

Cuestiones de preferencia en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento

ANTONIO GULLON BALLESTEROS

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago

LOS EMBARGOS EN LA LHM Y PSD.

1) *El embargo de bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria.*

Uno de los más importantes problemas que, a nuestro juicio, suscita la LHM. En efecto, la Exposición de Motivos de la misma ha contemplado las anotaciones de embargo en relación con la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento. Pero las directrices que marca en la Exposición no tienen desarrollo adecuado en el articulado de la Ley, ni tampoco en el Reglamento. Por otra parte, el legislador está constantemente preocupado por la simplificación del sistema, a fin de evitar conflictos perjudiciales a la hora de la ejecución de la garantía: «Se ha creído conveniente —dice la E. de M.— no admitir la posibilidad de hipoteca o prenda sin desplazamiento de bienes que, pudiendo serlo por su naturaleza, se hallan en situaciones jurídicas especiales; así ocurre con los bienes anteriormente hipotecados, pignorados o embargados, y con las cuotas indivisas de aquéllos. Aunque, en principio, no existe inconveniente teórico para admitirlas, se ha estimado que, desde un punto de vista práctico, debían excluirse, con el fin de dar a la nueva institución la mayor sencillez y seguridad posibles y evitar situaciones que conducirían a colisiones de derecho y que en el momento de la ejecución crearían un confucionismo perjudicial para el buen desarrollo de ambas». Por lo que a nuestro tema importa, de las palabras transcritas pudiera desprenderse fácilmente que no autoriza la ley la existencia de una prenda sin desplazamiento o una hipoteca mobiliaria, sobre un bien susceptible de ser objeto de tales garantías, *si el mismo se encuentra embargado* con anterioridad. La prohibición de gravarlo se afirma también en el artículo 2.º de la Ley.

Sin embargo, lo que parece tan sencillo de interpretación no lo es en realidad, como veremos. Para la debida solución del problema, conviene, ante todo, distinguir, como posibles objetos de la anotación de embargo, entre bienes que tienen aptitud para ser

hipotecados o dados en prenda sin desplazamiento (porque están comprendidos en la enumeración cerrada de la Ley), y créditos hipotecarios o pignoratícios.

¿Es posible la constancia en el Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento (RHM-PSD) de una anotación de embargo sobre bienes susceptibles de hipoteca o prenda, pero que no se hallen gravados? No hay duda de la afirmativa. El artículo 68, *d*) de la Ley alude a «los mandamientos judiciales de embargo y los de su cancelación sobre bienes susceptibles de gravamen hipotecario o pignoratício o sobre los créditos inscritos» como parte del contenido de los libros registrales. Además, el artículo 39 del Reglamento, aceptando esta idea, dispone: «Cualquier anotación preventiva podrá abrir folio independiente cuando afectare a bienes susceptibles de hipoteca o prenda, *si tales bienes no figurasen hipotecados o pignorados*».

Pero es precisamente esta anotación de embargo sobre bienes no gravados la que obliga a acusar la inconsecuencia de la E. de M. En líneas anteriores veíamos que la hipoteca o prenda constituida después de practicado el embargo era nula por el artículo 2.º de la Ley, siendo éste uno de los principios cardinales de la regulación legal. En cambio, la E. de M. plantea la cuestión desde un doble punto de vista: *a*) anotación del embargo, y *b*) embargo decretado por la Autoridad judicial y no llevado al Registro.

La anotación de embargo obedece a un fundamento. «El fundamento —dice la E. de M.— está en el precepto según el cual se prohíbe la hipoteca y la prenda sin desplazamiento sobre los bienes que estuvieren embargados, en cuyo caso, si se constituyere, será nula. Mas para la garantía del acreedor, es necesario arbitrar un medio por el que pueda conocer la posible existencia de aquellas afecciones judiciales, distinto de la obligada declaración del deudor. Este medio no puede ser otro que la anotación de los embargos. De este modo, anotado un embargo, si posteriormente se constituye una hipoteca, carecerá ésta de toda efectividad y no será inscribible. Asimismo ocurrirá con la prenda».

Esta idea del legislador expresada en la E. de M. llevaría a la siguiente interpretación del artículo 2.º de la Ley: la prohibición de gravar con H.M. o PSD un bien susceptible de ello cuando se encuentre ya embargado, con la secuela de nulidad del gravamen, está limitada a los supuestos en que figure en el Registro *anotado el embargo*. Su constancia registral cerrará aquél al acreedor hipotecario o pignoratício. Por el contrario, la falta de anotación no determinará la nulidad de la hipoteca o prenda. Señala la E. de M. que «si se hubiere decretado aquél por la Autoridad judicial, pero no se hubiere llevado al Registro, tanto la hipoteca como la prenda serán válidas y gozarán de rango preferente a ese embargo no acogido a su debido tiempo a la publicidad registral».

Sin embargo, y dentro de esta línea de interpretación del artículo 2.º de la Ley, cabe preguntar si basta sólo *la falta de anota-*

ción del embargo para dar validez y preferencia a la garantía real. Si nos fijamos en el artículo 13 de la LHM nuestra contestación ha de ser forzosamente negativa, porque preceptúa la necesidad de que el hipotecante declare en la escritura de constitución de hipoteca que el bien no se encuentra hipotecado, pignorado o *embargado*. Es evidente que tal declaración no es un adorno de la escritura, sino que tiene como finalidad el cumplimiento del artículo 2.º de la Ley. Si el deudor declarase el embargo, a pesar de su falta de anotación, se impone el cierre del Registro, porque la escritura de constitución de hipoteca infringe de una manera clara, directa y concreta, una disposición de carácter imperativo (vid. art. 72 c) de la Ley).

Ahora bien, si se estimase que el artículo 2.º se refiere al embargo *anotado*, y que la E. de M. dice tajantemente que la falta de anotación hará válida la hipoteca o prenda, las conclusiones anteriores deben ser rechazadas. Pese a la declaración del hipotecante, la falta de anotación no cerrará el acceso a la hipoteca, ni le privará de la preferencia ínsita en la garantía.

Parece necesario, a nuestro juicio, distinguir en la cuestión dos supuestos diferentes, que producirán diversas consecuencias jurídicas. Por una parte, la declaración del deudor hipotecante del embargo realizado, y por otra, la inexactitud de la misma. En el primer caso, pese a la falta de anotación, la garantía no tendrá acceso al Registro. En el segundo, si no consta en éste el embargo, será válida y producirá todos sus efectos. No hay que olvidar que la E. de M. concibe la anotación como un medio de conocimiento de las afecciones judiciales, *distinto de la obligada declaración del deudor*. En otras palabras, que las anotaciones de embargo dan origen a una problemática especial cuando falla el conocimiento de la verdadera situación de los bienes por la simple aplicación del artículo 13 de la LHM.

Así, pues, el artículo 2.º de la Ley hay que interpretarlo en función del artículo 13, por lo que respecta a la declaración del deudor, y del artículo 68, d) con el alcance que da la E. de M. a las anotaciones de embargo sobre bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria.

La alteración de la *naturaleza* de los embargos de bienes muebles susceptibles de hipoteca, pese a la E. de M., creemos que es la causa de dar validez a la hipoteca o prenda constituida con posterioridad cuando no se ha practicado la anotación. Afirma autorizadamente VALLET DE GOYTISOLO que «dos autores del anteproyecto entendían que la perfecta identificación registral de los bienes hipotecables justificaba la sustitución del depósito de los mismos, «en persona de responsabilidad», conforme al artículo 1.400, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento civil por su anotación en el Registro de hipoteca mobiliaria, paralelamente a lo que se dispone para la anotación de embargos sobre inmuebles en el Registro de la Propiedad en el 1.º del mismo artículo. De este modo resulta

imprescindible la anotación de los embargos de los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria» (1). La E. de M. de la Ley amplía el sistema tanto a esos bienes como a los susceptibles de prenda sin desplazamiento. Es decir, que para los bienes muebles hipotecables se seguían los principios admitidos en materia de inmuebles. Para los bienes muebles gravables con prenda sin desplazamiento, el depósito previsto en el artículo 1.409 de la L. E. C. La falta de posesión por parte del deudor impediría todo posible enajeno a los terceros.

El problema de la eficacia de la hipoteca o prenda constituida después de un embargo no anotado en el RHM y PSD no ha dejado de preocupar a la doctrina. En el primer estudio completo sobre el sistema mobiliario registral que se ha realizado, el profesor Cossío se pregunta si la anotación es constitutiva o meramente potestativa en los casos en que los bienes muebles a que se refiera no estén hipotecados ni pignoralados y textualmente dice: «Consideramos que la falta de anotación en tales supuestos no determina en absoluto la ineficacia del embargo, sino simplemente la consecuencia de que sí con posterioridad al mismo se constituye un derecho real de garantía sobre el bien embargado y tal derecho fuere objeto de inscripción en el Registro, el embargo no podrá en modo alguno afectar al acreedor que inscribió su derecho de buena fe, ya que iría contra los principios del sistema al amparar, en perjuicio de éste, al embargante que no desarrolló la diligencia necesaria para conseguir la garantía registral de su derecho, mediante la anotación oportuna. Ello, naturalmente, sin perjuicio de la responsabilidad de carácter civil o criminal en que haya podido incidir el propietario de los bienes embargados que constituyó la hipoteca o la prenda posteriormente a dicho embargo» (2).

