

Bienes muebles corporales susceptibles de prenda sin desplazamiento. Revisión crítica de la doctrina

Chattel which can have non-possessory pledges. Critical review of the doctrine

por

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO
Registrador de la Propiedad

RESUMEN: La Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de la posesión de 1954 contiene una regulación bastante deficiente del objeto de estas garantías bajo el principio de doble taxonomía de bienes corporales susceptibles de cada una de las dos garantías típicas y en el entendimiento que los bienes registrables han de ser encuadrables en alguna de sendas listas de bienes «típicos». Este trabajo propone una interpretación «actualizadora» de la Ley que permita considerar que no existe un *numerus clausus* de bienes corporales susceptibles de prenda sin desplazamiento; que es eventualmente posible pignorar bienes específicamente individualizados aunque lo habitual es que se graven como género y que, en fin, no es necesario que el bien radique en un cierto sitio o tenga definido un estable *status loci*. A continuación, se examinan críticamente los problemas típicos que presenta el anacrónico tratamiento de la base objetiva de esta garantía mobiliaria en la Ley de 1954 y a la luz de la experiencia comparada: la afortunada desaparición de la prohibición de dar en garantía bienes previamente gravados; los problemas derivados de la inexistencia

de una regla general de subrogación real y de la posible sujeción de conjuntos «dinámicos de bienes» descritos *sub specie universitatis*; la extensión objetiva sobre frutos, productos, mejoras y accesiones.

ABSTRACT: *The 1954 Act on Chattel Mortgages and Non-Possessory Pledges provides quite inadequate regulations for the object of such guarantees under the principle of double taxonomy of tangible assets which can have one of the two typical guarantees, with the understanding that the registrable assets must fit in either list of «typical» assets. This paper proposes an «updated» interpretation of the Act, taking into account that there is no numerus clausus of tangible assets which can have non-possessory pledges and that it would be possible to pledge specific individual assets, although they are usually taxed because of their type and, anyway, they do not have to be based in a particular place or have a defined stable status loci. We will then provide a critical analysis of the typical problems of the anachronistic treatment of the objective basis for this chattel guarantee in the 1954 Act and in the light of the compared experience: the fortunate disappearance of the prohibition to provide previously taxed assets under guarantee; the problems due to the non-existence of a general rule on secured subrogations and to which the «dynamic groups of assets» are possibly subject, as described sub specie universitatis; and the objective extent over results, products, improvements and accessions.*

PALABRAS CLAVE: Hipoteca mobiliaria. Prenda sin desplazamiento de la posesión. Reipersecutoriedad. Bienes muebles registrables. Subrogación real. *Universitas facti*.

KEY WORDS: *Mortgage chatel. Non-possessory pledge. Right of pursuit. Registrable chattel. Secured subrogation. Universitas facti.*

SUMARIO: I. BIENES (CORPORALES) HIPOTECABLES Y PIGNORABLES BAJO LA LEY DE HIPOTECA MOBILIARIA Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO.—II. EL SUPUESTO REQUISITO DE LA IMPERFECTA IDENTIFICABILIDAD DE LOS BIENES SUSCEPTIBLES DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO: 1. BIENES FUNGIBLES Y DETERMINACIÓN GENÉRICA DEL OBJETO DEL GRAVAMEN. 2. EVENTUALMENTE, PUEDEN SUJETARSE A PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO BIENES PERFECTAMENTE INDIVIDUALIZADOS PERO QUE, SIN EMBARGO, NO TIENEN ENCAJE EN LA LISTA LEGAL DE LOS HIPOTECABLES. 3. CONCLUSIÓN.—III. EL SUPUESTO PRINCIPIO DE TIPICIDAD DEL OBJETO DE LA GARANTÍA MOBILIARIA.—IV. REVISIÓN CRÍTICA DE LA CUESTIÓN RELATIVA A LA SUPUESTAMENTE NECESARIA FIJACIÓN DE UN «*STATUS LOCI*»

DEL BIEN GRAVADO: 1. EL PESO DOGMÁTICO DE LA TRADICIÓN ROMANISTA. 2. LA SUPUESTA NECESIDAD DE LA FIJACIÓN DEL *STATUS LOCI* EN LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE LA LEY DE 1954. 3. LAS DIVERSAS FUNCIONES DEL *STATUS LOCI* EN LA DINÁMICA DEL DERECHO REAL DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO. 4. INEXISTENCIA DE UN DEBER LEGAL DE FIJAR UN *STATUS LOCI* CUANDO NO SEA POSIBLE/NO CONVenga ESTABLECERLO. LA CORRESPONDENCIA ENTRE EL *STATUS LOCI* FIJADO EN EL TÍTULO Y EN LA INSCRIPCIÓN Y LA LOCALIZACIÓN ACTUAL DEL BIEN GRAVADO NO ES UN REQUISITO PARA LA EXISTENCIA DEL GRAVAMEN. 5. REVISIÓN CRÍTICA DEL SENTIDO DEL *STATUS LOCI* EN EL ESTADO ACTUAL DE LA TÉCNICA.—V. LA AFORTUNADA DESAPARICIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DAR EN PRENDA BIENES PREVIAMENTE GRAVADOS.—VI. LA INEXISTENCIA DE UNA REGLA GENERAL DE EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA PRENDA A BIENES SUBROGADOS EN EL LUGAR DE LOS PREVIAMENTE GRAVADOS («PROCEEDS»).—VII. PRENDA SOBRE BIENES FUTUROS: 1. LA POSIBILIDAD DE DAR EN PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO BIENES FUTUROS CORPORALES («AFTER-ACQUIRED PROPERTY»). 2. EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LA EXTENSIÓN OBJETIVA DEL GRAVAMEN MOBILIARIO SOBRE LOS BIENES DE REEMPLAZO EN «CONJUNTOS DINÁMICOS». 3. EFICACIA (EN PRINCIPIO RETROACTIVA) FRENTE A TERCEROS DEL GRAVAMEN SOBRE COSA FUTURA.—VIII. MEJORAS, FRUTOS Y EXTENSIÓN A PARTES INTEGRANTES/PERTENENCIAS.

I. BIENES (CORPORALES) HIPOTECABLES Y PIGNORABLES BAJO LA LEY DE HIPOTECA MOBILIARIA Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

Por diversas razones que son largas de examinar, suele darse por sobreentendido que ciertos bienes muebles corporales —o ciertas categorías de bienes muebles corporales— no pueden considerarse aptos para soportar gravámenes inscribibles en un registro público de bienes muebles y, menos aún, para acceder a un registro público de titularidades¹. No obstante lo anterior, el perímetro de «lo registrable» (es decir: los «bienes muebles registrables») parece estar llamado a ampliarse con el avance de la técnica, de la industrial y de la jurídica. El Derecho comparado nos muestra que las razones que en su día justificaron algunas exclusiones de ciertos bienes muebles del sistema mobiliario registral deben ser profundamente revisadas.

Para FERRARA Jr., autor de la clásica monografía sobre hipoteca mobiliaria en que se formula, por primera vez, con todo rigor, la novísima categoría jurídica de «bien mueble registrable» (o, para él, bien mueble «registrado») sus notas distintivas serían las tres siguientes: (i) Un *notable valor económico* del bien; (ii) Su estabilidad: una *existencia duradera*, que les haga susceptibles de un uso reiterado y, por fin, (iii) Una *individualidad autónoma* que les identifique y diferencie de los otros objetos de la misma especie². Otros autores añaden

o quitan requisitos. A juicio de VALLET DE GOYTISOLO, por ejemplo, la condición de registrable requiere de solo dos requisitos: la cosa en cuestión ha de gozar de determinada cualidad física que permita su individualización (*identificabilidad registral*) y, en fin, su intrínseco valor: el comercio jurídico no puede quedar perjudicado por la carga de examinar el contenido del registro³.

Así las cosas, contrástense estos propósitos con el amplísimo elenco de bienes registrables que pueden funcionar como «collateral» en el & 9 UCC⁴ norteamericano, que un tratadista⁵ ha sistematizado así:

- a) Bienes («goods»): bienes destinados al consumo personal o familiar («consumer goods»); productos agrícolas y ganaderos («farm products»); mercaderías («inventory»); bienes de equipo («equipment»); pertenencias inmobiliarias («fixtures»); accesiones a bienes muebles («accessions»).
- b) Títulos valores y de legitimación («indispensable paper»): títulos de tradición («bill of lading»; «document of title»; «warehouse receipt»); efectos de comercio («draft», «check», «certificate of deposit»); valores negociables («stocks», «bonds» ...).
- c) Derechos incorpóreos («intangibles»).
- d) Bienes subrogados («proceeds»).
- e) Otros: madera dispuesta para ser talada, minerales, vehículos de motor, dinero, etc.

La *Guía legislativa sobre operaciones garantizadas* del UNCITRAL del año 2010 (UNCITRAL *Legislative Guide on Secured Transactions*) que ha elaborado aquella organización bajo los auspicios de las Naciones Unidas señala entre las exigencias básicas de todo régimen eficiente de garantías mobiliarias «que debe quedar garantizada la más universal de las coberturas; de manera que el sistema permita la financiación del más amplio espectro de deudores, de operaciones de crédito y de categorías de bienes y derechos susceptibles de gravamen». No se contemplan inconvenientes especiales, antes al contrario, se recomienda, la publicidad registral de bienes no susceptibles de perfecta identificación (como son los bienes fungibles), las universalidades, los bienes futuros, las pertenencias inmobiliarias ... e incluso los mismos créditos (bienes incorpóreos)⁶. Se sigue aquí, como en tantas otras cosas, en cuanto a la extensión objetiva quasi-universal del «collateral» la experiencia del sistema norteamericano de garantías mobiliarias del famoso Article 9 del Uniform Commercial Code norteamericano (en adelante: UCC⁷).

La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias de 8 de febrero de 2002, que sigue de cerca el modelo del UCC, contiene un elocuente artículo 2 & 1 que merece ser citado en su versión española y que dice así: «*Las garantías mobiliarias a que se refiere esta Ley pueden constituirse contractualmente sobre unos o varios bienes muebles específicos, sobre categorías genéricas de*

bienes muebles, o sobre la totalidad de los bienes muebles del deudor garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporeales, susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea titular de la propiedad».

El principio básico de la transparencia, y la necesidad de formular jurídicamente un régimen claro y predecible de reglas de prioridad (principios estos claves de todo sistema eficiente de garantías mobiliarias), pueden exigir del legislador el establecimiento de un registro de ciertas de estas garantías no posesorias («*non-possessory*») como instrumento privilegiado y preferente de oponibilidad de las así constituidas frente a los terceros. Si repasamos el Derecho comparado y los más modernos sistemas registrales a la luz de las recomendaciones de la citada Guía legislativa encontramos que las razones para justificar la exclusión de ciertos bienes o categorías de bienes del registro siempre obedecen a sopesadas razones técnicas.

Ello no obstante, la publicidad no es universal: no siempre la oponibilidad ha de descansar en la publicidad registral. Los estudiosos del sistema del UCC norteamericano nos dicen que junto a una «perfección registral» existen otras formas de «perfección»: la «perfección automática» o por mandato legal; la perfección por el desplazamiento posesorio; la perfección por el «control»⁸. Existen supuestos en que la preferencia es extra-tabular:

I. En los *privilegios legales*, en que la fuente exclusiva de la prioridad es la Ley. Esta puede considerar innecesario que el crédito en cuestión cumpla con especiales requisitos de publicidad (privilegios ocultos o hipotecas «tácitas»);

II. En la *prenda manual o tradicional*, en que la oponibilidad descansa en la «publicidad posesoria» amén del cumplimiento del perturbador requisito formal del instrumento público (cfr. art. 1865 del Código Civil);

III. En los supuestos de *incorporación del derecho al título* y, en general, en los casos que la doctrina norteamericana denomina de «perfección por el control»⁹, porque se constituye una situación fáctica de apariencia quasi-posesoria que permite una inmovilización análoga a la conseguible con el traspaso posesorio. Por ejemplo: en la pignoración de los saldos de una cuenta de crédito bajo el régimen de las «garantías financieras» del Real Decreto-ley 5/2015 si la entidad financiera es el mismo acreedor o queda eficazmente constituida en la obligación de inmovilización del saldo en interés del acreedor garantizado¹⁰.

En todo moderno sistema registral, pues, es inevitable deban resolverse los problemas de colisión entre derechos inscribibles (oponibilidad por la inscripción) y derechos no inscribibles (oponibles sin publicidad registral).

De cualquier manera, por muy poco justificadas razones de seguridad jurídica, quiso el legislador de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipo-

teca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión (de aquí en adelante: LHMyPSD o sencillamente «la Ley») establecer un sistema cerrado —o *numerus clausus*— de bienes muebles registrables que necesariamente deberían ser encuadrables en una doble lista legal¹¹. En palabras de la Exposición de Motivos de la venerable Ley de 1954: «*Por tratarse de una regulación nueva, se ha estimado indispensable fijar con exactitud y de un modo completo los bienes sujetos a hipoteca mobiliaria y a prenda sin desplazamiento*».

Lo dice claramente la Ley en su propio artículo 1 & 1 *in fine*: solamente «*podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre los bienes enajenables que, respectivamente, se mencionan en esta Ley*». A saber: los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria de un lado (art. 12 LHMyPSD); y los bienes susceptibles de prenda sin desplazamiento, del otro (arts. 52 a 54 LHMyPSD).

Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento se excluyen en cuanto a su objeto respectivo; lo que se nos dice doblemente, tanto en sede de hipoteca mobiliaria como en sede de prenda sin desplazamiento:

I. De un lado, no pueden hipotecarse los bienes que pueden darse en prenda sin desplazamiento *ex* artículos 52 a 54 Ley (cfr. art. 12 *in fine* LHMyPSD);

II. De otro lado, no puede constituirse prenda sin desplazamiento sobre los bienes que pueden hipotecarse *ex* art 12 Ley (cfr. art. 55.1 LHMyPSD).

No cabe la menor duda que el sistema de la Ley de 1954 es manifiestamente anacrónico (está pensado en una economía tradicional, con un sector agropecuario fuerte) y muy poco eficiente. *La heterogeneidad de los bienes muebles registrables no justifica en modo alguno la perturbadora distinción entre dos categorías de garantías reales sin desplazamiento posesorio*: hubiera sido más sencillo regular una sola garantía y establecer la excepción de reipersecutoriedad o las reglas especiales que correspondan en materia de prioridad cuando procediera.

En principio, los bienes que no sean hipotecables —que no puedan darse en hipoteca mobiliaria— solamente pueden constituirse en prenda sin desplazamiento si, además de no ser hipotecables, *encajan dentro de alguna de las categorías típicas de bienes pignoraibles de los artículos 52 a 54* (cfr. art. 12 *in fine* LHMyPSD). El sistema legal de la doble taxonomía del objeto posible de las garantías mobiliarias típicas parece no agotar el universo de todos los posibles bienes corporales que puedan existir en la naturaleza: dado el principio de tipicidad, puede conjeturarse la posible existencia de bienes corporales que no encuentren cabida en ninguna de las dos listas y que por ende no sean susceptibles de gravamen mobiliario registral.

