarello, *voz cit.*, p. 689, y doctrina allí citada). Para Dalmartello, en cambio (*loc. cit.*, p. 807, nota 2), este resultado sólo sería posible cuando, concebido el contrato de prenda irregular como contrato *credendi causa*, el acreedor garantizado se hubiese reservado expresamente, en el momento de su conclusión, la *facultad-posibilidad*, de carácter unilateral por su parte, de compensar el crédito garantizado con su deuda restitutoria; no cuando tal pacto no exista, y nunca —por no ser entonces, claro está, ese pacto admisible— si se concibe el contrato de prenda irregular como contrato *solvendi causa*: aquí la «compensación» para caso de incumplimiento de la obligación garantizada es siempre automática, y un tal pacto desvirtuaría la prenda irregular (como pago o dación en pago anticipados), convirtiéndola en otra cosa (una obligación facultativa). En la posibilidad o no de ese pacto, nace, para Dalmartello, la única diferencia relevante, en cuanto a sus efectos, entre adoptar uno u otro planteamiento (*causa credendi* o *solvendi*) a propósito del contrato de prenda irregular.

Todavía hay que señalar que la automaticidad del efecto compensatorio, se acentúa en el caso de que la obligación restitutoria del *tantundem* y la obligación garantizada son de objetos homogéneos: entonces no tiene ningún sentido que, habiéndose entregado, por ejemplo, dinero al acreedor garantizado, se le pague la deuda dineraria garantizada, para recuperar ...la cantidad de numerario inicialmente entregada. La restitución del acreedor garantizado aquí sólo tiene sentido *en todo caso* por el exceso de valor de lo entregado en garantía, sobre la deuda garantizada (o su acción de cumplimiento forzoso, en aplicación de los principios ya conocidos, por lo que falte a la suma entregada en garantía, hasta el importe de la deuda garantizada) (*vid.*, Gorla, *op. cit.*, pp. 30-31, y cfr. Dalmartello, *voz cit.*, p. 805, *sub* n. 9). Aquí la entrega del constituyente de la prenda irregular, asume, mucho más claramente, el carácter de pago anticipado, y la cuestión de la restitución del íntegro *tantundem* (*que presupone la posibilidad de un cumplimiento posterior del deudor garantizado*), vencida la obligación garantizada, consiguientemente, *no se plantea*. Este tipo de garantías pecuniarias —«fianzas», «cauciones»— se utiliza frecuentemente para asegurar deudas futuras e inciertas (eventuales): en especial, posibles responsabilidades futuras. Cuando se aseguran deudas futuras, pero ciertas, parecen equivaler, sin más, a un pago anticipado de las mismas.

4.4. A la vista de todo lo precedentemente dicho, podemos analizar la posición de los demás acreedores del deudor (o constituyente) frente al acreedor garantizado por prenda irregular (cfr. Gorla, op. cit., p. 31):

a) Estos otros acreedores carecen de toda posibilidad de persecución sobre los bienes entregados al acreedor garantizado, quien, adquiriendo, al recibirlos, su propiedad, los colocó en el ámbito de agresión de sus propios acreedores, y los sustrajo, por ende, al del constituyente. Por decirlo elegantemente, con Gorla, el acreedor garantizado *suum recepit*. Naturalmente, esta transferencia puede ser revocada por los acreedores del constituyente perjudicados —o afectada por la declaración de quiebra del constituyente—, en las mismas condiciones que un pago anticipado o un contrato oneroso.

b) En cambio, antes del vencimiento de la obligación garantizada, estos mismos acreedores del constituyente, pueden embargar el *crédito eventual*, por la restitución del *tantundem*, contra el acreedor garantizado (eventual, porque sólo surgirá si el deudor paga la deuda garantizada, llegado el momento de su vencimiento); y pueden también (cuando el constituyente de la prenda irregular es, simultáneamente, el deudor de la obligación garantizada) pagar, en el momento de su vencimiento, la obligación garantizada, subrogándose, *ex artículo 1.111 del Código civil* en la posición de su deudor, para exigir, después, del acreedor garantizado la restitución íntegra del *tantundem*. Si deudor y constituyente de la prenda irregular son personas distintas, los acreedores del constituyente, podrían pagar la obligación garantizada como terceros interesados en ella *ex artículo 1.158 del Código civil*, rigiéndose sus relaciones con el deudor liberado por el propio artículo 1.158 del Código civil, en conexión con los artículos 1.209-1.210 del Código civil, y sus relaciones con el acreedor garantizado, por el contrato de prenda irregular, al colocarse, en vía subrogatoria *ex artículo 1.111 del Código civil*, en la posición del constituyente y poder exigir, en su lugar, una vez cumplida la obligación garantizada, el crédito por la restitución íntegra del *tantundem*.

c) Finalmente, una vez vencida e incumplida la obligación garantizada, y admitido el carácter automático del efecto compensatorio de la prenda irregular, los acreedores del constituyente de la prenda irregular sólo pueden embargar el crédito de éste, contra el acreedor garantizado, por el exceso de valor del *tantundem* sobre el crédito garantizado (supuesto que tal exceso, como es lo normal, exista).