Así, pues, llega el profesor Cossío agudamente a la misma solución apuntada por la E. de M. por caminos más ortodoxos. No tiene necesidad de violentar el significado y naturaleza del embargo de bienes muebles, tal y como se admite por la L. E. C. Únicamente a través de los puros principios hipotecarios. La buena fe del acreedor hipotecario o pignoralicio, su desconocimiento del embargo del bien gravado (que se opera por los cauces comunes), hace que se mantenga su derecho con preferencia al embargante.

Posición radicalmente contraria a la de la E. de M. mantiene VIOLA SAURET. El embargo de bienes muebles queda constituido extrarregistralmente por la desposesión judicial. A pesar de no haberse anotado preventivamente en el RHM-PSD, la garantía será útil por aplicación del artículo 2.º. No hay en la Ley precepto alguno que convierta en constitutiva la anotación de embargo. «Aho-

(1) Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XI, pág. 135.

(2) El sistema mobiliario registral, en *Estudios Jurídicos Varios* (Centenario de la Ley del Notariado), vol. II, Madrid 1962, pág. 417.

ra bien —afirma—, si no se ha anotado el embargo, no existirá obstáculo registral para la inscripción de una HM o PSD posterior; será precisa una acción de nulidad o de rectificación del Registro, cuyos asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 3.º, LHM), para cancelar dichas HM o PSD aparentes. El peligro que asume el embargante que no anote es ese, el de tener que seguir un declarativo para rectificar el Registro, antes de la ejecución de la HM o PSD, en cuyos procedimientos no está prevista la suspensión (así, art. 85, LHM) por el simple acreditar de su embargo» (3).

Coincide en parte la tesis anterior con la E. de M. y en parte se aparta de ella. La coincidencia se observa al mantener la validez de la hipoteca o prenda posterior al embargo. El alejamiento al afirmarse que el acreedor embargante tiene una acción de nulidad de la garantía inscrita basada en el artículo 2.º de la Ley, mientras que en la Exposición la garantía genera una preferencia siempre frente al embargante. Cabe oponer a ello la dificultad que se crearía al Juez cuando el acreedor hipotecario o pignoraticio alegase el desconocimiento del embargo, o en otras palabras, su buena fe (punto visto certeramente por el profesor Cossío). No creemos prevaleciese la consideración objetiva del mencionado artículo 2.º.

En realidad, todas las dificultades que suscita el tema tratado tienen por causa la exacta observación de VALLET DE GOYTISOLO: «Ningún artículo determina la eficacia de las anotaciones de embargo ni las consecuencias de su falta de anotación» (4). ¿Se deducirá de ello que la LHM no ha puesto ninguna alteración en materia de embargos cuando recaen sobre bienes muebles a los cuales es susceptible de aplicarse aquélla? No nos atreveríamos a sostenerlo. La L. E. C. no menciona la posibilidad de anotación preventiva sobre bienes muebles. En cambio, tanto la LHM como el Reglamento, sí. Es decir, que leyes posteriores han introducido una novedad fundamental en materia de embargo de bienes muebles hipotecables o aptos para ser objeto de prenda sin desplazamiento. Ante el silencio de las mismas sobre sus efectos, sobre su eficacia en general, se podría pensar en la aplicación de la Disposición Adicional 3.ª de la LHM, y acudir a la Ley Hipotecaria para suplir la laguna. La solución que se obtendría no sería, ni más ni menos, que la recogida en la E. de M. para el supuesto de la garantía constituida después del embargo no anotado. Por otra parte, no conviene olvidar que el Anteproyecto de la LHM seguía el mismo sistema del embargo de inmuebles para el embargo de los muebles a los cuales la última se refería.

Interesa, sin embargo, no perder de vista que el recurso a la Disposición Adicional 3.ª no puede ser incondicionado. La razón es sencilla. En la Ley Hipotecaria no se plantea nunca el problema

(3) Los problemas registrales de la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento a través de los principios, en *Anales de la Academia* cit. pág. 469.

(4) Planteamiento..., cit., pág. 136.

de la validez de una hipoteca constituida después de un embargo no anotado en el Registro de la Propiedad. En cambio, en la LHM se interfiere, como expusimos al comienzo de este epígrafe, el artículo 2.º, que obliga precisamente a hacer cuestión de esa validez. La LHM habla de bienes *embargados*. Teniendo en cuenta las alteraciones que impone la misma al embargo de muebles susceptibles de hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento a los efectos única y exclusivamente de evitar la posterior constitución de garantías reales, entendemos que el embargo contemplado en el artículo 2.º es el anotado en los libros registrales (salvo la declaración del art. 13). No quiere ello decir, en modo alguno, que el embargo practicado de acuerdo con lo dispuesto en la L. E. C. no se constituya sin la anotación registral. Lo que ocurre es que sin la misma no tiene virtualidad para impedir la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento posterior ni mucho menos para que el embargante accione en juicio declarativo contra la nulidad de estas garantías al amparo del artículo 2.º, y, en consecuencia, tengan preferencia. Pudiera afirmarse, pues, que la anotación de embargo tiene una función constitutiva en relación con el acreedor hipotecario o pignoraticio, en tanto que sus garantías son *válidas*, no infringen la prohibición del artículo 2.º, si no se ha practicado la anotación en el Registro. Por otra parte, y como no pugna con la naturaleza del embargo del bien mueble, se entiende perfecto a pesar de su falta de anotación con su correspondiente preferencia, si bien postergada ésta a la de la garantía real.

2) *El embargo de bienes susceptibles de prenda sin desplazamiento.*

Si nos atenemos a la E. de M. de la Ley, la solución en tales supuestos sería idéntica a la que se patrocina respecto de los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria. No existe una distinción concreta y específica en cuanto a sus regímenes.

No obstante, se pueden señalar opiniones discrepantes en la doctrina. Así la de VALLET DE GOYTISOLO. A su juicio, hay que distinguir entre los embargos con desposesión del deudor y los embargos que no la ocasionen, «sea en virtud de haberse designado al deudor mismo como depositario, o bien por haber sustituido la desposesión por la anotación. El embargo con desposesión del deudor hecho con anterioridad a la prenda sin desplazamiento, impedirá la constitución de ésta, aun cuando no haya sido anotado. Porque el deudor sin posesión no puede constituirse depositario del bien a pignorar, requisito esencial de la prenda sin desplazamiento que ningún acreedor puede desconocer por la publicidad que significa la posesión del deudor pignorante» (5).

En realidad, es lícito dudar hasta qué punto se ha de considerar exacta la solución que para los embargos sobre bienes pignora-

(5) Planteamiento..., cit., pág. 137.

bles sin desplazamiento da la E. de M., y ello debido a que el mutismo de la Ley en materia de hipoteca mobiliaria parece no existir ahora. El artículo 56 de la misma dispone que «la constitución de la prenda no perjudicará, en ningún caso, los derechos legítimamente adquiridos, en virtud de documento de fecha auténtica anterior, por terceras personas sobre los bienes pignorados y sin perjuicio de la responsabilidad, civil y criminal, en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda como libres cosas que sabía estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen». No hay dificultad en considerar protegido al embargante, una vez que el embargo ha sido debidamente constituido, contra el acreedor pignoraticio posterior por este precepto, pese a que no haya anotado su embargo en el RHM y PSD. Una limitación a la eficacia del artículo 56 basada en el criterio de la E. de M. parece contradictoria, porque si tal disposición sirve para amparar al titular de un derecho de prenda con desplazamiento de posesión anterior (vid. también art. 1.865 C. c.), no se ve razón para mantener distinto criterio con relación al acreedor en un embargo mobiliario, que no presenta unas diferencias esenciales con el derecho de prenda, a no ser por la naturaleza del título de su constitución y del procedimiento por el cual se llegue a la ejecución.

3) *Embargo posterior a la constitución de hipoteca mobiliaria sin desplazamiento.*

No existe ningún precepto prohibitivo de la anotación de embargo, aunque la hipoteca o prenda serán preferentes al mismo. Si bien aquí no se plantean los problemas que hemos examinado respecto a la eficacia de la anotación de embargo, conviene al acreedor la anotación del mismo a efectos de su intervención en los procedimientos ejecutivos para realizar las garantías reales.

4) *Pluralidad de embargos sobre un mismo bien hipotecable o pignorable.*

Dos cuestiones interesa señalar. En primer lugar, la posibilidad de extender la prohibición de hipotecar o dar en prenda por segunda vez el mismo objeto, que se consigna en el fundamental artículo 4.º de la Ley, a los casos de segundo embargo. En segundo lugar, el de la preferencia entre sí de los acreedores embargantes.