Empecemos por indicar, en cuanto a la primera modalidad de garantía registral mobiliaria, la hipoteca mobiliaria, que la enumeración legal de bienes hipotecables carece de coherencia o de sano criterio inspirador.

En la lista del artículo 12 LHMyPSDPS encontramos como hipotecables cosas ciertamente heterogéneas¹²:

- Se menciona en la lista un bien mueble de entre los que podemos denominar «bienes registrables perfectos»: bienes destinados a inscribirse en una sección del Registro de Bienes Muebles en que se hacen constar no solo las cargas sino todas las situaciones jurídico reales; el Registro funciona como verdadero Registro de la Propiedad Mueble (el bien registrable perfecto está sujeto a una Ley de circulación tabular completa). Me refiero, claro es, a las aeronaves (cfr. art. 12.3.º). La inclusión de las aeronaves civiles en la lista de la LHMyPSD solo se justifica por la inexistencia de una Ley especial de Hipoteca de aeronaves a diferencia de lo que tradicionalmente ocurría con la Hipoteca Naval en relación con los buques (*vid.* ahora los arts. 126 y sigs. LNM). El registro de aeronaves no es un registro solo de gravámenes sino que funciona de manera equivalente a lo previsto para los buques en la «Sección de Buques del Registro de Bienes Muebles» (arts. 67 a 77 LNM). Así resulta ahora con claridad de lo que se establece en el Real Decreto-ley 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles.
- Son hipotecables ciertos «bienes incorporeales» objeto de «matrícula administrativa» y que, excepcionalmente, se consideran aptos para soportar una hipoteca mobiliaria inscrita en un registro de gravámenes distinto del correspondiente registro de derechos. Se trata de los derechos de propiedad industrial e intelectual (art. 12.5.º LHMyPSD).
- Se mencionan también dentro de la lista de los hipotecables a ciertos bienes muebles sujetos a una Ley de «circulación registral-administrativa» como son los vehículos de motor (y los vagones de ferrocarril): artículo 12.2.º.
- Puede hipotecarse una pluralidad de bienes registrables que se gravan en su conjunto bajo la cobertura única del instituto conocido como «hipoteca de establecimiento mercantil» (art. 12. 1.º).
- En fin, puede hipotecarse la «maquinaria industrial» del artículo 12.4.º LHMyPSD: bienes muebles específicos que cuentan con afección «pertenencial» a una empresa «industrial o minera». La Ley permite gravar con una sola hipoteca mobiliaria (=sin distribución de responsabilidad) una pluralidad de máquinas siempre que todas ellas estén afectas a una industria y aunque esa empresa se desarrolle en diferentes locales.

Algo semejante en cuanto a incoherencia del criterio legal subyacente a la «registrabilidad» bajo prenda registral puede decirse de los bienes que pueden darse en prenda sin desplazamiento. En la práctica, la lista legal de bienes pignoraes que se infiere de la regulación contenida en los artículos 52 a 54 LHMyPSD funciona como un verdadero «cajón de sastre» (enumeración resi-

dual): se trata *prima facie* de bienes de menos perfecta, y variable, identificabilidad registral que los hipotecables. La única «coherencia» que presenta la Ley en este punto es una cierta coherencia con la tradición histórica: el artículo 52 sucede a la vieja «prenda agrícola» del viejo Título Primero del Real Decreto de 22 de septiembre de 1917¹³; el artículo 53 a la «prenda industrial» de la Ley de 17 de mayo de 1940; el artículo 54 recoge de la legislación anterior del Código Civil —los viejos artículos «bises» del Código Civil intercalados por la Ley de 5 de diciembre de 1941— una modalidad de garantía sobre conjunto de bienes de valor artístico (es decir: sin adscripción a un fin empresarial sino doméstico o de recreo).

En fin, la Ley parece exigir del título constitutivo de la prenda sin desplazamiento y dentro de su contenido mínimo, la expresión del «inmueble en que se situaren los bienes por su origen, aplicación, almacenamiento o depósito» (art. 75 Segundo LHMyPSD); mientras que nada se dice al respecto para la escritura de constitución de hipoteca mobiliaria en el artículo 13 de la Ley.

En razón de todo lo anterior, la doctrina suele señalar *hasta tres características que permiten cualificar a ciertos de entre los bienes muebles corporales para que puedan considerarse susceptibles de ser dados en prenda sin desplazamiento*: 1.º) Supuestamente, los pignorables son bienes muebles que no son susceptibles de una *perfecta identificabilidad registral*; 2.º) Parece que los pignorables deben tener en todo caso su encaje legal en alguna de las categorías típicas de bienes de los artículos 52 a 54 de la Ley; 3.º) Aparentemente, los bienes registrables bajo prenda sin desplazamiento deben contar con una ubicación o *status loci* so pena de que la eventual garantía constituida sobre los mismos no sea inscribible en el Registro de Bienes Muebles.

Me propongo en los apartados siguientes de este trabajo criticar estos tres postulados «tradicionales» por entenderlos carentes de justificación en Derecho positivo vigente: porque eventualmente es posible que se den en prenda sin desplazamiento bienes individualmente especificados; porque la tipicidad legal no produce *de facto* ninguna exclusión de ninguna categoría relevante de bien atípico; porque la determinación de un *status loci* no es requisito de constitución de la prenda sin desplazamiento.

A continuación, examino críticamente los problemas típicos que presenta el anacrónico tratamiento la base objetiva de esta garantía mobiliaria en la Ley de 1954 y a la luz de la experiencia comparada: la afortunada desaparición de la prohibición de dar en garantía bienes previamente gravados; los problemas derivados de la inexistencia de una regla general de subrogación real y de la posible sujeción de conjuntos «dinámicos de bienes» descritos *sub specie universitatis*; la extensión objetiva sobre frutos, productos, mejoras y accesiones. No estudiaré en este trabajo la vidriosa cuestión de las garantías reales impuestas sobre pertenencias inmobiliarias (los «fixtures») y las prendas sin desplazamiento sobre créditos, temas a los que he dedicado estudio monográfico en el pasado.

II. EL SUPUESTO REQUISITO DE LA IMPERFECTA IDENTIFICABILIDAD DE LOS BIENES SUSCEPTIBLES DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

Por la simple lectura superficial de la doble lista de bienes muebles registrables —no digamos de la atenta lectura de la elocuente Exposición de Motivos—, al intérprete le resulta fácil constatar el criterio seguido por el legislador: para el redactor de la Ley *debe estarse a la más o menos perfecta identificabilidad registral de los bienes que constituyen el objeto del gravamen... y a la presencia o a la ausencia de reipersecutoriedad frente a tercer adquirente de las garantías reales sobre ellos impuestas*.

Los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria son aquellos bienes, se nos dice, que «*en el actual estado de Derecho*» son de fácil identificación y, por tanto, pueden soportar garantías mobiliarias que comportan el derecho de reipersecutoriedad. Tales bienes permiten una garantía «*más perfecta*» con inherente facultad de «*ser perseguidos por acción real ilimitada*» (cfr. Exposición de Motivos de la Ley); facultad derivada del hecho de que la hipoteca mobiliaria «*sujeta, directa e inmediatamente, los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida*» (cfr. art. 16 LHMyPSD). Por el contrario, los bienes susceptibles de prenda sin desplazamiento son bienes de imperfecta identificación registral «*por sus cualidades específicas, por lo que, ante su fácil desaparición, transformación o confusión, los procedimientos ejecutivos, especialmente ágiles y rápidos, han de procurar de modo inmediato la reintegración posesoria al acreedor*» (cfr. también, en la misma Exposición de Motivos).

Esta diferencia en el grado de identificabilidad registral de sendas garantías típicas *se traduce en sendas técnicas registrales muy diferentes en lo que hace a la llevanza del Registro de Bienes Muebles*: mientras a cada uno de los bienes hipotecados se le abre folio registral propio (*sistema de folio real* independiente por bien hipotecado *ex arts. 74.1 Ley y 23 Reglamento*); en la prenda sin desplazamiento se sigue el sistema del «*folio contractual*» (un folio abierto a cada contrato de garantía aunque se refiera a una pluralidad de bienes pignorados *ex arts. 74.2 Ley y 30 del Reglamento*). En hipotecas se llevan índices por personas (acreedores e hipotecantes) y bienes hipotecados (lo que presupone la indexación real por tipos o categorías de bienes), mientras que en la prenda no se llevan índices por categorías de bienes (lo que presupone que la búsqueda de la garantía debe ser por acreedor o pignorante): cfr. artículo 8 reglamento.

Sin embargo, me propongo demostrar que no es rigurosamente cierto, como a veces se sostiene, que la Ley prohíba constituir prenda sin desplazamiento sobre bienes muebles que sí son susceptibles de perfecta identificación registral.

1. BIENES FUNGIBLES Y DETERMINACIÓN GENÉRICA DEL OBJETO DEL GRAVAMEN

Empecemos por señalar que la condición que se predica de ciertos bienes muebles de ser susceptibles de prenda sin desplazamiento *no es fruto de una supuesta cualidad intrínseca o física del bien en cuestión*. La posibilidad de gravamen de un concreto bien bajo alguna de las formas típicas de garantía real mobiliaria depende no tan solo, o no solo exclusivamente, de las características físicas del bien en cuestión *sino también, y fundamentalmente, de la voluntad de las partes en la configuración del concreto negocio jurídico de garantía en atención al destino o fin que quiera imprimirse al bien*. Dicho en claro: un mismo bien —que acaso sea susceptible de una perfecta identificabilidad *in abstracto*— puede darse en garantía mobiliaria en muy diversas condiciones y regímenes jurídicos típicos de sujeción al gravamen según interese a las partes.

La doctrina científica mayoritaria distingue entre bienes fungibles y bienes genéricos¹⁴.

Cosas fungibles son las que pueden sustituirse unas por otras a la vista de su indistinguibilidad en el tráfico jurídico. La fungibilidad es, entonces, una cualidad (objetiva) de determinadas categorías de bienes, cualidad que se infiere de la común o general consideración social de los mismos bienes. Por lo tanto, la determinación de la cualidad de «fungible» que una cosa tiene queda sustraída a la valoración individual y a la autonomía de la voluntad. Los textos romanos hablaban de cosas *quae pondere, numero, mensurare consistunt* (Inst. 3, 14).

En cambio, *el género* no es algo que se encuentre en la naturaleza sino que constituye un constructo mental o determinación negocial (una suerte de «fungibilidad subjetiva»). Se habla entonces de «determinación genérica» de ciertos bienes en la medida que una prestación se refiere a cosas que solamente se consideran como objeto de la obligación o sujetas a un gravamen por referencia al género al que pertenecen o en el que se encuadran.

Como no son conceptos coincidentes, de aquí se deriva la posibilidad, de un lado, que una cosa fungible sea considerada como cuerpo cierto y determinado (por ejemplo: el vino que se encuentra y envejece dentro de una determinada cuba) y, de otro lado, inversamente, que cosas no fungibles puedan estar consideradas como bienes determinados genéricamente (una piara de cerdos frente al animal en concreto con la especificación individual que sea).

Una máquina —también un cierto vehículo— puede considerarse el ejemplo paradigmático de bien hipotecable por su perfecta identificabilidad registral y no en vano puede sujetarse específicamente al gravamen como tal bien individual según resulta del título y se hace constar en el Registro con indicación de las «*características de fábrica, número, tipo y cuantas peculiaridades contribuyan a su identificación*» (art. 43 LHM y PSD). Criterio este de identificabilidad registral que viene a coincidir con el seguido en la legislación de venta de bienes muebles a plazo en cuanto toca a la definición de lo que se entiende por «bienes identificables»:

«todos aquellos en los que conste la marca y número de serie o fabricación de forma indeleble o inseparable en una o varias de sus partes fundamentales, o que tengan alguna característica distintiva que excluya razonablemente su confusión con otros bienes» (art. 2 LVPBM y art. 8 Ordenanza). Sin embargo, a las partes puede no interesar o convenir sujetar individualmente la máquina al gravamen —con la consiguiente potencial reipersecutoriedad de la garantía inscrita frente a terceros— sino como si de una mercadería se tratase (imaginemos el «stock» de máquinas ubicadas en un establecimiento de venta de artefactos o un «stock» de vehículos no matriculados en un concesionario) o, sin reipersecutoriedad individual de cada bien, como parte de un conjunto dinámico de bienes corporales no identificados individualmente (por ejemplo, si se dijere: todo el utillaje de una industria o comercio que se encuentra dentro de la tienda, taller o establecimiento).

De hecho, se queda corto el redactor de la Exposición de Motivos cuando nos llama la atención sobre las diferentes formas posibles de configurar la garantía real sobre la maquinaria.

Para resolver la cuestión de si un determinado bien puede/debe darse en hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento no basta atender a la naturaleza del bien sino que habrá, también, de considerarse la función del bien tal y como esta se quiere por las partes y se describe en el contrato de garantía en atención a su destino o aplicación previstos o previsibles.

Se queda, por ello, corto el redactor de la Exposición de Motivos cuando nos pone en guardia sobre las diversas posibilidades de gravamen de un mismo bien. Un motor, por ejemplo, puede gravarse (y solo cito los casos obvios):

a) Como pertenencia del establecimiento en la *hipoteca de establecimiento* ex artículo 21 b) LHMypSD El legislador parece no solo contemplar la posible sujeción de la maquinaria en cuanto bien individualmente identificado (lo que exige identificar cada máquina) sino, alternativamente, como parte de un conjunto, como si se dijere «todas las que existen en el establecimiento y a su servicio» (identificación sub specie universitatis). Las consecuencias jurídicas de una u otra forma son bien distintas en lo que hace a la reipersecutoriedad del gravamen que solamente es posible en el primer caso.

b) Como objeto de *hipoteca de maquinaria industrial* ex artículo 42 LHMypSD y con necesaria y exigente individualización (*vid.* las RRDGRN de 16 de noviembre de 1972, 6 de octubre de 1994, 16 de noviembre de 1998, 5 de mayo de 2000, 23 de febrero de 2005 y 23 de abril de 2014).

c) Como bien susceptible de prenda *sin desplazamiento de maquinaria* del artículo 53.1.º LHMypSD, cuando faltan los requisitos de afectación pertencial a una empresa censada exigidos por el artículo 42 LHMypSD.

d) Como *mercadería* (imaginemos en una tienda de venta de motores) en *hipoteca de establecimiento con cláusula de extensión* ex artículo 22 LHMypSD o en prenda sin desplazamiento del artículo 53.2.º LHMypSD.

e) Como *materia prima* (imaginemos un motor en la cadena de fabricación de automóviles de una empresa industrial), *susceptible de prenda sin desplazamiento ex artículo 53. 2.º LHMyPSDPS* o en *hipoteca de establecimiento con cláusula de extensión ex artículo 22 LHMyPSD*.

f) Como bien de uso doméstico (una máquina para el jardín de casa), susceptible de prenda sin desplazamiento *ex artículo 54 LHMyPSD* en relación con el artículo 70. 4.^a.

g) Como *objeto de venta a plazos o leasing* en contratos sujetos o no a la Ley especial.

h) Como pertenencia en *hipoteca inmobiliaria* con cláusula de extensión del artículo 111. 1.º LH

i) Como *pertenencia de buque o aeronave* susceptible de ser gravada con la hipoteca respectiva: hipoteca naval e hipoteca mobiliaria, respectivamente.