4.5. A la vista de todo lo cual, y teniendo en cuenta que en el caso de la sentencia comentada, el embargo de la imposición a plazo fijo (o sea, del crédito restitutorio, por el *tantundem*, de los deudores ejecutados contra la Caja de Ronda), se ha producido con posterioridad al vencimiento (e incumplimiento) del crédito a cuya garantía estaba afecta, ha de concluirse, que dicho embargo sólo podía referirse al exceso de valor entre dicho crédito restitutorio (25 millones de ptas.) y el garantizado (22 millones de ptas.): o sea, el crédito restitutorio de 3 millones de pesetas, de los deudores ejecutados contra la Caja de Ronda.

A este resultado se llega, tanto si consideramos que la prenda irregular produce su efecto compensatorio automáticamente —en realidad, por lo dicho antes, al ser homogéneos los objetos de la deuda restitutoria y de la garantizada, y ser ésta cierta, nos hallaríamos, en el caso de la sentencia comentada, ante un pago anticipado—, como si, aplicando la doctrina de la compensación ordinaria o propia (art. 1.202 Cc), entendemos que la compensación de dos créditos, alega-

da a instancia de cualquiera de los acreedores recíprocos (aquí la banca garantizada), produce sus efectos retroactivamente al momento de su concurrencia con los requisitos legales de compensabilidad (aquí, el vencimiento de la obligación garantizada). [Esta es la doctrina mayoritaria en materia de compensación: voluntad-instancia de parte en cuanto a la alegación; automaticidad-retroactividad, *ex art. 1.202 Cc*, en cuanto al efecto extintivo: *vid.*, p. ej., López Vilas, en *Comentarios Albaladejo*, XVI, vol. 1.º, Madrid, 1980, *sub art. 1.202*, p. 483 y ss., espec., 496-497; Delgado Echeverría, en Lacruz y otros, *Elementos*, II, vol. 1.º, Barcelona, 1985, 2.ª ed., p. 424 y ss.; Díez-Picazo/Gullón, *Sistema*, II, Madrid, 1989, 6.ª ed., pp. 194-195.]

Claro, que la defensa de la Caja de Ronda... se ha perdido por los cerros de Ubeda, al fundamentar el recurso de casación en unas normas —referidas a la prenda regular— que no eran, en absoluto, de aplicación al caso. Pero, si se parte, con la doctrina más autorizada, de la automaticidad del efecto compensatorio en la prenda irregular, especialmente claro, como se ha visto ya, en un caso como el de la sentencia comentada, aquel efecto debió ser reconocido en todo caso; y, por otra parte, al alegar la Caja de Ronda la garantía pactada, y la consiguiente indisoluble vinculación, establecida por voluntad de las partes del contrato de prenda irregular, entre el crédito restitutorio y el vencimiento del crédito garantizado, podrían darse por sobradamente cubiertas las exigencias de alegación de la compensación ordinaria o propia, a pesar de la errada invocación de las normas de la prenda regular, si se considera —cosa que no parece, y más, por las razones antes dichas, en un caso como el de la sentencia comentada— que una tal alegación era necesaria. O sea, lo que quiero decir, es que, de pensar que nos hallamos ante una compensación ordinaria, la alegación del contrato de prenda irregular, debería tener la misma virtualidad que la alegación de un contrato de cuenta corriente; en uno y otro caso esa alegación lleva necesariamente implícita la de la compensación final (para el supuesto de incumplimiento de la obligación garantizada, en el primer caso); porque ésta resulta del propio contenido de los pactos y de su función-causa: lo que, para la prenda irregular, se traduce en la repetida indisociabilidad del crédito garantizado y el restitutorio del *tantundem*; del mismo modo que, para la cuenta corriente, en la de los múltiples créditos recíprocos existentes entre sus partes en el momento de la liquidación. En ambos casos son los propios pactos los que conducen a la *necesidad* de determinar el saldo final.

Tampoco es obstáculo para el aludido efecto compensatorio, y para los que piensen que nos hallamos ante una compensación ordinaria, el embargo que pesa sobre el crédito restitutorio de los deudores ejecutados (art. 1.196-5 Cc), pues tal embargo para que impidiese la compensación, habría de ser anterior al momento de la concurrencia de los dos créditos compensables (con los requisitos legales necesarios para ello) —aquí el del vencimiento de la obligación garantizada que se compensa con el crédito restitutorio—, por la eficacia retroactiva, a ese momento, de la alegación posterior de la compensación, aun siendo dicha alegación posterior al embargo, siempre que éste, a su vez, sea posterior a aquel primer momento (*vid.*, Delgado, *op. cit.*, p. 422; López Vilas, *op. cit.*, *sub artículo 1.196*, p. 438).