Apunta el profesor Cossío, en contra de la extensión del artículo 4.º a los embargos, las siguientes razones: 1.ª Que, dado el carácter prohibitivo del expresado precepto, y en cuanto el mismo viene a establecer una limitación a las facultades dispositivas del propietario, no es posible darle una interpretación extensiva o analógica, sino que habrá de concretarse su actuación a los supuestos de hipoteca y prenda. 2.º Que la medida iría contra el artículo 1.911 del Código civil y privaría al acreedor del derecho que,

en todo caso, le hubiere podido corresponder el exceso del precio. 3.º Que, congruentemente con esta interpretación, la regla 10 del artículo 84 de la Ley determina que si el precio obtenido mediante la subasta de la cosa fuere superior a las cantidades adeudadas al titular de la hipoteca, «se consignará el exceso en el establecimiento público destinado al efecto o se entregará a quien tuviere derecho» (en el mismo sentido la regla 10 del artículo 87 y la 5.ª del artículo 92 de la Ley), lo que demuestra que en este caso el derecho del embargante será sólo al exceso de precio que pueda obtenerse en la venta de la cosa gravada (6).

Supuesto, por tanto, que no hay obstáculo legal alguno para que sobre un mismo bien pudieran recaer varios embargos, queda por resolver la cuestión relativa a la preferencia de los acreedores que han anotado los mismos en el RHM y PSD. La solución que parece desprenderse de la mecánica de las anotaciones preventivas de embargo es la que nos remitiría al artículo 44 de la Ley Hipotecaria por la vía de la Disposición Adicional 3.ª de la LHM ante su silencio. En tal sentido se pronuncia VIOLA SAURET: «Si concurren varios embargos, aparte del muy posible problema resultante de no ser idénticos los bienes sobre que recaen, su prioridad, en virtud de la Adicional 3.ª de la LHM, debe regularse por el artículo 44 de la LH y el artículo 1.923» (7). Es decir, que entonces tendríamos que plantear la dificultad ya tradicional en este punto: dilema entre el artículo 1.923 y el artículo 1.927 del Código civil. Preferencia por la antigüedad de la anotación o preferencia del acreedor embargante que anota respecto a créditos posteriores.

Sin embargo, creemos que la cuestión no puede llevarse al terreno de la preferencia entre acreedores *anotantes*. No hay que olvidar que la anotación de embargo contemplada en la LHM *juega tan sólo en relación con la hipoteca o prenda, como se desprende de la E. de M.*

En efecto, la E. de M. concede a la anotación de embargo estas tres finalidades:

1.º Si son posteriores a la hipoteca, para evitar su desconocimiento en el momento de la liquidación de cargas y gravámenes en caso de ejecución.

2.º Si se anotan antes de la constitución de la hipoteca o prenda, para garantía del acreedor, ya que su derecho de garantía no tendrá acceso al Registro.

3.º Si no se ha practicado la anotación del embargo ordenado por la autoridad judicial, la hipoteca o prenda, que nace con posterioridad, tiene acceso al Registro y es preferente al crédito del acreedor embargante.

No se predica, pues, ningún otro efecto de la anotación de embargo. Acudir al régimen de la LH, está fuera de lugar, porque

(6) El sistema mobiliario registral..., cit., pág. 418 y s.

(7) Los problemas..., cit., pág. 470.

supondría hacer caso omiso del artículo 1.922 que regula la preferencia entre créditos dotados de privilegios especiales sobre muebles, y del artículo 1.924, que recoge los privilegios generales que pueden recaer tanto sobre muebles como inmuebles. La colisión entre acreedores embargantes de muebles hipotecables o pignora- bles encuentra su solución fuera del marco de la LHM.

5) *El embargo anotado y la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento constituida con anterioridad pero no inscrita.*

Se ha sostenido (8), que, a pesar de la anotación de embargo, la hipoteca o prenda sin desplazamiento no puede encontrar vedado el acceso al Registro. El artículo 2.º de la LHM, se refiere, por tanto, a la fecha de constitución de la hipoteca, prenda o embar- go, y no a la fecha de inscripción o anotación. De aceptar la te- sis contraria, se dice: «se daría a ésta (anotación de embargo) un alcance y valor prevaleciente sobre aquélla (hipoteca mobiliaria), no reconocido por la Ley, ni por la jurisprudencia, ni por la doc- trina; contrario, desde luego, a los principios de publicidad, buena fe y demás básicos en la legislación hipotecaria».

Las bases de esta posición descansan en los siguientes puntos: 1.º El artículo 3.º de la LHM dice que se *constituirá* la hipoteca mobiliaria en escritura pública, en la que se deberá hacer constar la declaración del hipotecante de que los bienes no están hipoteca- dos, pignorados ni embargados. 2.º Si esa declaración es negativa, y en la fecha en que aquélla se autoriza por el Notario no aparece en los asientos del Registro embargo, hipoteca o prenda, habrá quedado observado el artículo 2.º y la escritura, extendida con arreglo a las formalidades legales, será inscribible en el Registro, y ello aunque la declaración sea inexacta, por fraude o error, sin perjuicio de las consecuencias de orden penal y civil que se deriven. 3.º Los artículos 85 y 93 de la LHM. Los supuestos previstos en ellos no se pueden producir de afirmarse que el artículo 2.º contem- pla el momento de practicarse la inscripción. 4.º Los efectos pro- pios de las anotaciones de embargo, que según doctrina admitida, no se anteponen, entre otros, a los actos de disposición otorgados con anterioridad, pero no inscritos en el Registro.

Creemos, sin embargo, que no hay motivos para pensar en que la LHM, ha introducido una novedad tan radical en el sistema mo- biliario, aunque con sus propias características, como sería el de uegar el valor constitutivo que tiene la inscripción para la hipo- teca. Por otra parte, los artículos 85 y 93, con sus concordantes, están pensados bajo presupuestos totalmente distintos, como in- mediatamente tendremos ocasión de comprobar. Y, por último, si

(8) POVEDA MARTÍN: Interpretación y cumplimiento del artículo 2.º de la Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1961, págs. 937 y ss.

es verdad que las anotaciones de embargo generan esos efectos antedichos (aunque esto no es tan indiscutible como parece darlo por sentado POVEDA MARTÍN), no lo es menos que siempre se han exceptuado los actos de disposición que se concretan en la constitución de una hipoteca. Se ha admitido (en el sistema inmobiliario registral) que la preferencia ínsita en la hipoteca requiere para su efectividad la inscripción registral. En el sistema mobiliario, y por exigencias derivadas del artículo 2.º de la Ley, la hipoteca que se pretende inscribir con posterioridad no tendría acceso al Registro (8 bis).

6) *Embargo de pertenencias hipotecadas con el establecimiento mercantil en su fase de afección con la cosa principal y de ruptura de la unidad pertenencial.*

Será de aplicación la norma general de la preferencia del embargo sobre la hipoteca o prenda ya estudiada. Para fundamentar esta solución, remitimos a lo que inmediatamente diremos sobre la hipoteca de estas pertenencias.

COLISIONES ENTRE LA LEY DE HIPOTECA MOBILIARIA
Y LA LEY HIPOTECARIA.

El artículo 75 de la L. H. M. las resuelve estableciendo, como exactamente pone de manifiesto el profesor COSSÍO, «una excepción al sistema de publicidad aceptado y una verdadera subordinación del Registro Mobiliario al Registro de la Propiedad» (9).

El artículo 75 parte del presupuesto de que los bienes hipotecados (HM) o gravados con prenda sin desplazamiento pueden volver a ser objeto de garantía real hipotecaria, constituida al amparo de la LH. Así, v. gr., una hipoteca de establecimiento mercantil que grava al titular del mismo, siendo éste al propio tiempo propietario del edificio donde aquélla se instala, no impide que posteriormente hipoteque, de acuerdo a la LH, el edificio. La preferencia entre ambas garantías reales está en función de la nota marginal que hace referencia, en la inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad, a la garantía real mobiliaria constituida. Dispone el artículo 75: «Cuando se hipoteque un establecimiento mercantil o maquinaria industrial o se pignoren bienes susceptibles, uno y otros, de extenderse a ellos la hipoteca del inmueble donde están instalados, conforme al artículo ciento once de la Ley Hipotecaria, se hará constar la constitución de la hipoteca o prenda al margen de la inscripción de dominio del inmueble a favor del que hipoteca o pignora. *Igual nota se extenderá al margen de la inscripción de la concesión del tranvía cuando se hipotequen éstos. Extendida*

(8 bis) Vid. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo III, pág. 475, nota 1.

(9) El sistema mobiliario registral..., cit., pág. 464.

esa nota marginal, la hipoteca mobiliaria o la prenda serán preferentes, en cuanto a dichos bienes, respecto a cualquier hipoteca inmobiliaria o gravamen que se inscriba posteriormente con pacto de extensión a los mismos. Si en el Registro apareciere inscrito, a favor del que hipoteca o pignora, el derecho de arrendamiento del local donde radique el establecimiento mercantil o las máquinas hipotecadas o los bienes pignorados, se extenderá, igualmente, nota al margen de la inscripción correspondiente, en la que se hará constar la constitución de la hipoteca mobiliaria o de la prenda. Extendida esta nota surtirá los efectos señalados en el párrafo anterior.»