El ejemplo de las máquinas que se dan en prenda como bien específico —no se determinan genéricamente como objeto de gravamen mobiliario— no es singular. Otro tanto pasa o puede pasar con las demás categorías de bienes pignoraables. Un animal, por ejemplo, suele considerarse como prototipo de bien genérico. Sin embargo, nada obsta a su consideración como cuerpo cierto individualmente identificado en su gravamen: no es lo mismo dar en prenda un ganado, un rebaño o una piara... que se grave el caballo «Lucero» y la yegua «Lucita». La Ley considera a todos los animales como bienes susceptibles de ser dados en prenda sin ulterior distinción (cfr. art. 52 Tercero LHMyPSD... sin necesidad de que se graven dentro de la piara, rebaño, yunta, etc.).

Un bien típicamente fungible como es el vino puede quererse gravar como bien específico. Supongamos que quiere gravarse el vino que envejece en las cubas perfectamente identificadas en cierta bodega y compárese este supuesto con el gravamen de las mercaderías destinadas a la reventa. Las mercaderías circulan conforme a su destino (el conjunto permanece pero con entradas y salidas y con obligación de mantener y reponer) pero en el gravamen sobre el vino las partes no contemplan su circulación ni su reemplazo.

2. EVENTUALMENTE, PUEDEN SUJETARSE A PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO BIENES PERFECTAMENTE INDIVIDUALIZADOS PERO QUE, SIN EMBARGO, NO TIENEN ENCAJE EN LA LISTA LEGAL DE LOS HIPOTECABLES

Dicho todo lo anterior, *no es rigurosamente cierto, como algunos pretenden que el único modo existente en Derecho español de «sujetar directa e inmediatamente» a una garantía registral mobiliaria un bien corporal que interesa gravar como perfecta e individualmente identificado sea mediante hipoteca mobiliaria.*

En el modelo legal de doble garantía, con sistema tasado de doble lista de bienes susceptibles del respectivo gravamen, la hipoteca mobiliaria parece responder al esquema de gravamen sobre bien específico individualmente identificado y la prenda sin desplazamiento al de gravamen sobre un bien genérico (cierta cantidad de cosas fungibles que se gravan por su número, medida, peso, calidad y situación) o de una pluralidad dinámica de bienes corporales que se gravan como tal conjunto ...sin identificación individual de cada bien que lo compone. O, como dice la doctrina romanista: que son pignorados *sub specie universitatis*.

A estos efectos, se establecen en la Ley dos grupos de normas específicas de cada gravamen junto a las «disposiciones comunes» a sendas figuras y contenidas en los artículos 1 a 11 de la Ley: las «disposiciones generales de la hipoteca mobiliaria» (arts. 12 a 18) y las reglas particulares de la prenda sin desplazamiento que siguen al catálogo de bienes pignorables (arts. 55 a 66). Pues bien: como consecuencia del rigor del sistema de *numerus clausus* de bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria y doble lista de bienes, puede parecer *a priori* que no es posible constituir una prenda sin desplazamiento con individualización del gravamen sobre un bien cierto y específico.

Esto plantea problemas serios de coherencia y sistemática como se ve claramente con algunos ejemplos.

De acuerdo con la lógica de la clasificación, la maquinaria que se quiere dar en garantía como objeto específico de gravamen mobiliario debería, en principio, poderse sujetar exclusivamente a hipoteca mobiliaria *ex* artículo 12 Cuarto (en relación con lo que se establece en los arts. 42 y sigs. de la Ley). Sin embargo, los requisitos que se exigen de la maquinaria en la Ley para su hipotecabilidad mobiliaria son en la práctica muy restrictivos. Aunque interesare a las partes que la maquinaria en cuestión quedase determinada individualmente como objeto específico de gravamen, si hemos de seguir el tenor literal de la ley, no podrá hipotecarse... por la simple circunstancia de que el destino al que se aplica no es el industrial (maquinaria destinada a la agricultura, servicios, consumo), acaso por faltar una adscripción pertenencial a un establecimiento (la doctrina de la DGRN es muy rigurosa a este respecto pues exige la localización estable de la máquina en un establecimiento) o, incluso, en fin, por el simple incumplimiento de una norma administrativa (falta el alta censal).

Ante esta situación caben dos soluciones: o dichos bienes, específicamente gravados, se reputan hipotecables por analogía (por estar identificados en su determinabilidad) aunque no se incluyan en la lista legal; o se consideran alternativamente como bienes susceptibles de pignoración, al ser la prenda la garantía mobiliaria «residual» de los bienes no hipotecables. El legislador sigue claramente esta segunda opción.

Obsérvese que la opción por una u otra categoría de garantía mobiliaria típica puede no ser trivial por cuanto su respectivo régimen sustantivo y registral

(*vid. supra*) es acaso diferente: si se grava el bien con hipoteca existe reipersecutoriedad franca o plena contra tercero adquirente (el art. 16 Ley enerva la aplicación del art. 464 del Código Civil; no existe adquisición *a non domino* del tercero de buena fe ni siquiera usucapión liberatoria *contra tabulas* en los términos prohibidos a la misma por el art. 36.4 LH) mientras que si se pignora el mismo bien, aunque el bien pignorado estuviera individualizado en el contrato de garantía (no se diera como genérico o parte de un conjunto), existe débil reipersecutoriedad porque puede aparecer un tercero de buena fe protegido por el artículo 464 del Código Civil que adquiera el bien libre de cargas o que prescriba *contra tabulas*.

Tenemos así el tradicional «problema de los tractores» suscitado en su día por LACRUZ BERDEJO. Los tractores, remolcadores, etc. que se emplean en las faenas agrícolas normalmente incumplen alguno de los requisitos para su hipotecabilidad exigidos por los artículos 42 y siguientes Ley para la hipoteca de *maquinaria industrial*; además, si se emplean exclusivamente dentro de una explotación pueden carecer de matrícula conforme a la normativa de tráfico (= no son hipotecables como «vehículo de motor» *ex* art. 12 Segundo en relación con los arts. 34 y sigs. Ley). Aunque LACRUZ opta entonces por la solución científicamente coherente de entender a los tractores como bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria (por analogía al supuesto de hecho y en atención a su posible individualización), me parece claro que el legislador sigue el camino de encuadrarlos dentro de la prenda sin desplazamiento agrícola *ex* artículo 52.4 LHM.

La máquina, cualquier máquina, que no sea hipotecable pueda sujetarse al menos como bien perfectamente individualizado a una prenda sin desplazamiento. La doctrina no siempre parece advertir que tanto en la hipoteca de establecimiento con extensión legal a maquinaria *ex* artículo 21 b) LHMyPSD como en la propia prenda sin desplazamiento sobre maquinaria *ex* artículo 53. Primero LHMyPSD son posibles dos formas diferentes de sujeción a gravamen: con individualización/reipersecutoriedad y sin individualización y sin reipersecutoriedad (constitución *sub specie universitatis*). Lo mismo vale para las máquinas de reemplazo: los bienes futuros pueden quererse sujetar como bien específico o con determinación genérica¹⁵.

Semejante cosa ocurre con los animales o con los bienes de colección que pueden ser pignorados en su individualidad específica.

Es bien sabido que animales y bienes de colección pueden darse en prenda sin desplazamiento *ex* artículo 52. Tercero y artículo 54 LHMyPSD, respectivamente. Pues bien, aunque el legislador presupone que los animales se gravan «como género» o formando parte de un rebaño, piara, yeguada... o en su conjunto (el viejo *pignus gregis* del Dig 20, 1, 13) y lo mismo pasa con los bienes de colección, que suelen ser gravables como un todo dinámico, nada parece deba obstar a que las partes quieran sujetar a gravamen el concreto caballo pura

sangre «Lucero» o el «Monet» de la colección. Téngase presente que, con el actual estado de la técnica, y muy especialmente con la rigurosa normativa que existe en materia de trazabilidad animal y de productos agro-alimentarios, es posible y hasta obligatorio identificar bienes que el legislador del siglo pasado consideraba de muy difícil/imposible identificación individual (*vid. infra*). En el extremo, una piara de cerdos o de vacas puede gravarse en su conjunto y sin individualizar la res (como si se dijere, todos los animales que hubiere en tal cuadra, establo, cochiguera...) o, incluso, bien a bien identificado por sus respectivos crotales. Porque los crotales —o el sistema de identificación correspondiente del perro o del gato como animales domésticos— funcionan a estos efectos como un número de serie que se inserta de forma indeleble o inseparable en el animal lo que permite excluir su confusión con otros animales de la misma especie aunque estén juntos. Y lo mismo cabe decir de un cierto cuadro, escultura, medalla, etc... que pueden incluso estar catalogados administrativamente.

Además, como no obliga la Ley a distribuir la prenda por bienes o grupos de bienes gravados de diferente naturaleza, pueden darse en garantía mobiliaria, dentro del mismo conjunto, bajo la misma prenda, algunos bienes corporales que se sujetan específicamente a la garantía junto a otros que se gravan en su determinación genérica.

Tomemos el supuesto examinado en la RDGRN de 2 de abril de 2013 en que se pretendió constituir una hipoteca mobiliaria de maquinaria industrial sobre ciertos bienes que sí se individualizaban separadamente con los datos correspondientes a cada uno de ellos. Al conjunto de tales máquinas se pretendieron agregar dentro de la misma hipoteca de maquinaria hasta 56 objetos inventariados conjuntamente en una lista y sin la necesaria identificabilidad individual exigible para la hipoteca de maquinaria (se hablaba de «escalera doble de seis peldaños, mini amoladora, polipasto eléctrico, etc...»). El Centro Directivo desestimó el recurso y dio razón al registrador en el entendimiento de que la hipoteca mobiliaria hubiera exigido una singular individualización. En realidad, para solucionar este obstáculo hubieran podido constituirse dos garantías: una hipoteca mobiliaria sobre la máquina y una prenda sin desplazamiento sobre el resto. Pero también, hubiera podido constituirse una sola garantía mobiliaria bajo la forma de la prenda sin desplazamiento sobre todo el conjunto y de suerte que el bien principal estuviese perfectamente individualizado y el resto, con imperfecta identificabilidad.

3. CONCLUSIÓN

Por todo lo visto anteriormente, en rigor no es exigible que los bienes que pretendan sujetarse a prenda sin desplazamiento sean bienes no específicamente determinados en el título constitutivo. Para que los bienes corporales sean

pignorables basta con que, aunque no se determinen genéricamente, no sean encuadrables dentro del artículo 12 LHMyPSD. Es decir: son pignorables los bienes que no sean hipotecables y aunque su grado de identificabilidad registral sea variable.

Como es lógico, que la determinación del bien pignorado no sea genérica debe traer consecuencias en cuanto a los efectos jurídicos que se siguen de las garantías regularmente constituidas. Así, en materia de reipersecutoriedad del bien dado en garantía, no es lo mismo una prenda sobre un conjunto dinámico o sobre bien determinado genéricamente que la prenda sobre bien singularmente identificado cuando del título se desprende con toda claridad que constituye voluntad de las partes la sujeción del bien individualmente considerado al gravamen (aunque estén sujetos a «mera» prenda sin desplazamiento pueden reivindicarse de quien, tercero, no esté tutelado por la protección del art. 464 del Código Civil o el art. 85 CCom) o en materia de conservación específica del bien (me parece, por ejemplo, aplicable al caso la «acción de devastación» del art. 18 LHMyPSD, por ejemplo, porque contempla la depreciación del bien específicamente gravado). Por simplificar mucho las cosas: en la hipoteca mobiliaria inscrita existe reipersecutoriedad plena porque la aplicación del artículo 16 Ley entraña la exclusión de tales bienes del ámbito de aplicación del artículo 464 del Código Civil; en la prenda sin desplazamiento sobre bien genérico no juega una reipersecutoriedad sobre cada bien miembro del conjunto porque existe una autorización expresa o implícita de enajenar o disponer los bienes como libres conforme a su circuito comercial o industrial; en la prenda sin desplazamiento sobre bienes individualizados existe una claudicante reipersecutoriedad (cuando falta la tutela del art. 464 del Código Civil). En los dos últimos casos, la pobre reipersecutoriedad se reequilibra por la habitual extensión del gravamen a los bienes subrogados y de reemplazo de los que se liberan del gravamen (*vid. infra*).

III. EL SUPUESTO PRINCIPIO DE TIPICIDAD DEL OBJETO DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

Suele decirse que rige, al menos de manera formal, en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de la posesión, un principio de tipicidad legal en relación con el bien objeto del gravamen: solo pueden darse en hipoteca mobiliaria o en prenda sin desplazamiento los bienes muebles o categorías de bienes muebles que «se mencionan» o son susceptibles de inclusión en sendos catálogos legales. De ellos, los susceptibles de prenda sin desplazamiento, son solamente los que, sin ser hipotecables, se enumeran en los artículos 52 a 55 Ley.

Empecemos por indicar que no existen razones que justifiquen una opción restrictiva en materia de la determinación de bienes susceptibles de gravamen

hipotecario. Dicho de otra manera y como afirman con rotundidad estudiosos y textos internacionales: es tanto más ineficiente un sistema jurídico de garantías mobiliarias cuanto más numerosos y relevantes sean los supuestos de exclusión de la susceptibilidad de gravamen mobiliario. Sin razones graves de política legislativa debería permitirse gravar todos los bienes y derechos de contenido patrimonial y susceptibles de enajenación... aunque no estén en una lista. No convencen hoy los argumentos aducidos en su día por los redactores de nuestra Ley —que todavía lucen en su Exposición de Motivos— acerca de la «indispensable» necesidad de «fijar con exactitud y de modo completo los bienes sujetos a hipoteca mobiliaria y a prenda sin desplazamiento» (apartado «Naturaleza de la garantía»). Más aún, una vez que se admita una forma de garantía con «efectos débiles» sobre bienes de imperfecta identificación registral, no deberían excluirse ninguno de estos so pretexto de su escaso valor relativo, las mayores dificultades de identificación por sus cualidades específicas, su fácil desaparición, transformación, ocultación o confusión... y demás argumentos que suelen aducirse al uso.

Afortunadamente, no obstante el catálogo legal existente, *interpretada adecuadamente la Ley en atención a la realidad social y económica de cuando las normas se aplican, nuestra venerable Ley de 1954 no tiene por qué tener ninguna virtualidad excluyente de bienes no susceptibles de prenda*. Vamos a examinar con detalle las razones de la «otra posible interpretación» de la Ley y que nos conduce a negar la existencia del famoso *numerus clausus*.