En resumen, pienso, como dije al principio, que la sentencia comentada, acertando al excluir las normas de la prenda regular, erróneamente alegadas como

infringidas por la Caja recurrente, no ha sabido, en cambio, apreciar, en su justo valor garantístico (de prenda irregular, al amparo del art. 1.255 Cc), la estipulación que medió entre los deudores ejecutados y dicha recurrente.

4.6. En cambio, en otro caso de prenda irregular (afectación, para garantía de las deudas de un socio con una sociedad comanditaria, del capital aportado por el primero a la misma), el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de octubre de 1891 (*Col. RGLG*, vol. 70, núm. 55), reconoció la preferencia de la sociedad acreedora frente al acreedor personal del socio y embargante de su participación en el capital social, acogiendo la tercería de mejor derecho interpuesta por dicha sociedad contra el embargo de tal acreedor personal. Preferencia de cobro que significó la previa imputación-compensación a la aportación del socio de sus deudas pendientes con la sociedad, y la consiguiente limitación del embargo del acreedor personal al *remanente*. A esta afirmación (pienso que correcta), llegó, entonces, el Tribunal Supremo sobre la base errónea de que existía verdadera prenda (derecho real) y consiguiente preferencia de cobro, y es esta errada doctrina, la que, a su vez, equivoca el planteamiento de Viñas (op. cit., p. 346). La verdad es que no hay prenda, ni derecho real, ni privilegio, pero sí (automática) extinción de las deudas en la cantidad concurrente, como consecuencia de esa imputación-compensación impropia, a través de la cual se realiza la función de garantía de la prenda irregular. En todo caso, aquella antigua sentencia, por encima de las imprecisiones técnicas, sí supo reconocer la virtualidad garantística del pacto atípico de prenda irregular. Lo contrario, como se ve, que le sucede a la sentencia comentada.

La otra sentencia que la doctrina española suele recoger a propósito de la prenda irregular, es Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1930 (R.A. 722). Pero, a pesar de las afirmaciones en este sentido del propio fallo, resulta enormemente dudoso que se tratase, en el caso, de una prenda irregular, pareciendo éste, más bien, serlo de una prenda regular sobre títulos valores, a la que se adosó un pacto comisorio (nulo *ex art.* 1.859 Cc, claro), sin que, por otra parte, al no respetarse las exigencias del artículo 1.865 Cc (cfr. además, art. 320 y ss. Ccom.), tal garantía pudiese perjudicar a los demás acreedores del constituyente (vid., en este sentido, Díez-Picazo, en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, II, Madrid, 1981, p. 386 y ss., sent. núm. 390; y cfr. Gujarte, op. cit., p. 413).

5. Para concluir, que, ciertamente, ya es hora, dos breves apuntes acerca del régimen de la prenda irregular, que me parecen de interés:

1) De su carácter eventualmente solutorio y, en todo caso, transmisivo al acreedor garantizado de la propiedad de las cosas entregadas, lo que hace perder sentido a todo privilegio o ejecución sobre las mismas por parte del acreedor garantizado, deduce la doctrina italiana la inaplicabilidad a la prenda irregular del equivalente italiano (art. 2.787 C. civ. it.) de nuestra norma del artículo 1.865 del Código civil (vid., Dalmartello, voz cit., p. 804, *sub* n. 7; Gorla, op. cit., p. 31).

2) También de su carácter solutorio, o, en todo caso, del automatismo de la compensación impropia necesariamente implícita en ella, caso de incumplimiento de la obligación garantizada, deduce la doctrina que la compensación-liberación opera en favor del deudor garantizado, incluso cuando el vencimiento de la obligación garantizada se produce, estando en ese momento pendiente, después de la declaración en quiebra del acreedor garantizado (vid., Gorla, op. cit., p. 29; Messineo, voz cit., p. 652; Viñas, op. cit., p. 349).

Mientras que, como es sabido, para la compensación ordinaria, la doctrina española mayoritaria (con autorizadas voces discrepantes) entiende, que sólo pueden compensarse con créditos del quebrado, los créditos de sus deudores que ya estuviesen vencidos antes, no ya sólo de la fecha en que se declara la quiebra, sino de aquella otra a la que se retrotraen sus efectos (Vid., p. ej., López Vilas, op. cit., p. 439; Díez-Picazo, *Fundamentos*, I, Madrid, 1983, 2.ª ed., pp. 656-657; Delgado, op. cit., p. 427).

De admitirse como exacta esta segunda consecuencia, el deudor garantizado (o el constituyente de la prenda irregular) debería insinuarse en la masa concursal, sólo por el (eventual) exceso de valor de su crédito restitutorio respecto del garantizado (así, Gorla, op. y loc. ult. cit.). Mientras que en el activo de dicha masa sólo podría figurar el (eventual) exceso de valor del crédito garantizado sobre el crédito restitutorio, por el *tantundem*, contra el quebrado.

FRANCISCO JORDANO FRAGA  
*Profesor Titular de Derecho civil.*  
*Universidad de Sevilla*