Así, pues, no ha pasado desapercibido a la LHEM que el campo propicio para las colisiones con la LII, es precisamente el de la extensión de la hipoteca inmobiliaria a las pertenencias con arreglo al artículo 111 de la LH. Pero cabe preguntarse si el artículo 75 basta para solucionar todos los problemas que se deriven de ello. Quizá hubiera que contestar negativamente, no tanto por imperfección de la LHEM, como por la naturaleza propia, especial, de ese estado de hecho que constituye la pertenencia, a la que es muy difícil la aplicación íntegra de un sistema de publicidad, por perfecto que fuese. La desvinculación de la cosa mueble, bien por ánimo fraudulento del propietario de la principal, bien por necesidades de una buena administración, la ruptura de la unidad pertenencial en suma y el lanzamiento al tráfico jurídico del objeto mueble individualizado, puede dar al traste con el pensamiento del legislador de prohibir la constitución de hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento sobre objetos ya hipotecados por aplicación del artículo 111 de la LH. Precisamente la Resolución de 19 de noviembre de 1943, aludiendo al sometimiento de la unidad pertenencial a los principios básicos registrales, declaraba que «la fe pública registral no actúa en estos casos y sobre los muebles incorporados con la plenitud que de ordinario alcanza en su desenvolvimiento normal, porque el Registro no puede garantizar las complejas situaciones jurídicas que nacen de ese estado de hecho».

La doctrina ha dado diferentes soluciones para el problema que nos ocupa. GÓMEZ-ACEBO contempla el problema desde el ángulo de la hipoteca de establecimiento mercantil. Observa que el artículo 75 de la LHEM no dice nada para el caso de que la primera hipoteca sobre la pertenencia fuese inmobiliaria y la segunda mobiliaria, y estima que «si la pertenencia, en el momento de constituirse la segunda hipoteca, se halla en la misma situación que originariamente tenía, es decir, íntegra la relación pertenencial, la segunda hipoteca no es válida por aplicación del artículo 2.º, ya que el acreedor no podrá ampararse en su buena fe. Por el contrario, si subrepticamente se revoca la relación pertenencial y la cosa se adscribe a otro establecimiento y se hipoteca con éste o como

cosa independiente, ambas hipotecas coexisten y el rango lo decidirá la prioridad de la inscripción» (10).

Posesión contraria sustenta VIOLA SAURET. A su juicio, la rotura de la unidad pertenencial no implica que la hipoteca inmobiliaria que la gravaba (art. 111) o mobiliaria deje de sujetarla, ya que es de esencia a la garantía que grave los bienes hipotecados cualquiera que fuese su poseedor. La separación de la pertenencia de la cosa principal autorizará al acreedor para el ejercicio de la acción de devastación (arts. 117 de la LH y 18 de la LHM). Únicamente admite como válidos frente al acreedor aquellos supuestos en que la separación de la pertenencia es cosa compatible, o incluso exigible, con arreglo a una buena administración, según las concepciones del tráfico. Así, la sustitución de piezas deterioradas de un automóvil, etc. (11).

¿Qué posición adopta la LHM ante este problema? Si nos fijamos detenidamente en sus preceptos, vemos que no se ha limitado a consignar la prohibición del artículo 2.º y olvidar la posible situación fáctica de una pertenencia hipotecada que vuelve a ser objeto de otra hipoteca por su separación de la cosa principal. En efecto, el artículo 85, 4.º, establece como causa de suspensión del procedimiento de ejecución sumario de la hipoteca mobiliaria el gravamen anterior del objeto: «Si se acreditare, con certificación del Registro correspondiente, que los mismos bienes están sujetos a otra hipoteca mobiliaria o afectos a hipoteca inmobiliaria, en virtud del artículo ciento once de la Ley Hipotecaria, vigentes o inscritas antes de la que motivare el procedimiento. Estos hechos se pondrán en conocimiento del Juzgado de Instrucción correspondiente, a los efectos prevenidos en el artículo mil ochocientos sesenta y dos del Código civil». Lo mismo determina el artículo 86 en cuanto al procedimiento de ejecución extrajudicial, y el artículo 93, 4.º, para el procedimiento judicial sumario en materia de prenda sin desplazamiento (con el añadido de si el bien objeto de ejecución está sometido a otra prenda sin desplazamiento vigente o inscrita con anterioridad).

¿Qué efectos producirá respecto de la posterior constitución de la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento la desafectación de la pertenencia que ha sido hipotecada al amparo del artículo 111 de la LH?

Creemos de aplicación los artículos 85, 4.º; 86; 93, 4.º. Los mismos significan, como dice el profesor COSSÍO, «que la segunda hipoteca o prenda no sólo es jurídicamente nula, limitándose a producir una acción personal entre los contratantes, siendo equiparada a la promesa de constituir prenda o hipoteca, sino que, además, podrá exigirse la responsabilidad criminal en que incurriere el que defraudare a otro ofreciendo en prenda o hipoteca como libres

(10) La hipoteca de establecimiento mercantil, *Revista de Derecho Mercantil*, 1955, pág. 175.

(11) Los problemas..., cit., págs. 459 y ss.

cosas que sabía estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecían (art. 1862). El único privilegio que podrá alegar en estos casos el acreedor será el que derive de su constancia en escritura pública» (12).

Ahora bien, toda la fuerza de los preceptos citados descansa en la identidad de los bienes que son objeto de agresión. Por ello pensamos que hubiera sido un acierto de la LHM el contener unas inscripciones de referencia en el RHM cuando al amparo del artículo 111 de la LH se hubieren hipotecado pertenencias susceptibles de hipoteca mobiliaria independiente o prenda sin desplazamiento (13). De este modo se evitaría, salvo error o negligencia del Registrador, el fenómeno que trata de prohibir el artículo 2.º de la LHM (14).

CONCURSO DE HIPOTECAS MOBILIARIAS.

Por lo que respecta a las hipotecas mobiliarias, el problema es posible plantearlo en el ámbito de la hipoteca del establecimiento mercantil, ya que tratándose de bienes individualizados, la aplicación del artículo 2.º se presenta fácil. La segunda escritura de hipoteca no tendrá acceso al Registro.

(12) El sistema mobiliario registral..., cit., pág. 464.

(13) Hacemos aplicación al supuesto de hipoteca inmobiliaria de pertenencias de la idea de GÓMEZ-ACEBO (*La hipoteca...*, cit., págs. 139 y s.), que parece circunscribirla a la hipoteca mobiliaria de las pertenencias del establecimiento mercantil.

(14) Conviene precisar las razones que nos impulsan a ver en los preceptos citados en materia de suspensión de procedimientos sumarios y extra-judiciales la nulidad de la segunda hipoteca. El artículo 85 de la LHM y sus correlativos sigue de cerca al artículo 132 de la LH, que especifica taxativamente las causas de suspensión del procedimiento de ejecución sumario. Pero así como en el artículo 132 se preocupa de regular el legislador las actividades que deben suceder entre tanto (suspensión hasta la terminación del juicio criminal; hasta el término de la tercería; comparecencia de las partes en los casos tercero y cuarto), el artículo 85 de la LHM no las determina. Creemos que habrá que aplicar en lo posible el artículo 132 de la LH (Disposición Adicional 3.ª de la LHM). Sin embargo, el artículo 85 introduce una nueva causa que dice de «suspensión», y es la que nos ocupa. ¿Qué procede una vez acordada la suspensión? ¿Hasta cuándo dura? Una aplicación literal de la Ley nos llevaría a afirmar que el acreedor hipotecario que se funda en la causa cuarta para solicitar la suspensión, ha de seguir un juicio declarativo para pedir la nulidad de la hipoteca, o en su caso, la prenda sin desplazamiento posterior. Todo ello en base al artículo 3.º de la propia LHM, en su párrafo último. Pero prescindiendo del gravamen que ello supone, molestias y gastos, es que no tiene necesidad alguna de tan costoso procedimiento para llegar a privar a la segunda garantía de toda eficacia, porque ya se la quita la LHM en los artículos 85 y concordantes. La segunda hipoteca o prenda no se podrán nunca ejecutar. Carece del *jus distrahendi* en realidad. Ese acreedor hipotecario tendrá únicamente preferencia sobre los demás basada en su crédito escriturario. Por tanto, la suspensión puede durar indefinidamente. El número 4.º del artículo 85 es una consecuencia del artículo 2.º, que tiene una finalidad práctica ya puesta de relieve; la falta de necesidad de un declarativo para la cancelación del segundo gravamen en el Registro. Lástima que, como siempre, la legislación procesal común quede sin reformar.

En cambio, cuando se hipoteca un establecimiento mercantil con extensión a pertenencias que tienen aptitud para ser objeto, por sí solas, de hipoteca, cabría pensar en la desafectación de las mismas para estos fines, produciéndose entonces ese concurso que pueda llevar, según el criterio que se adopte, a mantener una coexistencia entre ellas o bien la exclusión de las que no tengan la calificación de primera hipoteca.