La distinción que se hace en los primeros tres artículos del Título III, *De la prenda sin desplazamiento*, de la Ley en atención al tipo de empresa, «explotación» o destino a que se deben aplicar los bienes gravados obedece a razones históricas (la Ley sucede a y refunde, la vieja legislación separada de prenda agrícola y de prenda industrial), y carece hoy ya de relevancia práctica. Dicho en otros términos: *entiendo que puede construirse una interpretación razonable de la Ley para que ninguna categoría de bienes deba quedar excluida por el solo hecho del singular (o atípico) género de actividad/fin a que se dedican o destinan los bienes*. En atención a su destino o fin, todos los bienes corporales pueden quedar cubiertos por las normas legales contenidas en los artículos 52 y siguientes. Ello es posible *porque el artículo 53 de la Ley funciona como «primera cláusula de cierre» en relación con los bienes no hipotecables que no se destinan a la explotación de una actividad del sector económico primario y el artículo 54 LHM y PSD funciona como «segunda cláusula de cierre» en relación con el resto de los bienes no hipotecables que no se afectan a ninguna actividad económica*

Efectivamente, en relación con las distintas actividades a que se afectan o destinan los bienes quedan desde luego comprendidos en la Ley como susceptibles de prenda sin desplazamiento:

A) Bienes destinados a su circulación comercial o reventa (mercaderías almacenadas)

Las mercaderías —bienes destinados a la reventa— pueden ser gravadas como una parte de un conjunto y dentro de la modalidad típica de la hipoteca mobiliaria de establecimiento (que se extiende a ellas mediante pacto *ex* artículo 22 LHMypSD) o bajo una autónoma prenda sin desplazamiento de «mercaderías almacenadas» *ex* artículo 53. 2.º LC. El vendedor a plazos de este tipo de bien, que no puede sujetar la financiación a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, puede no obstante aceptar en prenda las mercaderías en garantía del pago de su crédito (cfr. art. 2 *in fine* LHMypSD).

El título constitutivo, escritura o póliza, debe describir las mercaderías que se pignoran, con expresión de su naturaleza, cantidad, calidad, estado y demás circunstancias que permiten identificar sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes las que componen el conjunto en cada momento (art. 57.1.º LHMypSD). La Ley requiere se trate de «mercaderías almacenadas»: es necesario precisar el *status loci* donde se encuentran y donde no pueden ser desplazadas sin consentimiento del acreedor (cfr. art. 60 LHMypSD). Por eso deberá determinarse en el título de constitución la tienda o establecimiento, el inmueble, almacén, depósito, etc. en que se almacenaren o guardaren las mercaderías.

En atención a su naturaleza, las mercaderías están destinadas a circulación comercial en los términos pactados y, a defecto de pacto, conforme a los usos de comercio (cfr. art. 22.2 LHMypSD). Esto supone que deben reemplazarse las que salen por otras «*en cantidad y valor igual o superior*» al que se determine en el título de constitución. Ni que decir tiene que el tercero de buena fe que las adquiere bajo la regla de irreivindicabilidad del artículo 85 del Código de Comercio las recibe libre de cargas (desafectas del gravamen).

B) Bienes generados o empleados en explotaciones forestales o agropecuarias

Aquí deberían incluirse todos los bienes existentes en este tipo de explotaciones... aunque no se incluyan en el artículo 52 LHMypSD que es heredero de la tradición de la «prenda agrícola» de la vieja legislación de 1917:

1.º Las semillas, pienso, alimentos y demás *materias primas* para la explotación: arg. *ex* artículo 53.2.º LHMypSD.

2.º Las máquinas, utensilios, aperos y demás *material «de equipo»* de la explotación: artículo 53.4.º LHMypSD. El «bien de equipo» por excelencia de una explotación agropecuaria (además de las máquinas) son los animales: artículo 53.3.º LHMypSD. Se plantean problemas serios sobre la determinación de la extensión de la prenda a las crías y a los productos de los animales cuando el título no determina este extremo.

3.º Los frutos y productos de la explotación agropecuaria, tanto sean «naturales» (por utilizar la venerable expresión del artículo 355 del Código Civil: las producciones espontáneas de la tierra y demás productos de los animales) como «industriales» (e.d. los que se producen «a beneficio del cultivo o del trabajo»). Se incluyen aquí, además de la eventual producción espontánea de las fincas, la cosecha esperada en el año agrícola (frutos esperados; art. 52.1.º LHMypSD); los frutos pendientes (los aún no separados; art. 52.2.º LHMypSD), así como los recolectados y almacenados (art. 52.2.º LHMypSD) o las crías y los productos de los animales (cfr. art. 52.3.º LHMypSD). También se incluye el aceite (como en la vieja prenda aceitera), la resina y la madera de las explotaciones forestales en atención a las talas y cortas ordinarias y extraordinarias...

C) Materias primas y productos elaborados, fabricados o manufacturados y que se encuentran en sus talleres, fábricas o establecimientos

Las materias primas de establecimientos industriales debidamente almacenadas pueden ser objeto de prenda sin desplazamiento *ex* artículo 53.2.º LHMypSD. No en vano, el artículo 53 LHMypSD permite de hecho la constitución de garantías sobre cualesquiera «materias primas almacenadas».

Obsérvese que en el «universo mental» del legislador del siglo pasado la explotación minera o extractiva es una especie de la explotación industrial, aunque hoy tendemos a encuadrarla en el sector primario junto con la agricultura, ganadería y pesca. De todas formas, esa distinción es irrelevante toda vez que el artículo 53 Ley cubre las materias primas de actividades distintas de las enumeradas en el artículo 52 LHMypSD. Por este mismo motivo, no debería haber incluso ningún inconveniente en que puedan gravarse bienes análogos en empresas de servicios (bienes afectos a la empresa de servicios pero que no constituyan material de equipo de la misma).

Como antes, el título constitutivo, escritura o póliza, debe describir las materias primas que se pignoran, con expresión de su naturaleza, cantidad, calidad, estado y demás circunstancias que permiten identificar sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes las que componen el conjunto en cada momento (art. 57.1.º LHMypSD). La forma habitual de determinar las materias primas es por su género o géneros (puede existir un conjunto de materias primas heterogéneas de distintos géneros o cualidades): en atención a su peso, número o medida y calidad. La Ley requiere se trate de «materias primas almacenadas»: es necesario precisar el *status loci* donde se encuentran (cfr. art. 57.2.º Ley y art. 33 Reglamento) y donde no pueden ser desplazadas sin consentimiento del acreedor (cfr. art. 60 LHMypSD). Por eso deberá determinarse en el título de constitución establecimiento, la fábrica, el inmueble, almacén, depósito etc. en que se almacenaren o guardaren.

En atención a su naturaleza, las materias primas están destinadas a su circulación industrial: a ser empleadas en el proceso productivo para transformarse en otros bienes o productos. La Ley, y solo en el caso de hipoteca de establecimiento, contempla la misma obligación de reemplazo del *tantundem* que en caso de mercaderías. Resta por saber, la Ley no está clara al respecto, si la prenda sobre materias primas se extiende o prolonga sobre los bienes manufacturados con ella y que restan en el almacén o depósito.

Es de suponer que cuando los productos elaborados salen de la fábrica, almacén o depósito conforme a su destino, quedan libres de garantía por desafectación aunque, a menos que la propia fábrica tenga una tienda o establecimiento comercial abierto de sus productos, no haya un tercero comprador (distribuidor mayorista o minorista) que caiga bajo la protección del artículo 85 CComercio.

D) Utensilios y bienes de equipo empleados en explotaciones que no son agropecuarias

Como es sabido, la hipoteca mobiliaria de establecimiento se extiende, salvo que otra cosa se pactare, a las «*máquinas, mobiliario, utensilios y demás productos de producción y trabajo*» [cfr. art. 21 b) LHMyPSD]. No obstante, los bienes de equipo pueden ser objeto de prenda sin desplazamiento cuando no resultan encuadrables dentro del marco de la hipoteca mobiliaria de maquinaria industrial de los artículos 42 a 44 de la Ley. O sea: cuando no interese una identificación individual de cada máquina gravada (existe una determinación genérica del bien o del conjunto de bienes) o/y cuando no exista adscripción pertenencial a una determinada explotación censada administrativamente (falta el alta censal *ex* art. 42.1 in *fine* Ley o/y falta una adscripción pertenencial a un inmueble en donde se desarrolla la explotación).

Los bienes de equipo de cualquier tipo de empresas, sean industriales, comerciales o, incluso, de servicios, deben entenderse cubiertos con lo que se establece en los artículos 52.2.º LHMyPSD (máquinas y aperos de las explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias) o en el artículo 53.1 LHMyPSD (máquinas y demás utensilios *de otro tipo de explotaciones*). El concepto «explotación» del artículo 53 Ley debe ser reinterpretado en un sentido muy amplio para incluir toda actividad de servicios e incluso a las actividades propias del sector cooperativo y no-lucrativo (actividad no-mercantil) con la exclusión de la adscripción a fines domésticos, a que se refiere el artículo siguiente.

Las materias primas, utillaje, aperos, etc., se identificarán en la forma usual. También deben ser localizados en un sitio de referencia: cfr. artículo 57.2.º Ley y artículo 33 Reglamento.

Hemos de entender que ese material o conjunto de bienes de equipo se utilizará conforme a su destino y «sin merma de su integridad» porque de la Ley

se infiere con claridad que pesan sobre el deudor los deberes de conservación, mantenimiento y, previsiblemente, de reposición: *vid.* artículo 61 LHMyPSD. En cuanto a equipo, no existe una previsión legal similar a la prevista para mercaderías y materias primas en el artículo 22.2 *in fine* LHMyPSD en cuanto a la reposición conforme a los usos de comercio. Se supone, aunque la Ley no está muy clara, que el gravamen se extiende o prolonga sobre los bienes (futuros) de reemplazo de los desechados... pero es muy discutible si el legislador pretende en este caso que el deudor venga obligado a tener en el establecimiento bienes de equipo «*en cantidad y valor igual o superior al que se fijó en el título constitutivo*».

E) «Bienes residuales» no incluidos en las anteriores categorías

Fuera de los supuestos anteriores, quedan los «bienes de colección» a que se refiere el artículo 54 LHMyPSD. Bien es cierto no obstante que el texto legal es ambiguo y parece exclusivamente referirse a objetos de «valor artístico o histórico»... aunque «no formen parte de una colección».

La determinación legal de tales bienes de colección es ciertamente desafortunada.

Para empezar, no es necesario sujetar tales bienes en conjunto o como género (una colección como *universitas facti*) ya que es perfectamente posible que las partes quieran sujetar de manera directa e inmediata un cierto y perfectamente identificado bien de una colección artística (el Monet, el Ribera, etc.) a una garantía real «fuerte» con reipersecutoriedad, como hemos visto. Amén de ello, el concepto de valor «artístico o histórico» es enormemente relativo y no se entienden las razones por las que la cuestión no se deba entregar a la discreción de las partes: los bienes de vil valor no tienen por qué quedar fuera del sistema de garantías mobiliarias.

Desde siempre se ha dicho que en pura teoría los bienes de escaso valor (sean o no fungibles) carecen objetivamente de aptitud para entrar en cualquier sistema mobiliario registral. La circulación mobiliaria de estos bienes «viles», se dice, no puede sujetarse a una Ley registral, por ínfimos que sean los costes del sistema: ni el acreedor ni el deudor estarían dispuestos a soportar los costes e incomodidades derivados de la publicidad registral exorbitante; ni los terceros esperan razonablemente encontrar registrados tales bienes, ni debe condenárseles a soportar la carga de la consulta registral. Es significativo que la LHMyPSD parezca reservar la prenda sobre bienes de colección a los casos de que estén compuestas de «objetos de valor artístico o histórico» (art. 54). Es posible que, individualmente considerados, los bienes destinados al consumo y que son de escaso valor, sobre todo los vendidos a crédito, no debieran soportar el rigor de la inscripción prevista en la legislación de ventas a plazos. Desde luego, tales

bienes muebles caerían dentro de la excepción del artículo 5.4 LVP («*aquellos contratos de venta a plazos o préstamos para su financiación cuya cuantía sea inferior a la que se determine reglamentariamente*»)... si supiésemos cuál es la cuantía de que estamos hablando ya que el Gobierno todavía no la ha determinado.

Así las cosas, el argumento debe revisarse sustancialmente. Muchos bienes muebles de escaso valor que entran en los procesos productivos industriales, en el comercio y en el sector primario podrían ser objeto de garantías si se gravan como genéricos, conjuntamente con otros. El «género nunca muere», y el mecanismo de subrogación real que estudiaremos con más detalle más abajo proporciona respuesta adecuada a necesidad de compatibilizar la efectividad de la garantía constituida con el reconocimiento de la irreivindicabilidad de los que entran en posesión de un tercero protegido por los artículos 85 C.Com. o 464 del Código Civil.

Nuestra LHMyPSD, en definitiva, no excluye operaciones de garantía por razón del ínfimo valor de los bienes hipotecados o pignorados. Hemos de pensar que la oponibilidad a terceros y la eficacia legitimadora de la inscripción exigirían, incluso en estos casos, la inscripción de las hipotecas o de las prendas sin desplazamiento... sin perjuicio de que puedan jugar —en sede extraconcursal¹⁶— los correspondientes privilegios del vendedor, suministrador, acreedor refaccionario, etc.

Además de todo lo anterior, no se me alcanza justificación alguna para limitar la condición de gravable por prenda sin desplazamiento a los bienes cuyo destino, distinto de la adscripción a una actividad económica o empresarial entendida en su sentido más amplio, sea diferente del coleccionismo (¿placer estético o inversión?). No es razonable, por ejemplo, que unos caballos deportivos no puedan darse en prenda porque el epígrafe de «animales» del artículo 52 LHMyPSD se refiere a los bienes que son destinados a explotación agrícola o ganadera (o forestal) mientras que los bienes de equipo, mercaderías o materias primas valen... cualquiera que sea la explotación a la que se adscriben (el art. 53 LHMyPSD contempla la posibilidad de dar en prenda tales bienes «aunque no formen parte de las explotaciones a que se refiere al art. anterior»).

No es razonable, en fin, que un bien destinado al placer estético del coleccionista se incluya entre los gravables y los adscritos a fines deportivos o domésticos no. Toda vez, en cuanto a estos últimos, que los electrodomésticos, por ejemplo, o el propio mobiliario de una empresa cualquiera cabría dentro del artículo 53. 1.º LC. Por este mismo motivo, no comparto la opinión, avanzada por algunos, de que no es lícita, por ejemplo, la constitución de prenda sobre animales domésticos¹⁷.

No solo deben interpretarse las normas conforme a la realidad social del tiempo en que se aplican sino, también, a los antecedentes históricos. El propio Derecho romano suministra ejemplos de «prendas de universalidades» sobre

conjuntos de bienes adscritos a cualquier fin...incluso el no-económico. De hecho, la prenda de *ilata e invecta* se construyó para asegurar el pago de la renta de un arrendatario... también de una vivienda urbana (no solo de fundo rústico) y se imponía sobre los muebles que el inquilino traía a la vivienda.

En conclusión: frente a lo que pueda parecer, *todos los bienes corporales no hipotecables pueden caer dentro de los artículos 52 a 54 de la Ley*:

I. Los bienes corporales no hipotecables que se insertan en el circuito productivo del *sector primario* caben perfectamente dentro del artículo 52 Ley que es la «nueva prenda agrícola» (y ganadera);

II. Los bienes corporales no hipotecables que se insertan en el circuito de producción del *sector secundario* y en el *comercio* (bienes destinados a la reventa), caen dentro del artículo 53 Ley que sucede a la vieja «prenda industrial»;

III. Los bienes corporales no hipotecables que se emplean y que circulan como consecuencia de la *actividad económica del sector servicios* (distinto del comercio) quedarían aparentemente fuera del marco regulatorio típico. Sin embargo, bien vistas las cosas no es así, toda vez que el artículo 53 se refiere a bienes/conjuntos de bienes «*aunque no formen parte de las explotaciones a que se refiere el artículo anterior*». Por lo tanto, las materias primas, bienes de equipo y demás bienes tangibles que se emplean en este tipo de actividades quedaría incluido en el artículo 53 LHMPSD.