El problema ha preocupado a GÓMEZ-ACEBO, y para su desenvolvimiento y soluciones distingue varios casos:

1) Cosas que la LHM hace susceptibles de hipoteca como pertenencias del establecimiento mercantil y que son hipotecadas como adscritas a dos establecimientos distintos y objeto de dos hipotecas diferentes. La relación pertenencial es una relación de hecho y le basta al acreedor para su buena fe comprobar si existe o no dicha relación en el momento constitutivo de la hipoteca. El deudor puede sustraer subrepticamente una pertenencia ya hipotecada y adscribirla a otro establecimiento que va a ser hipotecado. Presupuesta la buena fe del acreedor, subdistingue entre: a) que las pertenencias se encuentren descritas en ambas escrituras de hipoteca del establecimiento. Las dos hipotecas son válidas, y su rango lo determina el principio *prior tempore*. Reconoce, no obstante, que los bienes no hipotecables autónomamente, como las instalaciones fijas, instrumentos de producción y trabajo, etc., hace la cuestión más grave, puesto que surge el problema de individualización de la cosa, la comprobación que es la misma hipotecada por dos veces. Presupuesta la buena fe, la solución ha de ser la misma anterior. b) Si la pertenencia no se describió en la primera escritura y sí en la segunda, prevalece esta segunda, por omisión en la primera del cumplimiento del artículo 21. c) Pertenencias no descritas en la primera ni en la segunda hipoteca. Entiende GÓMEZ-ACEBO que ninguna de las hipotecas grava la cosa por omisión del artículo 21 de la LHM.

2) Conflicto de hipoteca de establecimiento mercantil e hipoteca de la misma cosa como autónoma. La LHM configura como hipotecables *per se* cosas que pueden ser hipotecadas como pertenencias de un establecimiento mercantil: vehículo de motor, derechos de propiedad industrial e intelectual, etc., Entonces subdistingue: a) La primera hipoteca es la constituida sobre la cosa como pertenencia del establecimiento. El acreedor hipotecario segundo, si es de buena fe, una vez rota la relación pertenencial, tiene derecho a que se mantenga la validez de su hipoteca. El rango lo determinará la prioridad en la inscripción. b) La primera hipoteca es la constituida sobre la cosa concebida en su plena autonomía jurídica. La publicidad funciona en su plenitud. Toda persona puede conocer si un vehículo de motor, un derecho de propiedad industrial o intelectual está o no hipotecado. El acreedor hipotecario de establecimiento mercantil debe asegurarse antes de hipotecar en cuánto puede hacerlo, que cualquiera de estas cosas

que son pertenencias del establecimiento no se halla hipotecada con anterioridad. Y si así no lo hace, no podrá alegar buena fe. Con respecto a las máquinas, el problema ofrece una consideración distinta. La publicidad de la hipoteca sobre aquélla, concretas e individualizadas, actúa sólo en cuanto la cosa no sea trasladada de sitio (art. 69, regla 1.ª de la LHM). En acto material subrepticio del dueño destruye el juego de la ley y más tarde trasladada del lugar en que hallaba, e hipotecada por segunda vez como pertenencia de un establecimiento mercantil, habrá que resolver, *bona fide interviniente*, que ambas hipotecas son válidas, y la prioridad la dará el momento de la inscripción.

Apunta también GÓMEZ-ACEBO que si la LHM hubiese regulado un sistema de inscripciones de referencia no se producirían colisiones entre hipotecas mobiliarias cuando las pertenencias pueden ser gravadas individualmente (15).

VIOLA SAURET, por el contrario, niega la validez, en todo caso, de la segunda hipoteca constituida sobre la pertenencia desafectada, basado en el artículo 2.º de la LHM. Admite que el acreedor hipotecario tiene, por una parte, la garantía que le brinda el artículo 16 de la misma (sujeción de la cosa a la hipoteca cualquiera fuese su poseedor), y por otra, la acción de devastación (art. 117 de la LH por aplicación analógica). Sólo excepciona los siguientes supuestos de la aplicación de tales principios: a) Cuando la pertenencia recobra su individualidad y está sometida al régimen del artículo 85 del Código de comercio. b) En los casos en el que el titular de la segunda y aparente hipoteca mobiliaria la cede a tercero, que reúne todos los requisitos del artículo 34 de la LH (Disposición Adicional 3.º de la LHM). Habrá entonces coexistencia de las dos hipotecas, cuya prioridad o rango se determinará por la fecha de sus respectivas inscripciones. El citado autor habla de hipoteca aparente, porque estima que, no obstante la nulidad, si ha conseguido la inscripción por defecto técnico del sistema, se precisa la sentencia que rectifique la inexactitud registral, al estar el asiento bajo la protección de los Tribunales (art. 3.º, LHM) (16).

Creemos que la concurrencia entre hipotecas mobiliarias sobre un mismo objeto puede resolverse también sobre la base del artículo 85, 4.º, de la LHM. La demostración por el acreedor hipotecario del establecimiento mercantil de la identidad de las pertenencias gravadas en primer lugar con su garantía y posteriormente en forma autónoma, dará lugar a la suspensión del procedimiento judicial sumario y extrajudicial. La remisión al artículo 1.862 del C. c. indica claramente la nulidad de la segunda hipoteca («ofreciendo en prenda o hipoteca como libres las cosas que sabía estaban gravadas»).

La hipoteca de pertenencias de un establecimiento mercantil

(15) La hipoteca..., cit., págs. 171 y ss. Vid. también págs. 138 y ss.

(16) Los problemas..., cit., págs. 464 y ss.

que tienen aptitud para ser gravadas individualmente pueden ser evitadas si se acude a la aplicación práctica de los principios que se deducen de la legislación sobre la materia. En efecto, ya el artículo 21 de la LHM obliga a la descripción en la escritura de constitución de la hipoteca del establecimiento. Tampoco debemos de olvidar que han de constar en la inscripción de la susodicha hipoteca, porque son también bienes hipotecados. No basta, pues, con la ausencia de una declaración de voluntad en el sentido de excluirlos de la garantía para que se entiendan hipotecados. Dice exactamente VALLET DE GOYTISOLO que «aun cuando los elementos del establecimiento, enumerados en el artículo 21, se entienden hipotecados si no consta lo contrario, será necesaria su determinación para individualizarlos en la inscripción, a fin de que, con respecto a dichos elementos, la hipoteca pueda oponerse a terceros» (17).

Como se trata, pues, de bienes ya hipotecados (aunque lo sean por extensión de la hipoteca de la cosa principal) no existe razón alguna para impedir el juego del artículo 76 de la LHM, a cuyo tenor: «La hipoteca que se constituyere sobre automóviles u otros vehículos de motor, vagones, tranvías, propiedad intelectual, propiedad industrial, aeronaves y maquinaria industrial, será comunicada de oficio por los Registradores de la propiedad o Mercantiles una vez inscritas a los jefes o encargados de los Registros especiales, quienes acusarán recibo y verificarán las anotaciones que correspondan». Teniendo en cuenta que la LHM establece, como norma general, que los bienes susceptibles de hipoteca figuren inscritos (prescindiendo del valor de esa inscripción contrastada según los principios clásicos registrales) en esos Registros Especiales, y que el Registrador tendrá que comprobar este dato al imponerle el artículo 74 de la Ley «el examen de la capacidad y la facultad de disposición de los otorgantes», parece lógico concluir que no tendrán acceso al Registro hipotecas mobiliarias de bienes ya hipotecados como pertenencias con anterioridad.

Claro está que por la misma índole de esos Registros pueden existir, y de hecho se dan, supuestos en los que no aparezca en ellos la anotación del gravamen hipotecario. Debido quizá al reconocimiento de esta realidad, el propio artículo 76 de la LHM en su párrafo último preceptúa: «La falta de toma de razón en los Registros especiales no alterará en ningún caso los efectos de la inscripción en el Libro de hipoteca mobiliaria». Pero aun así, es timamos que existen medios para lograr la finalidad apetecida, que consisten sustancialmente en el artículo 60 de la Ley, que señala los lugares de inscripción de las hipotecas mobiliarias.

Una adecuada interpretación del artículo 21 de la LHM nos ha de llevar a la conclusión de que las pertenencias hipotecadas no han de figurar así tan sólo en el Registro en cuya demarcación radi-

(17) Planteamiento..., cit., pág. 87, nota 60.

que el establecimiento mercantil. No hay que perder de vista que son *objetos hipotecados*, por lo que se impondrán las normas correspondientes a la hipoteca de los mismos cuando se contemplan aislados del establecimiento. Sería paradójico que cuando se hipotecase con el establecimiento mercantil la maquinaria, v. gr., hubiese que practicar por imperativo del artículo 75 de la LHM la nota marginal correspondiente en la inscripción del inmueble en el Registro de la propiedad para dar a conocer a terceros el gravamen, y no se llevase *tal hipoteca de maquinaria* al Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento a los mismos efectos. No arguye nada contra lo expuesto la necesaria (así lo creemos) constancia en la inscripción de esa hipoteca de maquinaria de la del establecimiento.

CONCURRENCIA DE PRENDA DESPLAZADA CON HIPOTECA MOBILIARIA.

Es evidente que si nos atuviésemos de una manera estricta a lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley, la hipoteca mobiliaria sería nula, si se ha constituido con posterioridad. Pero lo doctrina señala que la prenda desplazada haría nula la hipoteca posterior cuando fuese oponible a terceros, es decir, en el supuesto del artículo 1.865 del C. c. (18).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la peculiar organización del RHM y PSD no consiente la inscripción de la prenda desplazada (pese a ser un gravamen real que pueda afectar a bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento), como se comprueba en los artículos 68 de la LHM y 13 del Registro. Por tanto, si el deudor no declara en la escritura de constitución de hipoteca tal afeción (vid. art. 13 de la LHM), la hipoteca mobiliaria no encontrará cerrado el acceso al Registro. ¿De qué manera podrá hacer valer el acreedor prendario su garantía frente al hipotecario? Acudiendo a un juicio declarativo de nulidad de la hipoteca, en base al artículo 2.º. Pero parece una solución demasiado gravosa y lenta. Tal vez pudiera pensarse en una aplicación analógica del artículo 85, 4.º, y preceptos concordantes. La ejecución de la hipoteca se suspendería presentando el título público donde conste la certeza de la fecha (art. 1.865). Del mismo modo que una hipoteca inmobiliaria anterior o una hipoteca mobiliaria, también anterior, suspende el procedimiento, porque la hipoteca que se ejecuta es nula por imperativo del artículo 2.º, también tendrá ese efecto una prenda desplazada oponible a terceros.

Hasta aquí hemos estudiado el supuesto de que la hipoteca mobiliaria sea posterior a la prenda desplazada con efectos frente a terceros. ¿Cabría la posibilidad de una prenda desplazada constituida con posterioridad a la hipoteca mobiliaria? VIOLA SAURET indica que «la entrega en prenda de la cosa implica un acto de

(18) VALLET: Planteamiento..., cit., pág. 132.—VIOLA SAURET: Los problemas..., pág. 468.

disposición, prohibido por el artículo 4.º de la LHM, por lo que sería nula» (19). VALLET DE GOYTISOLO se limita a considerar el problema de la preferencia entre acreedor hipotecario y pignoraticio, afirmando que «la hipoteca mobiliaria sería preferente sin lugar a dudas» (20).

En realidad, no se puede negar la validez de la prenda desplazada. El artículo 2.º de la LHM lo que prohíbe es la constitución de hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento, con *posterioridad* a aquella prenda. Por otra parte, si del artículo 75 de la LHM se deduce que el legislador permite la hipoteca inmobiliaria sobre objeto sometido a una hipoteca mobiliaria, no se puede negar una aplicación analógica al problema que nos ocupa del criterio permisivo.

Por lo que respecta al acreedor hipotecario, su posición siempre será segura. El artículo 75 de la LHM, aplicado analógicamente, le otorga preferencia sobre el acreedor pignoraticio. Además, le garantiza el artículo 16 de la misma la sujeción, directa e inmediata, de los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida.

Se podría objetar, para negar la validez de la prenda desplazada posterior a la hipoteca, que el artículo 55, párrafo segundo, de la LHM dispone que «tampoco podrá constituirse prenda ordinaria sobre bienes que se hallaren pignorados con arreglo a esta Ley». Pero no creemos en una aplicación analógica para el caso planteado, porque es evidente que si la prenda sin desplazamiento exigiese la consideración del dueño como depositario (vid. art. 59, LHM), la admisión de la prenda ordinaria iría contra uno de los pilares fundamentales de la institución.

CONCURRENCIA DE PRENDA ORDINARIA Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO.

Si la prenda ordinaria es anterior, de acuerdo con el artículo 2.º de la LHM sería nula la prenda sin desplazamiento posterior. Pero cabe preguntar si esta regla es absoluta, o bien juega cuando la prenda ordinaria reúne las circunstancias del artículo 1.865 del C. c. Entonces únicamente perjudicaría a terceros (aquí al acreedor pignoraticio con garantía sin desplazamiento) la constituida con fecha cierta que consta en instrumento público. A pesar de que el argumento en cuestión es lo suficientemente fuerte para mantener una posible limitación a la nulidad de la PSD, estimamos certero el pensamiento de VALLET DE GOYTISOLO, favorable a una eficacia incondicionada de la regla de la nulidad. «Mas si el titular de la prenda desplazada prueba que tenía

(19) Loc. cit., *supr.*

(20) Loc. cit., *supr.*

su posesión en la fecha de constituirse —dice VALLET— la prenda no desplazada, hará ineficaz el contraargumento anterior (arts. 1.865 del C. c. ; 56 de la LHM), pues para la eficacia de la prenda sin desplazamiento es necesario que el deudor se constituya en depositario de los bienes pignoralados y que, por tanto, los tenga en su poder (arts. 57, 2.º y 59). El acreedor que quiera garantizarse con prenda inscrita no podrá ignorar dicha circunstancia» (21).

El artículo 55 de la LHM contempla el supuesto distinto del anterior; prenda ordinaria constituida con posterioridad a la desplazada, y establece su prohibición.

Sin embargo, no parece tan fácil que en la realidad pueda llegarse a perfilar tal nulidad, por causa de la dificultad en la *identificación* de los bienes que han sido objeto de los dos gravámenes. Esa dificultad hace que aparezca la buena fe del tercero a cada momento en la realización práctica de las normas sobre PSD y que de hecho determina los recelos hacia esta figura jurídica.

La solución que propugna VALLET DE GOYTISOLO se basa en la publicidad del registro de cargas que la Ley establece, que sólo cede por necesidad del comercio jurídico. Ello exige el previo examen del Registro del lugar correspondiente a la situación de los bienes. Se inclina a dar prioridad a la prenda inscrita con anterioridad sobre la prenda posesoria ulterior, «si esta posterior pignoración se verificó por el mismo pignorante que figura en el Registro y si la prenda está inscrita precisamente en el Registro correspondiente al lugar donde se verificó la pignoración posesoria» (22).

Bien se comprende, sin embargo, el limitado campo de aplicación de este criterio por la misma naturaleza de las cosas. El artículo 31 del RHM ordena que en la inscripción de la prenda sin desplazamiento, cuando recaer sobre maquinaria y aperos de explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias, se indique la finca en que se hallan instalados. En la pignoración de frutos o productos separados el almacén donde se encuentren o el lugar en que deban depositarse; en la de animales, sus crías o productos, la finca a cuya explotación estuvieren adscritos (art. 32, RHM). Y por último la pignoración de los bienes a que se refieren los artículos 53 y 54 de la Ley hace necesario la constancia del local en que se hallaren situados o depositados (art. 33, RHM). Basta, pues, un simple traslado a otro lugar para hacer ineficaz prácticamente el sistema de la Ley, teniendo en cuenta (vid. art. 70 de la misma) que el lugar de inscripción del gravamen de PSD se encuentra en íntima conexión con aquella localización de los

(21) Planteamiento..., cit., pág. 133.—En contra, VIOLA (Los problemas..., cit., pág. 468), dice que si la prenda posesoria es anterior y tiene efectos reales por constar en instrumento público, la PSD posterior sería nula, por el mismo artículo 2.º de la LHM.

(22) Planteamiento..., cit., págs. 133 y ss.

bienes. Incluso dentro del mismo lugar que abarca el Registro donde figura inscrita la PSD. Será difícil demostrar, por no decir imposible, que los bienes objeto de la prenda ordinaria (v. gr., aperos, animales, frutos separados, mercadería y materias primas) son idénticos a los que se gravaron con PSD. Por otra parte, y dejando de lado el problema general de la oponibilidad de la PSD a terceros adquirentes o titulares de derechos reales limitados cuando el objeto no ha variado de *status loci*, es evidente que la falta de identificación del elemento real de la PSD con el de la prenda ordinaria, lo mismo puede predicarse aun subsistiendo el *status loci* designado en la escritura o póliza de constitución de la primera.

LA HIPOTECA MOBILIARIA Y PRENDA SIN DEPLAZAMIENTO
Y EL ARTÍCULO 1.922 DEL CÓDIGO CIVIL.

a) *Preferencia de los créditos laborales.*

La preferencia ínsita en los gravámenes reglados por la LHM está marcada en su artículo 10: «El acreedor hipotecario o pignoraticio gozará para el cobro de su crédito de la preferencia y prelación establecidas en los artículos 1.922, número 2.º, y artículo 1.926, número 1.º del Código civil, dejando a salvo siempre la prelación por créditos laborales. En caso de quiebra no se incluirán en la masa los bienes hipotecados o pignorados mientras no sea satisfecho el crédito garantizado, sin perjuicio de llevar a aquélla el sobrante del precio obtenido en la subasta».

La doctrina entiende que los *créditos laborales* mencionados en el precepto son aquellos a que se refiere el artículo 50 de la Ley del Contrato de Trabajo (23). Cabría, no obstante, pensar en una aplicación del régimen que se establece cuando los inmuebles a que se incorporó el trabajo están gravados por una hipoteca. En tal caso, la preferencia frente al acreedor hipotecario se reduce a los créditos por salarios de los últimos quince días y los sueldos del último mes. Claro está que los supuestos de hecho no son los mismos («inmuebles a los que se ha incorporado el trabajo»). Pero la identidad en cuanto al régimen jurídico se basaría en que los gravámenes de la LHM están sujetos a una publicidad registral y en la *ratio* de la norma de la Ley del Contrato de Trabajo. Dice GARCÍA DE HARO que «la disposición comentada no es sino una variante del régimen expuesto en el apartado 1.º de la regla 1.ª del artículo 50... para evitar que la prioridad, con carácter absolutamente preferente y limitado, de los créditos salariales, provoque un perjuicio grave al crédito inmobiliario. En

(23) COSSÍO: El sistema mobiliario..., cit., pág. 462.—GARCÍA DE HARO: *El salario como crédito privilegiado*. Pamplona 1960, pág. 348, siguiendo a VALLET DE GOYTISOLO: La ley de 16 de diciembre de 1954 y su reglamento de 17 de junio de 1955 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1958, págs. 1236 y ss.

efecto, la posible aparición repentina de preferencias ocultas, siendo además por cantidades importantes, sembraría un fuerte desconcierto y una peligrosa desconfianza en los créditos hipotecarios y, en general, en cualquiera de los amparados en el Registro. Y esto es lo que viene a evitar el apartado 2.º de la regla 1.ª del artículo 59» (24). Las mismas consideraciones pudieran valer para las garantías reales sujetas al RHM y PSD, que son reguladas para facilitar la obtención del crédito. Sin embargo, razones derivadas de la mayor protección que merece el trabajo por su dignidad intrínseca parecen no aconsejar este criterio.