IV. Los bienes que no se insertan en alguna actividad económica —entendida esta en su sentido más amplio— deben quedar encuadrados en el artículo restante, el artículo 54 LHMPSD. Son bienes destinados al uso o consumo doméstico o familiar, a fines recreativos y de placer, etc.

IV. REVISIÓN CRÍTICA DE LA CUESTIÓN RELATIVA A LA SUPUESTAMENTE NECESARIA FIJACIÓN DE UN «*STATUS LOCI*» DEL BIEN GRAVADO

1. EL PESO DOGMÁTICO DE LA TRADICIÓN ROMANISTA

Aunque hoy pueda parecernos algo extraño, la promulgación de la venerable Ley de 1954 vino precedida de animadas discusiones doctrinales. Tuvieron mucho peso en ellas quienes, como VALLET DE GOYTISOLO, participaron en los trabajos preparatorios de aquella norma y que, por entonces, estaban profundamente imbuidos por la tradición romanista del *pignus* (especialmente en su modalidad de prenda sobre colectividades de bienes como el famoso instituto de la «*pignus tabernae*») y de la teoría intermedia de las *universitates facti*¹⁸.

Los propios juristas romanos eran alérgicos a las grandes construcciones dogmáticas y lo del *status loci* en la prenda de cosas sin desplazamiento po-

sesorio, o por mero acuerdo, nace más bien de la reelaboración doctrinal de la institución romana del «*pignus*» por la doctrina intermedia, y de las construcciones científicas de la propia Ciencia del Derecho contemporánea, muy especialmente la italiana de la primera mitad del siglo XIX con FERRARA a la cabeza. De cualquier manera que sea, esa tradición romanista pesó mucho en la doctrina de los primeros comentaristas de nuestra legislación de garantías registrales mobiliarias, sobre todo en VALLET, que por otra parte nunca se mostró muy partidario de una figura como la prenda sin desplazamiento ni valoró en demasía la publicidad registral sobre bienes de deficiente identificabilidad¹⁹.

Como es sabido —son abundantes los trabajos sobre la institución—, el *pignus* romano era una figura de garantía real enormemente versátil porque se aplicaba tanto a bienes muebles como a bienes raíces y se constituía tanto mediante traslado posesorio de la cosa empeñada al acreedor (*traditio possessionis*) como mediante un mero acuerdo de voluntades (*conventio pignoris*)²⁰. De hecho, la prenda sin desplazamiento tiene antecedentes remotos, puesto que los primeros ejemplos de prenda aparecen en la obra de CATÓN, *De agri cultura*²¹. En sucesivas fórmulas encontramos ejemplos que luego llegarán a nuestros días de prenda de frutos que están en el árbol, de utillaje entrado en la finca del *dominus* por el colono o sobre ganado. Numerosos fragmentos del Digesto (no solo el relativo a la famosa *pignus tabernae* examinada por VALLET) y documentos epigráficos recientemente descubiertos (nos referimos a las famosas *Tabulae Pompeianae* en que se recoge el *pignus* de mercaderías con depósito en almacén público²²) revelan el papel que hubo de desempeñar en el entendimiento práctico del funcionamiento de la prenda lo que luego ha dado en llamarse *status loci* en un sistema jurídico que, sorprendentemente, desconocía la publicidad registral (salvo en derecho romano-egipcio) y en donde, sin embargo, no se encontraron motivos para reconocer plena eficacia real frente a terceros y reipersecutoriedad a la prenda sin desplazamiento (a través de las *actio Serviana* y demás de la misma familia).

Parece efectivamente que la forma tradicional de constituir bienes corporales en prenda sin desplazamiento en Roma era mediante la realización de actos concluyentes de sujeción de los bienes corporales a un cierto señorío del acreedor a quien se le procuraban amplias facultades de autotutela de su derecho asegurándosele la localización estable de las cosas empeñadas en un fundo, casa-habitación, depósito o ubicación a la que aquel podía tener franco acceso. Así, el *dominus* podía vigilar la entrada y salida, así como el estado de los bienes importados al fundo por el colono y que quedaban constituidos en garantía del pago de la renta (los famosos *invecta e illata*); el subalterno o portero del edificio que trabajaba por cuenta del dueño podía vigilar las entradas de mobiliario del inquilino de la *insula* en *locatio*; el acreedor con prenda sobre *tabernae* las mercaderías del negocio en establecimiento abierto al público; el depositario público, por cuenta del acreedor, la supervisión de

que los 7.000 modios de trigo de Alejandría situados en el almacén número 12 en recipientes situados en los intercolumnios, etc... Los ejemplos abundan incluso en el transporte marítimo (el esclavo del acreedor vigilaba los bienes empeñados, por ejemplo).

Puede ser, aunque esto es discutible, que esa situación antes descrita se explicase como un verdadero traspaso posesorio equivalente a la entrega o *traditio* de la cosa en la prenda manual y que operaba nudo consenso cuando no convenía a las partes privar del uso de la cosa al pignorante. Puede ser también, como apuntan otros, que esa técnica de sujeción de la cosa al señorío —casi una posesión mediata— del acreedor tuviera su origen en el derecho que se concedió a los *publicani* en la adjudicación de contratos y concesiones públicas por los magistrados²³. De cualquier modo, con todos esos antecedentes no es de extrañar que para un sector de la doctrina extranjera y española de la primera mitad del siglo XIX se entendiera que la manera común de constituir prenda sin desplazamiento era mediante la sujeción de la cosa a un *status loci* estable de suerte que esa situación cumpliera una función equivalente en la prenda sin desplazamiento a la que desempeña la entrega manual de la cosa en la prenda ordinaria.

2. LA SUPUESTA NECESIDAD DE LA FIJACIÓN DEL *STATUS LOCI* EN LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE LA LEY DE 1954

La supuesta necesidad de determinar el *status loci* de las cosas pignoradas se infiere, según común parecer de la doctrina, de lo que se establece en nuestro Derecho en los artículos 52-2.º y 57-2.ª de la Ley y en los artículos 31 a 33 del Reglamento²⁴.

Frente al silencio del aspecto relativo a la ubicación del bien en la hipoteca mobiliaria, el artículo que en prenda corresponde al artículo 13 de la Ley (el que fija las circunstancias que deben constar en el título y en el asiento), el artículo 77, nos dice en su apartado Segundo que habrá de determinarse en la escritura o póliza, en su caso, «*el inmueble en que se situaren esos bienes por su origen, aplicación, almacenamiento o depósito*».

Es cierto que también en la hipoteca de maquinaria industrial se exige un riguroso requisito de adscripción pertenencial de la maquinaria a una explotación, pero en materia de bienes pignorable esa parece ser la regla general sin excepciones. De hecho, es relevante que la Ley solamente parezca contemplar como pignorables a las mercaderías y materias primas... «almacenadas» (cfr. art. 53 Ley). El Reglamento es elocuente: el artículo 31 Reglamento prevé que en la inscripción de la prenda de frutos pendientes o máquinas agrícolas se indique «*la finca en que se produzcan o en que se hallen instalados*»; el artículo 32 Reglamento establece que «*cuando se pignoren frutos o productos*

separados, se expresará en la inscripción el almacén donde se encuentren, y si no estuvieren almacenados el lugar donde deben depositarse», y, en fin, el artículo 33 Reglamento que obliga a hacer constar para los demás bienes «el local en que se hallaren situados o depositados».

3. LAS DIVERSAS FUNCIONES DEL *STATUS LOCI* EN LA DINÁMICA DEL DERECHO REAL DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

La fijación del *status loci* de un bien o conjunto de bienes pignorados en prenda sin desplazamiento puede desempeñar funciones diferentes²⁵:

1.ª Permite la identificabilidad de los bienes genéricamente gravados y su singularización entre los demás bienes del pignorante

Los bienes objeto de prenda sin desplazamiento suelen ser de imperfecta identificabilidad registral (*vid. supra*). En ellos no es posible o, siendo posible, no interesa la individualización de cada bien singular para la sujeción al gravamen real. Tanto da que esa imperfecta individualización sea debida a la determinación genérica de la cosa dada en prenda (toda la maquinaria de la empresa localizada en el establecimiento; cierto volumen de vino que envejece en tal bodega, etc.) o responda a la imposibilidad de individualizar cada unidad en los conjuntos dinámicos de cosas muebles (en que también se pretende gravar, por cierto, a bienes futuros de reemplazo). La referencia a la ubicación permite completar la identificación de los bienes que no interesa gravar específicamente y conviene tanto al acreedor como al propio deudor. Pensemos en un deudor que desea gravar no todo el grano de su establecimiento sino el grano que existe en tal lugar o depósito con exclusión del otro. Eso no obsta a que la DGRN en algunas ocasiones haya defendido en sus resoluciones que la simple mención del *status loci* no tiene suficiente consistencia individualizadora (*vid. por ejemplo en la resolución DGRN de 30 de noviembre de 1992 sobre una prenda sin desplazamiento de mercaderías sitas en una oficina de farmacia que no estaban a juicio del Centro Directivo suficientemente bien identificadas en el título*).

2.ª La determinación un status loci facilita al acreedor la vigilancia de la existencia y estado de los bienes gravados

Interesa al acreedor la fijación de un cierto lugar o ubicación porque así podrá ejercer sus funciones de vigilancia o supervisión sobre la existencia o el estado de las cosas gravadas y sobre el cumplimiento de los deberes de custodia

del pignorante que la Ley detalla en los artículos 59 y siguientes todos los cuales presuponen una ubicación estable de posible acceso por el acreedor. Como en los casos del *pignus* romano, podrá el acreedor desplazarse e incluso introducirse en el local para comprobar las entradas de bienes de reemplazo, comprobar los bienes que conformen en un momento dado el conjunto y que están dentro del recinto, local, etc. y, en fin, los bienes que salen por su aplicación a su destino y, eventualmente, quedan liberados del gravamen (en el modelo paradigmático, el comprador de las mercaderías las recibe libre de gravamen).

La ficción del «propietario-depositario» del artículo 59 Ley y siguientes parece presuponer una estable localización o adscripción pertenencial de los bienes gravados: el acreedor podrá localizarlos para comprobar el cumplimiento de los deberes de conservación, reparación, administración y recolección (art. 61 Ley), para que pueda hacer efectivo el deber de trasladar su posesión a un tercero en depósito, enterado de la muerte del deudor (art. 59 Ley) o solicitar el vencimiento anticipado o la inmediata venta de la cosa empeñada en caso de mal uso de los bienes o por incumplimiento de las obligaciones de custodia, así como instar la indemnización de perjuicios contra quien corresponda (art. 62 Ley). Porque se presupone existe una ubicación estable de los bienes gravados se establece el principio de que los bienes pignorados no pueden trasladarse del lugar en que se encuentren según el título sin consentimiento del acreedor (art. 60 Ley), y porque existe un derecho a comprobar la existencia y el estado de los bienes gravados en su ubicación, la Ley permite al acreedor salvar la resistencia del pignorante a permitir penetrar en el lugar o almacén donde radiquen los bienes mediante decisión judicial autorizatoria *ex* artículo 63 Ley y sin perjuicio de poder dar por vencida la obligación garantizada desde el requerimiento frustrado hecho al deudor. En fin, podrá comprobar en el lugar de su ubicación el estado de abandono de los bienes para poder encargarse de la conservación y administración de los mismos *ex* artículo 64 Ley.

3.º La determinación del status loci permite seleccionar la oficina registral competente o el juzgado que haya de entender de la ejecución directa sobre los bienes dados en prenda

En un sistema registral con pluralidad de oficinas con competencia territorial excluyente, la fijación del *status loci* de la cosa gravada permite seleccionar la competente entre aquellas en donde hubiere de inscribirse la prenda sin necesidad de presentar el título, en principio, en múltiples oficinas registrales. Como el registro es ahora provincial, el supuesto de inscripción en registros colindantes por extenderse la finca en sendas circunscripciones ha perdido virtualidad.

El Registro en cuya circunscripción estuviere el lugar de ubicación de la cosa empeñada fijado en el título, escritura o póliza, de la prenda sin desplazamiento

(*vid.* art. 57 Ley), constituye el criterio básico seguido en la Ley para fijación de la competencia registral en su artículo 70. Será competente el Registro en cuya circunscripción se halle la finca en que se produjeran los frutos pendientes, cosechas esperadas o en que se verifique la explotación a que estuvieran afectas la maquinaria y aperos comprendidos en el artículo 52 (apartado Primero del art. 70); el almacén en donde estuvieran depositados o hubiere de depositarse los productos de explotaciones agrícolas, frutos separados o mercaderías y materias primas almacenadas (apartado Segundo del art. 70); las cuadras, establos, viveros o criaderos en donde se hallare la finca a cuya explotación estuvieran adscritos los animales, crías y productos (apartado Tercero del art. 70); el domicilio del pignorante en el caso de los bienes de colección porque se presume que es donde este tiene la colección (apartado Cuarto del art. 70).

En la prenda sin desplazamiento, el lugar en que se hallaren, estén almacenados o se entiendan depositados los bienes determina la competencia del Juzgado que ha de conocer del procedimiento de ejecución «directa» sobre bienes pignorados a falta de un pacto de sumisión establecido en el título de constitución *ex* artículo 684. 4.º LEC. De la misma manera, para la venta en subasta notarial de los bienes pignorados en aplicación del procedimiento extrajudicial regulado en el artículo 94 de la Ley será competente el notario hábil para actuar en el lugar donde se hallaren, estén almacenados o se encuentren depositados los bienes que es, en principio, salvo desplazamiento que deberá ser autorizado, el que se fijare en el título.

4.º *La discutible función de publicidad del status loci*

En la idea, muy romanista por cierto, que el *status loci* es esa situación en que se coloca la cosa gravada en su correcta ubicación para que el acreedor pueda ejercer sobre ella su poder de comprobación, vigilancia o supervisión de existencia y estado, a veces se habla de una cierta «función publicitaria» que complementa o perfecciona a la publicidad registral.

Hemos visto cómo en Derecho romano es posible que los mecanismos ideados para que el acreedor pudiera ejercitar la auto-tutela de sus derechos (vigilancia de los bienes que se importan y exportan en la finca de propiedad; depósito del género en un almacén público; vigilancia del portero de los objetos introducidos por el inquilino en su *insula*; vigilancia por el esclavo de los bienes pignorados en el transporte marítimo, etc.) hubieran podido conceptualizarse como una suerte de sucedáneo o «equivalente funcional» del desplazamiento posesorio en la prenda manual (*traditio possessionis*). De la misma forma que la prenda manual se perfecciona por la puesta en posesión del acreedor de la cosa pignorada, en la prenda sin desplazamiento ese «control» del acreedor sobre los bienes «inmovilizados» en su localización estable o permanente constituye un

instrumento de notoriedad (publicidad-noticia) de la situación de sujeción de la cosa al derecho de otro distinto del dueño (el que la gestiona y conserva con la ocasional y acaso públicamente interfiere en la gestión ordinaria).

En el fondo, en esos autores y corriente doctrinal esa supuesta necesidad de la función publicitaria del *status loci* encontraría justificación, aunque no se diga paladinamente, en la insuficiencia del sistema registral para cumplir sus fines. Por eso se ha asegurado que el *status loci* complementa la publicidad registral de suerte que la publicidad registral no sería en alguna forma o en algún caso perfectamente eficaz sobre bienes de imperfecta identificabilidad si la cosa no radicara o permanece en el *status loci* (esta es la tesis de VALLET sobre la reipersecutoriedad de la prenda sin desplazamiento²⁶) o, para otros, en la circunscripción registral donde en atención del *status loci* se hubiere inicialmente localizado el bien aunque luego se hubiere desplazado dentro de la misma circunscripción registral (tesis que parece inaugurar LACRUZ²⁷).

4. INEXISTENCIA DE UN DEBER LEGAL DE FIJAR UN *STATUS LOCI* CUANDO NO SEA POSIBLE/NO CONVENGA ESTABLECERLO. LA CORRESPONDENCIA ENTRE EL *STATUS LOCI* FIJADO EN EL TÍTULO Y EN LA INSCRIPCIÓN Y LA LOCALIZACIÓN ACTUAL DEL BIEN GRAVADO NO ES UN REQUISITO PARA LA EXISTENCIA DEL GRAVAMEN

Empecemos por señalar que de ser cierta la tesis de la exigibilidad legal de la fijación de un *status loci* para la regular constitución registral de la prenda sin desplazamiento habría de seguirse de ello, como conclusión forzosa, que quedan fuera de la prenda sin desplazamiento bienes que no es posible ubicar de manera estable o que no interesa a las partes localizar en un sitio determinado. No es esto lo que aquí se defiende.

Hay ciertos casos, que el legislador parece contemplar sin mayores problemas, el caso de *ausencia provisional de localización definitiva del bien*: el *status loci* provisional o interino de los bienes que actualmente no se encuentran en el almacén o lugar de su destino definitivo como, por lo demás, forzosamente ocurre con los frutos de la cosecha futura de cierta finca²⁸. También sin problemas se admite por la doctrina y prácticas registrales los casos de *múltiple localización del bien mueble gravado* (en la misma hipoteca de maquinaria industrial se admite que se hipoteca una maquinaria que se emplea en explotaciones dispares y lejanas en el espacio y sin necesidad de distribuir la responsabilidad; cfr. RD-GRN de 7 de octubre de 1991). Nos referimos, incluso, en fin, a los casos más radicales de *imposible/inconveniente inmovilización* —bienes en tránsito o de residencia ambulatoria— como sería el supuesto tradicional del ganado trashumante o el de las mercaderías o productos transportados en buques o aeronaves.

En este punto del *status loci* del bien registrable, la Ley es mucho menos rigurosa que lo que se nos dice. Empecemos por indicar que en ningún caso

se pretende que el bien tenga localización actual, en el momento de su otorgamiento, en el *status loci* fijado en la escritura o en la póliza. No parece haber problemas a la existencia de un *status loci* interino: se habla en ocasiones en la propia Ley del sitio en que «hubiere de depositarse» el bien, típicamente los frutos de la cosecha pero no solo ni necesariamente, (cfr. art. 52 Segundo Ley) o de bienes que si no están aún almacenados estuvieren destinados a un lugar definitivo donde «deban depositarse» (art. 32 Reglamento).

Por otra parte, la regla de que no puedan desplazarse los bienes pignoralos del *status loci* fijado en el título constitutivo sin consentimiento del acreedor y que se encuentra en el artículo 60 LHMypSD no presupone necesariamente la obligatoriedad de localización estable del bien empeñado porque el acreedor puede perfectamente consentir anticipadamente en el título de constitución, expresa o tácitamente, la movilización del bien gravado con las condiciones que quiera establecer e incluso, libérrimamente (como si exonerara de cumplir el art. 60 por considerar que el bien no es localizable en un sitio fijo). Obsérvese, además, que, como acertadamente advirtió LACRUZ, el interés tutelado en la prohibición de movilización inconstituida es el del acreedor y no el de terceros: el derecho real existe, aunque el acreedor consienta anticipadamente en la movilidad de los bienes con las condiciones que se quiera fijar para asegurar los derechos de vigilancia que a favor de aquel se establecen en la Ley o en el contrato (por ejemplo: estableciendo la obligación de preaviso, etc.). LACRUZ, por ejemplo, nos dice con razón que: «*La falta de correspondencia podrá tener consecuencias desfavorables para el acreedor, al restringir la eficacia del derecho de prenda, y, para el dueño de los bienes pignoralos, a quien puede acarrear sanciones de todo orden, pero no afecta a su existencia*».

Por otra parte, es bien significativo el silencio de la Ley y del reglamento en cuanto a la (inexistente) necesidad de trasladar la hoja registral a un nuevo registro competente cuando, previa modificación del título constitutivo, es de suponer, el bien gravado cambia *status loci* a lugar de la circunscripción de otra oficina registral.

En fin, el propio tenor de la Ley es claro al respecto porque el artículo 57 Segundo establece que la escritura o la póliza contendrán la determinación del *status loci*... «en su caso». Esa locución adverbial no ha sido pasada por alto por casi nadie.

5. REVISIÓN CRÍTICA DEL SENTIDO DEL *STATUS LOCI* EN EL ESTADO ACTUAL DE LA TÉCNICA

En el estado actual de la técnica, con las posibilidades y facilidades de la «trazabilidad» de los bienes corporales, trazabilidad a la que por cierto puede estar obligado el propio pignoralante por aplicación de la legislación de segu-

ridad, medioambiental, sanitaria, de animales, etc... no se plantean problemas técnicos para que puedan cumplirse más que satisfactoriamente las funciones que desempeñaba el viejo *status loci*:

1.º Existen herramientas mucho más eficientes que las tradicionales para asegurar la identificabilidad de bienes fungibles aunque estos no tengan una radicación física en un cierto lugar.

Existen desde hace algún tiempo a disposición de los usuarios efficientísimos y muy económicos sistemas y técnicas para marcar de manera indeleble en los bienes o lotes de bienes las claves codificadas de identidad del bien, con toda la información necesaria para individualizar dicho bien a lo largo de toda la cadena de producción y de distribución. No solamente las máquinas y aperos industriales son susceptibles de ser «marcados» de manera indeleble con un número de bastidor para evitar que se confunda con otros bienes de la misma clase o género; los crótales en los animales y el ganado, los chips eléctricos insertados en los animales domésticos (perros, gatos), los diferentes sistemas de etiquetado de productos y lotes (código de barras, las etiquetas RFID pasivas²⁹ o con TAG activos, etc.) cumplen mucho mejor la función de individualización que la mera indicación de que se trata de bienes que se encuentran en cierto emplazamiento o en cierto almacén.

2.º Existen técnicas que permiten la geolocalización, monitorización y rastreo de bienes muebles.

Las herramientas de «rastreo» («trazabilidad» animal, alimentaria o industrial) cuya implementación exige el cabal cumplimiento de las normas de trazabilidad animal y alimenticia o medioambiental permiten alcanzar soluciones técnicas impensables hasta hace poco, y que pueden hacer posible un control más eficiente de la existencia y estado de los bienes gravados por parte del acreedor. El acreedor no necesitará que alguien se desplace físicamente al local donde se almacenan los bienes. Mejorarán con creces las tareas de vigilancia del acreedor si a aquel se le asegura el acceso franco a los sistemas de trazabilidad establecidos por el deudor. El deudor no solamente pondrá a disposición de la Administración (sanitaria o de consumo, etc.) las herramientas y sistemas de trazabilidad sino que habilitará o autorizará su uso e incluso el acceso remoto al propio acreedor. El acreedor podrá reducirse a vigilar el cumplimiento de los estándares, accederá ocasionalmente si lo desea, a la información que procesa el software, podrá confiar en la vigilancia de las autoridades o en la homologación de empresas de control de estandarización o de buenas prácticas... El

propio bien puede tener un chip insertado con GPS que permita la permanente localización del bien en el espacio. Instalar ese chip es ya habitual para animales domésticos, lo implanta el veterinario con una sencilla cirugía y permite la localización de animales extraviados (existen también collares como los que se colocan a presos o enfermos de Alzheimer, etc.).

3.º *Siempre es posible determinar la competencia registral aunque los bienes no hubieren de tener precisa localización.*

Cuando los bienes están en tránsito, normalmente es posible fijar un punto de conexión relevante para fijar la competencia de la «correcta» oficina registral. Así, cuando se pactare el lugar de expedición, el de destino, el de estabulación temporal más frecuente, etc.

Aún en el supuesto de que fuere absolutamente imposible seleccionar un punto de conexión territorial más relevante, siempre existiría la regla residual del artículo 70 Cuarta de la Ley para cuando los bienes «tuvieran características propias». A saber: serán inscribibles las prendas en el Registro correspondiente al domicilio del pignorante.

4.º *La supuesta insuficiencia publicitaria de la inscripción de la prenda sin desplazamiento a los efectos de oponibilidad de la prenda así constituida.*

VALLET es el principal y más convencido defensor de la supuesta necesidad del *status loci* en la prenda sin desplazamiento, puesto que vino a defender, influido por esa tradición romanista, que el expediente técnico equivalente, en la prenda sin desplazamiento, a la entrega de la cosa en la prenda manual no era la inscripción del contrato en un registro público sino la sujeción de la cosa al señorío/supervisión del acreedor que exige la fijación de su *status loci*. Para aquel, los efectos jurídico-reales de la prenda sin desplazamiento, al imponerse sobre cosas corporales con deficiente individualización y por ende, con pobre identificación registral dependían no solo de la correcta inscripción del contrato en el Registro, sino de que esta última fuere «complementada» con la notoriedad fáctica de la «publicidad-noticia» que se infería de la permanencia de la cosa en la ubicación estable diseñada para ello. De lo anterior se inferiría que, desplazada la cosa mueble de su *status loci* indicado en el título y en la inscripción, la prenda se debilitaría en sus efectos *erga omnes*... aunque estuviere inscrita en un registro público.

Una variante de la tesis anterior es la de quienes defienden la existencia de un cierto «*status loci* registral»: que, en ausencia de un verdadero y propio Registro Central de Bienes Muebles que centralice la información de las prendas

inscritas en registros locales, no pueden oponerse a terceros adquirentes de buena fe prendas sin desplazamiento sobre cosas compradas fuera de la circunscripción del Registro. Desplazado de ese «status registral» la cosa mueble, la publicidad para estos autores quiebra... porque cabe esperar que el comprador consulte el registro donde se localice la cosa en el momento de la venta.

Existe en todo caso el problema técnico derivado del muy deficiente diseño del sistema registral en lo que hace al nivel central. La única regulación sobre coordinación entre Registros de Bienes Muebles provinciales y el Registro Central (como «centro coordinador e informativo de los Registros Provinciales, con los que estará conectado a través de correo electrónico u otras técnicas informáticas similares») se contiene en normas de rango ínfimo, en sede de la legislación de venta a plazos, y con un detalle regulatorio insuficiente: *vid.* artículos 3 y 7 de la Orden de 19 de julio de 1999 (Justicia) por la que se aprueba la Ordenanza para el registro de venta a plazos de bienes muebles. El reglamento de la LHMyPSD solo contempla la llevanza de «Índices» por cada registro provincial y solo en relación con ciertas categorías o clases de bienes (exclusivamente para los susceptibles de hipoteca mobiliaria), acreedores (acreedores hipotecarios y pignoratícios) y constituyentes de la garantía (hipotecantes y pignorantes): cfr. artículo 8 del Reglamento.

Obsérvese, no obstante, que en el estado actual de nuestro Derecho de garantías mobiliarias registrales: (i) No se prevé la llevanza por los registradores de bienes muebles provinciales de un índice de bienes muebles gravados con prenda sin desplazamiento (solo pueden hacerse búsquedas por categorías de bien hipotecables o vendidos a plazos); (ii) Aunque el bien gravado no haya salido de la circunscripción registral, el tercero a quien se intenta oponer la garantía solo puede conocer de la existencia de la misma a través del Registro cuando quien se la enajena irregularmente se encuentra en el censo (o índice) de pignorantes.

Sin necesidad de entrar a examinar, otra vez, el muy controvertido tema de la reipersecutoriedad (o la falta de ella) en la prenda sin desplazamiento en nuestro Derecho de garantías mobiliarias, cabe decir que la anterior «explicación» del funcionamiento dinámico de la prenda inscrita según la cual la fijación del *status loci* es requisito para la oponibilidad a terceros de la prenda registrada carece manifiestamente de cualquier apoyo en la Ley. En línea de principio, en la prenda sin desplazamiento la reipersecutoriedad solo funciona, residualmente, cuando se dan dos circunstancias cumulativas: cuando fuere conforme a la voluntad de las partes que la cosa gravada quedare individual o específicamente sujeta al gravamen constituido cualquiera que fuera su poseedor (lo que no ocurre cuando expresa o tácitamente se permite al deudor enajenar libremente o emplear la cosa individualmente considerada conforme a su destino empresarial, comercial o industrial) y, además, cuando el adquirente no estuviere protegido por el artículo 464 del Código Civil, que la LHMyPSD no deroga en

esta sede a diferencia de lo que ocurre en hipoteca mobiliaria (cfr. art. 16 Ley sin equivalente en sede de prenda). El desplazamiento del *status loci*, cuando exista y se fije en el contrato, solo será relevante a efectos de la eventual pérdida de la reipersecutoriedad cuando conforme a lo pactado la ruptura del vínculo pertenencial (adscripción de la cosa a inmueble o a explotación) entrañara la liberación del gravamen como ocurre con las pertenencias inmobiliarias del artículo 111 LH o/y cuando dicho desplazamiento sea relevante a los efectos de aplicar o no aplicar el artículo 464 del Código Civil.

V. LA AFORTUNADA DESAPARICIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DAR EN PRENDA BIENES PREVIAMENTE GRAVADOS

La eventual colisión de varios derechos reales sobre el mismo bien mueble susceptible de gravamen dejó perplejo al legislador de 1954. Se quiso zanjar el problema a la manera salomónica: sencillamente, eliminándolo del horizonte jurídico-positivo.

Como es sabido, el legislador de 1954 adoptó medidas para prevenir la aparición de la concurrencia de varios gravámenes —primero inmobiliario luego mobiliario— por el aparentemente banal sistema de prohibir la constitución de gravámenes mobiliarios típicos sobre bienes (incluidas las pertenencias inmobiliarias) previamente gravados o embargados *ex* artículos 2 y concordantes de la Ley. Incluso se previno del mismo modo la eliminación de otro posible conflicto sobre las cosas vendidas entre el privilegio del vendedor (sobre la cosa vendida y por el precio aún no satisfecho, haya o no reserva de dominio o prohibición de enajenar) y el derecho del acreedor hipotecario o pignoraticio sobre la misma cosa.