En suma, estimamos que cuando el artículo 10 de la Ley habla de créditos laborales como preferentes, se está refiriendo al régimen establecido en la Ley del Contrato de Trabajo para el supuesto de *bienes muebles*, con la distinción (vid. art. 59) entre bienes muebles elaborados por el trabajador, en poder del empresario, y bienes muebles incorporados a la explotación. Es de anotar que en cuanto a estos últimos, el artículo 59 les concede una preferencia absoluta, «salvo cuando se trate de créditos pignoraticios». Una interpretación literal del artículo 10 de la LHM llevaría a afirmar que el artículo 59 de la LCT es derogado en materia de HM y PSD, ya que aquí la preferencia la tiene el crédito laboral sobre el pignoraticio o hipotecario. Pero creemos que el sentido del artículo 10 no es ese. Trata sólo de dejar a salvo la preferencia de los créditos laborales con arreglo a su legislación especial (25).

b) *Excepciones.*

Para la prenda sin desplazamiento el artículo 66 de la Ley contiene una norma especial: «No obstante lo dispuesto en el artículo diez, serán satisfechos con prelación al crédito pignoraticio»

(24) El salario..., cit., págs. 324 y ss.

(25) Entre tantos problemas que plantea el artículo 59 destaca el significado que se ha de dar a la expresión «salvo cuando se trate de créditos pignoraticios», en materia de preferencia de los créditos laborales sobre los muebles incorporados a la explotación. Una interpretación literal conduciría a estimar que el crédito pignoraticio en toda su cuantía es anterior al privilegio salarial. Por razones de equidad, sin embargo, conviene aceptar la tesis de que en estos casos se sigue el régimen del artículo 59 sobre la colisión entre el privilegio salarial sobre un bien inmueble («incorporado» a la explotación o «a los que se ha incorporado el trabajo»), y el acreedor hipotecario de ese mismo bien; la preferencia de los salarios y sueldos será antepuesta a la del acreedor hipotecario, pero sólo por los salarios de las dos últimas semanas y los sueldos del último mes (vid. GARCÍA DE HARO: El salario..., cit., página 340). Sin embargo, la preferencia idéntica del acreedor por salarios y sueldos no puede satisfacer por completo al mismo, porque quede una cantidad sin cubrir. GARCÍA DE HARO (El salario..., cit., pág. 341), mantiene que esa cantidad gozará de privilegio especial mobiliario, pero pospuesta a la del acreedor pignoraticio. Nos parece que se impone el encaje de su preferencia entre los privilegios generales del artículo 1.924, número 2.º D, reformado por la Ley de 17 de julio de 1958.

Posición contraria a la que hemos expuesto en materia de créditos laborales, vid. VALLET: La Ley..., cit., págs. 1236 y ss.

Primero. Los créditos debidamente justificados por semillas, gastos de cultivo y recolección de las cosechas o frutos. Segundo. Los de alquiler o rentas de los últimos doce meses de la finca en que se produjeren, almacenaren o depositaren los bienes pignoralados.» No parece que la norma examinada, afirma el profesor Cossío, excluya el orden de preferencia establecido en el artículo 10, ya que este último forma parte del Título I de la Ley que contiene las disposiciones comunes tanto a la prenda como a la hipoteca (26).

Interesa, sin embargo, precisar algo en relación con la preferencia concedida al arrendador por rentas o alquileres. Y es que, de acuerdo con la naturaleza de este privilegio (27), el mismo no se podrá ejercitar más que en el supuesto de que los objetos sobre los que recaer sigan en la finca o local arrendado. El artículo 66 hay que coordinarlo con el número 7.º del artículo 1.922 del Código civil. No consagra una preferencia absoluta, para todos los casos, en favor del arrendador, sino únicamente limitada a aquellos en que permanezcan los bienes en el local o finca arrendada. La salida de los mismos, la pérdida de este *status loci* si es consentida expresa tácitamente por el arrendador, le hace perder su privilegio. Caso contrario, el artículo 1.922, en su párrafo último, le consiente el ejercicio de su derecho a reclamar los mismos de quien los tuviese durante treinta días a contar desde la sustracción, que históricamente incluso se permite hacerlo valer contra terceros adquirentes de buena fe, representando una excepción cualificadísima a la regla del 464. Ello nos lleva a formular las siguientes cuestiones: 1.º Quizá el problema de la posible reipersecutoriedad de la prenda sin desplazamiento, negada por algún sector de la doctrina (28), encuentre un fundamento no desdeñable en el número 7 del artículo 1.922, ya que en él estamos frente a una prenda legal según nos revelan sus antecedentes históricos y la evolución sufrida hasta el Código de Napoleón, de donde nuestro legislador tomó la norma. 2.º Que representa una clara excepción a la regla fundamental en esta materia, consagrada en el artículo 2.º de la LHM. A pesar de existir sobre los muebles del arrendatario introducidos en la finca y sobre sus frutos una prenda legal en favor del arrendador, se permite que tanto unos como otros estén afectos a una PSD, que es, en resumidas cuentas, la esencia precisamente de aquella prenda legal.

¿Guardan alguna relación los artículos 56 y 66 de la LHM? ¿Se exige, en otras palabras, que para hacer valer los créditos preferentes al del acreedor pignoralicio consten en documento de fecha auténtica anterior? El profesor Cossío lo niega. «Parece,

(26) El sistema mobiliario..., pág. 457.

(27) Vid. GULLÓN BALLESTEROS: La prelación de créditos en el Código civil, Barcelona 1962, págs. 64 y ss.

(28) Vid. sobre la reipersecutoriedad de la prenda sin desplazamiento. VALLET: Planteamiento..., cit., págs. 107 y ss.

sin embargo, que al no exigir tal requisito, establecido por una norma general, la especial que ahora examinamos del artículo 10 y la más concreta del 66, no cabrá limitar el privilegio del tercero a dicha constancia documental» (29). Por otra parte, el artículo 56 se refiere al supuesto de una titularidad dominical o de derecho real, incluso el embargo (por las razones apuntadas), con anterioridad a la constitución de PSD (30). Lo contrario sería opuesto a la forma en que usualmente nacen los créditos enumerados en el artículo 66 de la LHM.

Otra excepción a la regla general del artículo 10 de la LHM la constituye el artículo 41 de la misma, referido a la hipoteca de aeronave: «Sólo gozarán de preferencia sobre la hipoteca mobiliaria las remuneraciones debidas por salvamento y gastos absolutamente necesarios para su conservación de la aeronave, por orden cronológico inverso, siempre que se anoten en el Registro Mercantil correspondiente dentro de los tres meses siguientes a aquel en que se hubieren terminado dichas operaciones o reparaciones». Sin embargo, la Ley de 21 de julio de 1960 ha modificado el orden de prelación de los créditos preferentes sobre la aeronave, y a tenor del artículo 133 de la misma será como sigue: 1.º Los créditos por impuestos, derechos y arbitrios del Estado por la última anualidad y parte vencida de la corriente. 2.º Los salarios debidos a la tripulación por el último mes. 3.º Los créditos de los aseguradores por las dos últimas anualidades o dividendos que les adeuden. 4.º Las indemnizaciones que esta Ley establece en concepto de reparación de daños causados a personas o cosas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 119 de esta Ley, párrafo último. 5.º Los gastos de auxilio o salvamento de la propia aeronave, accidentada o en peligro. Para la prelación de los demás créditos se estará a la legislación común.

LA PREFERENCIA DEL VENDEDOR POR EL PRECIO APLAZADO.

En realidad, no se puede hablar en la LHM de una preferencia del vendedor por el precio aplazado, que le otorga como privilegio especial mobiliario el artículo 1.022, número 1.º, sobre el acreedor hipotecario o pignoraticio, ya que el artículo 2.º de la Ley prohíbe la constitución de esas garantías sobre bienes muebles cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho, excepto en el caso de que se constituya la hipoteca o la prenda en garantía del precio aplazado (31).

(29) El sistema mobiliario..., cit., pág. 456.

(30) VALLET: (Planteamiento..., cit., pág. 130 y s.), ha visto exactamente que el artículo 56 no puede dar base a exigir la constancia en documento de fecha auténtica cuando se trata de un precio aplazado, porque la finalidad perseguida en el artículo 2.º quedaría burlada.