El legislador de la LHM y PSD fue en exceso cauteloso en materia de prevención de la eventual colisión de varios gravámenes sobre una misma cosa mueble. Trató de evitar estas situaciones con una preocupación que se revela casi obsesiva. Lo que debería haberse resuelto mediante el juego de las oportunas reglas de prioridad o preferencia entre los varios gravámenes reales que se imponen sobre la misma cosa se resuelve en la Ley por una regla prohibitiva de extensión objetiva de las garantías que trata de inhibir en raíz los problemas de colisión³⁰.

Decía el artículo 2.º:

«No podrá constituirse hipoteca mobiliaria ni prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados, pignorados o embargados, o 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».

Amén de lo anterior, el artículo 56 Ley se cuidaba de recordar 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 pertenecían.

La prohibición era de rigurosísimo alcance:

I. Se prohibió dar en hipoteca mobiliaria o en prenda sin desplazamiento bienes muebles pertenenciales de finca hipotecada anteriormente con pacto de extensión a ellos conforme a lo dispuesto en el artículo 111.1.º Ley Hipotecaria: cfr artículos 2 y 55 Ley.

II. Se prohibió *ex* artículo 2 Ley constituir una segunda hipoteca mobiliaria sobre bienes previamente hipotecados bajo hipoteca mobiliaria y contra el criterio establecido en el artículo 107.3.º LH.

III. Se prohibía una segunda prenda sin desplazamiento sobre bienes previamente sujetos a otra prenda sin desplazamiento (arts. 2 y 55.1 Ley) o sobre bienes que estuvieren en prenda manual bajo la posesión del acreedor o del tercero (cfr. art. 55.2 Ley).

IV. Se prohibió expresamente la subhipoteca mobiliaria (la hipoteca del derecho de hipoteca mobiliaria) *ex* artículo 12 *in fine* de la Ley y, cabe suponer, aunque no se decía, el derecho de subprenda sin desplazamiento (prenda sin desplazamiento sobre el derecho de prenda sin desplazamiento).

V. Se prohibió constituir esas garantías reales típicas sobre bienes embargados o cuyo precio estuviere aplazado a menos que la garantía fuese constituida precisamente con ese propósito: artículo 2 Ley. Para evitar la colisión de la garantía con el privilegio del vendedor de cosas por precio aplazado en sede de hipoteca de establecimiento existe una regla particular de prohibición de extensión objetiva de la hipoteca a los bienes de propiedad industrial y a maquinaria, así como a las mercaderías y materias primas, cuando su precio de adquisición no estuviere íntegramente satisfecho: artículos 21 y 22 Ley. Obsérvese también, en operaciones sujetas a la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, el artículo 5.3 que declara quedan excluidas de la Ley «*los préstamos y ventas garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento sobre los bienes objeto del contrato*».

Obviamente, esta prohibición no impedía que por acuerdo de ambas partes se amplíe la hipoteca o prenda ya constituida a nuevas deudas contraídas con el hipotecante primitivo acreedor.

La doctrina mayoritaria (VIOLA, COSSÍO, GULLÓN, BLASCO GASCÓ, GONZÁLEZ-BUENO, CARRASCO PEREA...) entendió que la hipoteca cons-

tituida sobre un bien previamente gravado o cuyo precio no ha sido satisfecho era nula (cfr. arts. 2 y 55 LHMyPSD en relación con el art. 6.3 CC). No han faltado otros criterios interpretativos distintos: VALLET sostuvo en su día que se trataba de un supuesto de mera anulabilidad y, por fin, LALAGUNA configura la ineficacia como supuesto de acción revocatoria. En mi opinión, la tesis de la nulidad radical era la más segura y, al parecer, la seguida por nuestra jurisprudencia (cfr. STS de 14 de octubre de 1965 y RDGRN de 16 de noviembre de 1972, a las que siguieron otras).

Así las cosas, el legislador de 1954 era perfectamente consciente de lo escasamente justificada que estaba esa opción legislativa. Estimaba que, «*desde un punto de vista práctico*», debían evitarse las colisiones de derechos por razones «de sencillez y seguridad» (j). Prudente en exceso, nuestro legislador tuvo sin embargo el acierto de anunciar ya entonces la conveniencia de «*ulteriores reformas legislativas que puedan hacer aconsejable la supresión de estas prohibiciones*» (vid. Exposición de Motivos en disp. comunes). Las referencias que allí se hacen a la «seguridad jurídica» son especialmente irritantes para los que se enfrentan con el problema de la mala resolución legal de los supuestos de colisión de gravámenes que aún así todavía seguían existiendo... porque no pudo o no quiso impedirlos el legislador. Los más significativos de estos problemas son los casos de colisión entre embargos y las garantías mobiliarias y los de colisión entre aquellos y la hipoteca inmobiliaria. Particulares dificultades suscitaba al intérprete, también, la declarada falta de idoneidad para ser gravados de los bienes cuyo precio no ha sido totalmente satisfecho.

Como el título inscribible normalmente ocultará esta circunstancia de falta de pago íntegro del precio, el Registrador no tiene mecanismos para contrastar esa información... a menos que el aplazamiento del pago resulte del propio Registro. Ese es el caso de una reserva de dominio o de una prohibición de enajenar en ventas a plazos, o de una hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento constituidas para garantizar ese pago aplazado *ex* artículo 2 *in fine* LHMyPSD. Fuera de estos supuestos, el Registrador inscribirá y el acreedor por precio insatisfecho tendrá que desarrollar una conducta diligente para hacer valer en tiempo y forma oportunos su preferencia; so pena que, en el peor de los casos, se llegue a enajenar la cosa en subasta y la prohibición sean ineficaz frente a un adjudicatario de buena fe. Podrá utilizar para ello la oportuna tercería de mejor derecho o seguir procedimiento ordinario declarativo. En ambos casos, la demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente se entiende implícita en la acción contradictoria del derecho inscrito (art. 15.2 LVP).

Ingenuamente, el legislador del RHMyPSD pensó solucionar el tema declarando inscribibles «*los títulos de adquisición de bienes muebles susceptibles de hipoteca cuyo precio se hubiere aplazado y garantizado con pacto de reserva o de resolución de dominio, siempre que consten en escritura pública*» (cfr. art. 13 RHMyPSD). Amén de que por motivos que no se nos alcanzan, la previsión

reproducida no menciona a los bienes susceptibles de prenda sin desplazamiento y de que no quedan claros los efectos de la inscripción o ausencia de inscripción de reservas de dominio y condiciones resolutorias en su aplicación (fuera del hecho de facilitar la calificación del registrador que podrá denegar hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento ulteriores *ex art. 2 LHMypSD*); es evidente que el problema de colisión subsiste.

Además de no conseguir evitar lo que se propuso el legislador (eliminar en lo posible colisiones de preferencias sobre una misma cosa en beneficio de la más sencilla aplicación del sistema); la exclusión objetiva de los bienes previamente gravados de la posibilidad de segundas y ulteriores garantías reales típicas; como bienes inidóneos para levantar nuevos gravámenes, está hoy injustificada, y es contraria a las más elementales razones de eficiencia del sistema. Provocaba además la aparición de ciertos recursos ociosos, los previamente gravados, que no pueden ser movilizados.

Pues bien, aprovechando la ocasión de la reforma de la regulación del mercado hipotecario y del sistema hipotecario y financiero, la disp. final 3.1 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, ha dado operado un verdadero cambio de paradigma al dar una nueva redacción al artículo 2 de la Ley que reza así:

«Carecerá de eficacia el pacto de no volver a hipotecar o pignorar los bienes ya hipotecados o pignorados, por lo que podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados o pignorados, aunque lo estén con el pacto de no volver a hipotecar o pignorar.

También podrá constituirse hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento sobre el mismo derecho de hipoteca y sobre bienes embargados o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho.

El presente apartado carecerá de efectos retroactivos».

En su consecuencia, se han derogado las prohibiciones que hemos examinado antes. Incluso se contempla la posible titulización de créditos garantizados con hipoteca mobiliaria o con prenda sin desplazamiento.

No obstante lo establecido en la reforma, el legislador no fue demasiado cuidadoso porque «se olvidó» de reformar preceptos dispares del articulado que permanecen con la redacción antigua: artículos 12 *in fine* LH (que sigue prohibiendo la subhipoteca mobiliaria a pesar del nuevo art. 2 Ley); los artículos 21 y 22 (en materia de extensión objetiva de la hipoteca de establecimiento); artículo 55 Ley (en lo que hace a la colisión con hipoteca inmobiliaria con extensión a pertenencias y en relación con la segunda prenda). Amén de ello, la prohibición de enajenar los bienes dados en hipoteca o en prenda *ex artículo 4 Ley* debe entenderse que no excluye la posibilidad de volverlos a hipotecar o pignorar *ex artículo 2 Ley*.

Desaparecida la prohibición de múltiples gravámenes sobre bienes hipotecados o pignorados, quedamos enfrentados a la inevitable cuestión de resolver

el problema de seleccionar la adecuada regla de preferencia entre derechos compatibles que se imponen/extienden sobre pertenencias³¹. Sin embargo, no es este el lugar para tratar de la cuestión.

Existe, además, una restricción objetiva de gravamen mobiliario sin desplazamiento posesorio para el caso de *bienes (muebles registrables) que estuvieren en proindivisión o pertenecieren en usufructo y en nuda propiedad a varios titulares*. Según el artículo 1.2 LHMyPSD, tales bienes «solo podrán hipotecarse o pignorar en su totalidad y mediante el consentimiento de todos los partícipes». Tal norma carece en absoluto de justificación, es contraria a todo nuestro Derecho Civil e hipotecario y por ello debería ser suprimida.

Según la Exposición de Motivos de la Ley, el legislador creyó conveniente no permitir la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento de ciertos bienes que, pudiendo serlo por su naturaleza, se hallaren en «*situaciones jurídicas especiales*» aún reconociéndose la ausencia de inconvenientes técnicos para ello. Por supuestas y nunca justificadas razones «prácticas», la Ley prohíbe la hipoteca/prenda de cuota indivisa sobre bien registrable y obliga al comunero a hipotecar la totalidad del bien con el consentimiento de todos los demás partícipes; lo que es tanto como decir que se le obliga a conseguir otros tantos hipotecantes aunque no sean deudores. La DGRN ha interpretado incluso que ni siquiera está permitido que el dueño de la totalidad hipoteque una cuota indivisa de su bien; aunque tal supuesto no entre dentro del tenor literal del supuesto de hecho del precepto (*vid.* RDGRN de 29 de noviembre de 1995 en el supuesto de una hipoteca de cuota indivisa de marca; a la sazón, la cabecera de un periódico)³². No es necesario recordar que nuestra legislación hipotecaria —por cierto que invocada como supletoria en la disp. ad. 3.^a LHMyPSD— permite expresamente la hipoteca de cuota, como permite también la hipoteca de usufructo (cfr. arts. 216 y 217 RH; artículo 107.1.º LH). El propio Código Civil reconoce expresamente al comunero la legitimación para hipotecar su parte, de suerte que los efectos de la hipoteca queden limitados a la porción que se le adjudique al cesar la comunidad (cfr. art. 399 del Código Civil). Por si fuere poco, a menos que se entienda que la Ley crea un supuesto adicional de inembargabilidad no contemplado en la LEC, lo que me parece ir muy lejos, no hay motivos para entender que es imposible el embargo de cuota indivisa de bien registrable, gravamen inscribible en el Registro de Bienes Muebles *ex* artículos 68 d) LHMyPSD y 34 y 39 RHMyPSD.

VI. LA INEXISTENCIA DE UNA REGLA GENERAL DE EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA PRENDA A BIENES SUBROGADOS EN EL LUGAR DE LOS PREVIAMENTE GRAVADOS «PROCEEDS»

En Derecho comparado, la extensión legal «automática» de la garantía mobiliaria registral sobre los «bienes subrogados» en lugar de los inicialmente

gravados (los famosos «*proceeds*» o «bienes subrogados»³³) tiene una posición vertebral en todo sistema moderno de garantías mobiliarias. La idea básica es que como la tutela de la seguridad del tráfico obliga a reconocer una eficacia pobre de la reipersecutoriedad de la garantía constituida sin desplazamiento de la posesión en favor del tercer adquirente de buena fe («*buyer in the ordinary course of business*» que se corresponde grosso modo con nuestro tercero del art. 464 del Código Civil); tal situación queda reequilibrada por una generosa formulación legal de las reglas de extensión objetiva de la garantía sobre bienes subrogados en lugar de los enajenados, con y sin consentimiento del acreedor, y, en general sobre ciertos bienes «asimilados» a los subrogados por tener «causa cierta» identificable en los mismos bienes (son «*trazables*»). De esta forma, se asegura al acreedor la conservación del valor de la base objetiva de la garantía no obstante la salida del bien del patrimonio del garante en términos «regulares» (cuando la disposición del bien gravado es conforme a lo pactado o consentida libremente, así como cuando se pierde o consume conforme al destino comercial o de producción) e incluso en enajenaciones irregulares (cuando se enajena ilícitamente pero el tercero adquiere posición inatacable).

La regulación contenida en el artículo 9 del UCC norteamericano es ejemplar al respecto, y consiste en:

a) Una definición legal amplísima del concepto de los «*proceeds*» o «subrogados»: s. 9-102 (64) UCC³⁴. Bajo el régimen del artículo 9 UCC el concepto de «*proceeds*» comprende no solo los bienes/derechos que sustituyen a los enajenados/perdidos y previamente gravados por causa de «subrogación real» («*exchange and replacement cases*») sino, también, a ciertos bienes o derechos futuros que sin ser estrictamente de reemplazo o «subrogados» mantienen con los originariamente gravados una «estrecha relación» aunque no se pueda hablar aquí, en sentido estricto, de subrogación real («*close association cases*») cual es el caso, por ejemplo, de los «frutos civiles» de aquellos (rentas y dividendos). Se incluyen como «*proceeds*» tanto el precio/contrapartida («*cash proceeds*»; *pretium succedit loco rei*) como los bienes subrogados («*non-cash proceeds*»; *res loco rei*) así como, en fin, incluso, los subrogados de subrogados («*proceeds of proceeds*») siempre que sean «*identifiable and traceable*».

b) Una presunción de «extensión objetiva» de la garantía («*attachment*») sobre los bienes subrogados en lugar de los previamente gravados que opera «automáticamente» o por ministerio de la Ley y sin necesidad de pacto expreso al respecto: section 9-315 (a) 2 UCC. Esto diferencia a los «*proceeds*» de los demás bienes futuros («*after-acquired property*») cuya sujeción al gravamen requiere de previsión en el título constitutivo de la garantía (*vid. infra*).

c) Una regla de preferencia según la cual la prioridad de la garantía sobre los *proceeds* se gana o retrotrae desde la eficaz constitución de la garantía contra terceros (desde la «*perfection*» normalmente mediante inscripción o «*filing*»)

sin perjuicio de la eventual protección de los que adquieren luego derechos por financiar la adquisición (la famosa regla de prioridad invertida a favor del *Purchase Money Security Interest*): & 9-315 (a)² y 9-324 UCC.