(31) Dice Cossío (El sistema mobiliario registra..., cit., pág. 460): «A primera vista parece algo carente de sentido el que teniendo el acreedor no sólo una acción resolutoria, sino además una preferencia privilegiada sobre aquellos derechos reales y una acción de nulidad para conseguir la ineficacia

Prescindiendo de los juicios que tal medida ha suscitado (32),

de los mismos, el exigir la constitución de un derecho real de garantía sobre los mismos, sobre la cosa vendida y no pagada. Se intenta por este procedimiento evitar las dificultades que en la práctica puede encontrar su privilegio para conseguir su efectividad, agravadas por las circunstancias de que el procedimiento sumario que la Ley concede al acreedor hipotecario o pignoraticio, si bien puede ser suspendido por la tercería de dominio no puede, en cambio, ser afectado por la de mejor derecho». Las dificultades a que alude el profesor Cossío, las expone así (págs. 458-460): La falta de pago del precio constituye una causa de resolución del contrato, que para surtir efectos reales no necesita, como en la LH, estar inscrita según el artículo 11. La inscripción practicada en el Registro Mobiliario no garantiza en modo alguno la titularidad dominical de la cosa. La resolución de la venta trae consigo necesariamente la de la hipoteca o prenda constituida por el comprador. Además, el artículo 3.º de la LHM preceptúa que «la inscripción no convalida los contratos que sean nulos con arreglo a las leyes». No podría oponer tampoco el acreedor hipotecario o pignoraticio el artículo 464, porque una cosa es que se haya de presumir dueño al poseedor de buena fe y otra muy distinta que esa titularidad haya de entenderse como absolutamente libre de vínculos personales, que el bien en cuestión se encuentra libre de responsabilidad alguna. La consecuencia será, naturalmente la misma, si el vendedor se decide por la reclamación del precio, porque no es tanto la validez o nulidad del título de propiedad lo que determina en este caso la ineficacia del derecho de garantía, sino la prohibición legal contenida en el artículo 2.º. Es obvio, pues, que carece de sentido hablar de la preferencia del vendedor por el precio de la cosa.

Pero en la práctica pueden ofrecerse mayores complicaciones. Si al Registrador, en el momento de la calificación, no le consta por alguna circunstancia que el precio no se ha satisfecho, la garantía tendrá paso al Registro y mientras no se declare su nulidad, surtirá la plenitud de sus efectos (vid. artículos 3.º y 77 de la LHM y 40 del RHM-PSD). Ejercitada la acción hipotecaria o pignoratícia al amparo de la inscripción y hecho efectivo el crédito asegurado mediante la adjudicación o el remate de los bienes, sin que el vendedor haya hecho uso de sus derechos de impugnación, no parece que pueda ya proceder contra el acreedor o contra los adjudicatarios de los bienes para conseguir el pago del precio o la restitución de la cosa. No parece existir precepto que autorice tal medida, ya que, de una parte, la acción resolutoria es una acción de carácter personal que únicamente puede ejercitarse contra el comprador, y de otra, la preferencia del derecho del vendedor, únicamente podía alegarse en el momento oportuno que en este caso hubiera sido el previo al remate y adjudicación de los bienes.

Hasta aquí el profesor Cossío. Nosotros pensamos, además, que una medida de protección eficaz contra la posibilidad que apunta de ejecutar la hipoteca al amparo de la inscripción, hubiera sido el artículo 85, y preceptos concordantes, de la LHM, en su número 4.º. Ya hemos puesto de relieve que el mismo parece directamente relacionado con el artículo 2.º de la Ley. Su puesta en juego (vid. nota 14), evita al vendedor pleitos y dilaciones, gastos y molestias. Lástima que el legislador haya previsto los supuestos menos frecuentes (por la mecánica registral y por las sanciones penales) de garantías reales otorgadas con anterioridad y se le haya pasado por alto la constitución de garantías por un deudor hipotecante que puede tener una efectiva titularidad, aunque desaparezca posteriormente por la resolución del contrato de donde aquélla deriva. Si nos aferramos al carácter exhaustivo que tiene la enumeración de las causas de suspensión del procedimiento de ejecución, se negaría esta defensa, quizá la más eficaz, al vendedor. Pero si prevalece (como creemos que debe suceder), la contemplación del número 4.º del artículo 85 en íntima conexión con el artículo 2.º, tal vez se pueda afirmar que se aplica al caso planteado, dada la *ratio* del precepto.

(32) Vid. GÓMEZ-ACEBO: La hipoteca..., cit., pág. 127.—VALLET: Planteamiento..., cit., págs. 129 y ss.

únicamente nos interesa la cuestión de si esa prohibición guarda alguna relación con el extraño párrafo 1.º del artículo 13 del RHM y PSD. En efecto, se consigna la posibilidad de inscribir la adquisición de bienes muebles susceptibles de hipoteca cuyo precio se hubiere aplazado y garantizado con pacto de reserva de dominio o de resolución, siempre que consten en escritura pública. ¿Quiere ello decir que la hipoteca será nula únicamente cuando el precio aplazado se encuentra garantizado con el *pactum reservati domini* o resolutorio, y se ha inscrito la adquisición en el RHM? ¿Perjudicará únicamente al acreedor hipotecario el juego del artículo 2.º en tales circunstancias?

Es dudoso que el artículo 13 del RHM tenga por finalidad establecer unas limitaciones tan acusadas al artículo 2.º de la Ley, que, por otra parte, no se extiende a determinados bienes susceptibles de prenda sin desplazamiento incomprensiblemente. Tampoco puede pensarse en que las líneas básicas de un sistema registral de gravámenes como es el RHM-PSD quiebren en tales casos para seguir los de un sistema de legitimación de adquisiciones; no dedica el legislador mayor atención a las inscripciones que nos ocupan como sería necesario entonces, dado que los preceptos reglamentarios, dedicados a la constancia de gravámenes, le son por encima inaplicables en la inmensa mayoría de las ocasiones. Parece que la *ratio* del párrafo 1.º del artículo 13 del RHM se encuentra en facilitar al acreedor hipotecario el conocimiento de la titularidad del constituyente de la hipoteca.

Ahora bien, la disposición mencionada quizá se convierta en un medio de burlar la prohibición del artículo 2.º de la Ley, ya que si falla la referida inscripción del bien adquirido bajo pacto de reserva de dominio o resolutorio, aquél tendrá libre el camino del Registro si de los justificantes de la titularidad del deudor hipotecario no se deduce que el precio de adquisición del bien que se quiere gravar no se ha satisfecho. Será muy dudoso, en consecuencia, que cualquier acción que intente el vendedor para impugnar la garantía, basado en el incumplimiento del artículo 2.º, o en la falta de titularidad del hipotecante, pueda inquietar al acreedor hipotecario.

Naturalmente que todas las anteriores consideraciones parten de una premisa; hacer útil el párrafo 1.º del artículo 13. Pero creemos que con ello se desmorona el RHM-PSD, precisamente en los supuestos de la vida real más corrientes. En efecto, de mantener la eficacia predicada de esta incongruente norma, el RHM ampararía al acreedor hipotecario en un dato que, por su propia naturaleza de registro de gravámenes, escapa a su control: la titularidad del hipotecante. No otra cosa significaría el mantener la hipoteca, pese a la demostración de la falta de titularidad del deudor hipotecario, bajo pretexto de que el Registro no figuraba inscrito el pacto de reserva de dominio o de resolución. Además, sería ilógico que el vendedor más precavido tuviese peor trato que

el titular de un crédito por el precio aplazado (al cual le está vedado el acceso al RHM). Tiene razón VALLET DE GOYTISOLO cuando dice: «El crédito del vendedor por razón del precio aplazado parece que debe legitimar siempre a su titular para pedir la anulación de la hipoteca o prenda, aunque no conste en la forma prevista en el artículo 13 del Reglamento. «Exigir al vendedor para estar debidamente garantizado —dice la E. de la Ley— que acudiera siempre a la hipoteca o a la prenda, sería muy gravoso para el comprador y chocaría con la práctica habitual en esta clase de ventas». Más gravoso aún, e igualmente opuesto a la práctica habitual, sería exigirle la formalización en escritura pública —con la consiguiente liquidación de derechos reales— de la compraventa bajo reserva de dominio o condición resolutoria y su inscripción en el Registro» (33).

El artículo 13 del RHM, en su párrafo 1.º («incluso los de aplicación...») debe ser precepto inoperante. Creemos que su inclusión en el Reglamento obedece a influencias del sistema inmobiliario y a la preocupación por el fallo de todo Registro de gravámenes; que no abarca a la titularidad del constituyente. Podemos señalar dentro del mismo artículo 13 otro precepto inoperante por las mismas razones. Dispone que se notarán preventivamente: «Primero. Las demandas en que se reclamen la propiedad de bienes hipotecables...». Afirma el profesor COSSÍO: «El resultado y efectividad de la anotación no aparece tan claro, ya que, como veremos, en ningún caso ampara la fe pública registral el derecho de dominio del constituyente, ya que éste no es objeto de inscripción previa y especial» (34).

(33) La Ley..., cit.

(34) El sistema mobiliario..., cit., págs. 403-404.