En la elaboración de la Ley de 1954 pesó mucho, como siempre, la tradición romanista del «*Pignus Tabernae*» y en particular, la discusión científica sobre la eventual existencia de una regla de subrogación legal como mecanismo técnico que servía para explicar la eventual sujeción de ciertos bienes futuros en la constitución de garantías sobre *universitas facti* o «colectividades», posibilidad que era tan habitual en el Derecho romano clásico e intermedio. La doctrina intermedia siempre defendió que la existencia de patrimonios relativamente separados entrañaba de manera «natural» la aplicación del instituto de la subrogación real³⁵. Así las cosas, se advirtió entonces que la extensión objetiva de la garantía sobre bienes futuros que se integraban *ex post* en el conjunto dinámico no exigía el recurso a la explicación técnica tradicional puesto que tal extensión objetiva nacía sencillamente de la constitución del gravamen *sub specie universitatis*... y aunque no existiera subrogación real en sentido estricto.

Pues bien, a diferencia de lo que ocurre en Derecho comparado y en nuestro Derecho histórico, el legislador de la Ley de 1954 *no optó por establecer una regla general de subrogación real en nuestro Derecho positivo de garantías registrales mobiliarias* (es decir: una regla de extensión de la garantía a bienes subrogados en el lugar de los previamente gravados) sino una regla particular de obligación legal de reemplazo o de «conservación del valor del stock» en las mercaderías.

Según la Ley de 5 de diciembre de 1941, el que fue artículo 1865 bis del Código Civil rezaba lo siguiente: «*Podrá también garantizarse el cumplimiento de una obligación con prenda sin desplazamiento constituida sobre un conjunto de cosas de calidad determinada y en cantidad variable entre los límites previamente pactados. En tal caso, las cosas pignoradas que se enajenen serán sustituidas por otras de igual calidad y en cantidad y valor equivalentes*». Dicho precepto es, con algunas diferencias —y referido en exclusividad a mercaderías y materias primas en sede de hipoteca de establecimiento— el antecedente inmediato del fundamental artículo 22 & 2 de la LHMyPSD: «*Quedarán a salvo los derechos del comprador, de conformidad con el artículo 85 del Código de Comercio, pero el deudor viene obligado a tener en el establecimiento mercaderías o materias primas en cantidad y valor igual o superior al que se haya determinado en la escritura de hipoteca, reponiéndolas debidamente con arreglo a los usos de comercio*».

Obsérvese que existen diferencias fundamentales entre uno y otro precepto:

I. La Ley de 1941 establecía una regla general de reemplazo que valía para toda prenda sobre conjunto dinámico de bienes corporales mientras que la Ley

de 1954 solo refiere la regla a materias primas y mercaderías y, además, exclusivamente en sede de hipoteca de establecimiento. No existe inconveniente en extender la misma regla de reemplazo establecida en sede de hipoteca mobiliaria de establecimiento a los casos de prenda sin desplazamiento de mercaderías y materias primas de los artículos 52 y 53 Ley. No obstante, se antoja muy difícil averiguar la intención del legislador en relación con el alcance, si es que existe, del deber de reemplazo en los demás casos como en la prenda de ganado, de bienes de colección, maquinaria, etc.

II. Bajo la Ley de 1941 debía fijarse en él, aparentemente, un límite inferior y otro superior (de cantidad/calidad/valor): el «suelo» funcionaba como «saldo mínimo» a efectos del cumplimiento periódico del deber de restitución o de reemplazo y el «techo» determinaba el máximo de lo gravado (el resto quedaba libre). En cambio, la Ley de 1954 se contenta con el «saldo mínimo» y en el bien entendido que debe mantenerse un conjunto de bienes (de la calidad y características especificadas en el título, se entiende), «en cantidad y valor al menos igual o superior». Los bienes en exceso de los límites fijados en el título— en relación con la cantidad o/y el valor del conjunto— que permanezcan en el local, se entienden ahora gravados.

Después de VALLET DE GOYTISOLO³⁶ hay cierto acuerdo doctrinal en señalar que dicho precepto de la Ley no consagra una regla general de subrogación real en la hipoteca mobiliaria o en la prenda sin desplazamiento... al menos, en el sentido estricto o técnico del término³⁷. Es obvio que para que —en caso de regular cumplimiento por el pignorante de su deber de reemplazo— se extienda la garantía sobre el objeto corporal de reemplazo que ingresa en el local fijado en el título, no es necesario rastrear la procedencia del bien hasta encontrar su antecedente/correspondiente en un bien originariamente gravado que ha salido del conjunto por causa lícita o ilícita. Dicho de otra manera: la hipoteca o la prenda sin desplazamiento se extienden «automáticamente» sobre las nuevas mercaderías/materias primas que se traen al establecimiento o al almacén... pero sin necesidad de acreditar que hayan sido adquiridas por el pignorante con dinero procedente de la enajenación de otras mercaderías a los clientes o por el empleo a fines industriales de las materias primas previamente gravadas. Los bienes de reemplazo quedan sujetos desde la constitución del gravamen mobiliario como bienes futuros y en razón de la determinación del objeto de gravamen como conjunto dinámico o *sub specie universitatis*.

La subrogación real sobre los «proceeds», como regla legal de extensión objetiva de la garantía, tiene, pues, un papel marginal en nuestra dinámica de las garantías reales mobiliarias típicas bajo la Ley de 1954 puesto que en puridad solo se aplica a la prolongación de la garantía sobre el justiprecio o la indemnización del seguro. Ello no es óbice a que las partes convengan, en la constitución de la garantía, la extensión objetiva del gravamen sobre ciertos

bienes futuros como tengan por conveniente («*after-acquired property*»). Si se quiere ver así, estaremos, en su caso, ante una suerte de posible extensión objetiva (mejor que «subrogación») de naturaleza voluntaria o convencional: a falta de regla expresa en la Ley de extensión objetiva de la garantía constituida sobre bienes «subrogados» en su sentido más estricto, no hay inconveniente a que las partes convengan, con la extensión y alcance que prefieran, incluso implícitamente, la extensión objetiva o «prolongada» de la garantía sobre ciertos bienes futuros que podemos calificar de bienes de «reemplazo», entendido este término en un sentido amplio y de conformidad con la dinámica de circulación, altas y bajas, que se pacte para el conjunto de bienes.

Contrástese el mecanismo de «subrogación impropia» del artículo 22 LHMyPSD con la previsión que encontramos, en Derecho de sucesiones común, en la disciplina del derecho de reversión consagrado en el artículo 812 del Código Civil que establece una regla de subrogación real prácticamente igual de amplia que la americana sobre «*proceeds*». Bajo el modelo paradigmático de subrogación del artículo 812 del Código Civil quedan sujetos al deber de restitución (i) Los bienes originariamente afectos si subsisten cuando se hace efectivo el ejercicio del derecho de reversión y (ii) si hubieran sido enajenados, las acciones que se tuviera con relación a ellos, el precio si se hubieran vendido, o los bienes con que se hayan sustituido si los permutó o cambió. Es decir: la cosa por la cosa (como en la permuta), el precio por la cosa vendida, expropiada o enajenada (cosa por precio) y la cosa adquirida con el precio procedente de la enajenación de la cosa originariamente gravada (subrogación de segundo grado de cosa por precio de cosa).

Esta opción legislativa de abandono de la subrogación real como principio vertebral del sistema de garantías registrales mobiliarias posiblemente se justifique en la necesidad de ahorrar a las partes y al sistema jurídico los problemas —no precisamente triviales como demuestra la experiencia americana propósito de las «*Rules for Tracing Proceeds*»— de prueba de la procedencia de los bienes cuya afección se cuestiona y que son inherentes a toda regla de subrogación real en sentido estricto y muy especialmente cuando el dinero procedente de la enajenación de las mercaderías o bienes que salen del patrimonio del pignorante ingresa en una cuenta corriente indistinta con la que se hace frente a los gastos generales del negocio³⁸.

En nuestro derecho, basta con que las mercaderías ingresen en el local que se determina en el título como *status loci*... aunque no hubieran sido compradas con dinero de mercaderías enajenadas e, incluso, aunque ni siquiera hubiera el pignorante terminado de cobrar su precio del comprador, de existir este. El acreedor garantizado puede comprobar el cumplimiento regular del deber de reemplazo a través de los amplios derechos que le concede la Ley para supervisar la existencia, calidad, cantidad y estado de los bienes en el local que se fijare en el título: cfr. artículos 59 y siguientes. Obviamente, faltando el *status loci*

(bienes corporales sin ubicación estable), habrá que estar a los criterios que se establezcan para permitir la sujeción de cada bien en concreto al gravamen por su ingreso en el conjunto y en cuanto al derecho de supervisión del estado de los bienes comprendidos en el conjunto (*vid. supra* en cuanto a este particular).

En los Derechos que siguen el modelo del UCC norteamericano se distingue entre los «*proceeds that are goods*» (bienes subrogados) y «*cash proceeds*» (créditos subrogados). Los bienes subrogados —nosotros diríamos bienes «de remplazo»— son el resultado de la permuta o, lo más habitual, de la adquisición con dinero procedente de la enajenación de bienes gravados («*proceeds acquired with cash proceeds*»). Los «bienes» de remplazo pueden ser de la misma especie que los originariamente gravados (una mercadería por otra mercadería) o, incluso, de distinta especie (una maquinaria que se compró con dinero procedente de la enajenación de la mercadería gravada).

En el Derecho comparado de los sistemas afiliados al modelo del artículo 9 del UCC, uno de los problemas capitales de la posible extensión de la garantía sobre los «*proceeds*» de los bienes previamente gravados reside en el requisito de «rastrear» o probar el origen y causa de los mismos. Solo se entiende que están gravados como «*proceeds*» aquellos bienes respecto de los cuales pueda demostrarse cumplidamente su rastro causal hasta un bien previamente gravado («*proceeds identifiable and traceable*»). Las enormes dudas y vacilaciones de la doctrina y de la jurisprudencia norteamericanas y de otros ordenamientos en punto a los medios y mecanismos lícitos para «rastrear» los créditos dinerarios y acreditar su condición de subrogados o «*proceeds*» no son de estudiar aquí.

Para hacerse idea de la abrumadora complejidad de las soluciones adoptadas al problema, pueden verse los criterios sentados en los tribunales de Canadá para «rastrear» los «*proceeds*» («*Rules for Tracing Proceeds*»)³⁹. El caso más habitual examinado por doctrina y jurisprudencia es el del depósito del importe de la enajenación o realización del bien originariamente gravado en una cuenta indistinta del deudor⁴⁰. Es decir: cuando su importe no se deposita en una cuenta especial para ello. Como quiera que esto no suele quedar resuelto en los Derechos inspirados en el artículo 9 del UCC, la jurisprudencia suele forjar algunas reglas o criterios como, por ejemplo, la del saldo intermedio más pequeño («*lowest intermediate balance method*»). Se presume que el deudor retira de la cuenta antes el montante libre o parte no gravada que lo que monta el dinero subrogado. La parte del saldo gravado como «*proceeds*» se presume permanece en la cuenta siempre que el saldo total de la misma sea igual o superior a la cantidad afecta. Si el saldo total de la cuenta deviene inferior, los derechos del acreedor se reducirán a la cantidad representada por el saldo mínimo de la cuenta en el periodo intermedio desde la enajenación del bien y la ejecución de la garantía. Así, suponiendo que el deudor enajena el bien gravado por 1000 cuyo importe se deposita en una cuenta con un saldo inicial de 1300. Si posteriormente se retiran 500 (saldo 800); se ingresan 300 (saldo

1100); se retiran por segunda vez 500 (saldo 600) y se ingresan otra vez 1000 (saldo 1600), la afección será la del saldo intermedio más bajo; a saber: 600.

También se plantean similares problemas en el caso de la transformación del bien gravado y la extensión del gravamen sobre el bien resultante de la transformación y sobre el precio de enajenación del bien resultante del proceso. Bajo la regla del § 9-336 UCC 1999, por ejemplo, si A y B son acreedores pignoraticios sobre un stock de azúcar y otro de harina cuyo coste se utiliza para confeccionar pasteles industriales; la garantía de A y B recaerán sobre aquella fracción del stock de pasteles —y su precio de venta— en proporción a los costes de los materiales empleados.

No obstante, existe una regla particular de subrogación real en sentido estricto en el artículo 5 de la Ley en materia de indemnizaciones por siniestro (extensible a eventual expropiación). Tal regla es equiparable a la establecida en sede de hipoteca inmobiliaria en el artículo 110.2.^a LH. En sede de usufructo *vid.* artículos 518 y 519 del Código Civil con análogo fundamento y alcance de la regla de subrogación real.

En cuanto a la naturaleza de la subrogación del artículo 5 LHMyPSD, estamos ante una auténtica subrogación real —y una mera subrogación imperfecta como ocurre con la hipoteca inmobiliaria— por cuanto el régimen jurídico de sujeción es el mismo de prenda por prenda: siniestrada o expropiada la cosa gravada con prenda sin desplazamiento, la prenda subsiste o «continúa» como prenda sin desplazamiento de crédito (cfr. art. 54 en relación con el art. 57. Cuarto LHMyPSD) y la garantía puede «prolongarse» o continuar su efectividad como «garantía financiera» del Real Decreto-ley 5/2005 cuando el importe de la indemnización se ingresa en una cuenta y se inmoviliza su saldo en la forma habitual.

El hecho determinante de la subrogación es sin duda el obvio del siniestro en relación con la indemnización del seguro que se haya pactado constituir o que se hubiera constituido por obligación legal. La Ley no impone con carácter general una obligación de asegurar la cosa dada en prenda como requisito de constitución del seguro, pero puede pactarse lo que se estime conveniente. De concertarse seguros, deberán identificarse en el título (art. 57 Cuarto). La falta de pago de la prima del seguro de los bienes gravados, cuando proceda el aseguramiento, faculta al acreedor para dar por venida la obligación o para abonar su importe por cuenta del obligado a su pago (art. 6 LHMyPSD). En principio, a falta de pacto expreso, como quiera que son de cuenta del deudor los gastos y expensas para la debida conservación de la cosa empeñada (cfr. art. 61 Ley), la prima del seguro corresponde al pignorante.

Obviamente, la Ley no menciona la expropiación en su artículo 5, como sí hace la Ley hipotecaria en su artículo 112 LH quizás porque pudiera pensarse en ello. Con todo, es obvio que por motivos de interés público pueden expropiarse bienes muebles corporales gravados con prenda (pensemos en bienes

de colección o antigüedades expropiables según la legislación de defensa del patrimonio histórico-artístico), en cuyo caso el justiprecio queda afecto al gravamen como prenda de crédito.

Creo, también, con VALLET, *que existen buenas razones para extender la aplicación analógica del artículo 5 Ley a los casos de ilegal enajenación de la cosa cuando esta es irreivindicable en manos de tercero de buena fe*. Entiendo que cuando el pignorante infringe la prohibición de enajenar y el tercero adquiere *a non domino* (por aplicación del artículo 85 CComercio o el art. 464 del Código Civil) la cosa gravada, el acreedor garantizado puede dirigirse contra el comprador para recuperar la parte del precio aplazado y para el ejercicio de las demás acciones que le correspondan contra el comprador (arg. *ex* art. 1186 del Código Civil). A tal efecto, enterado de la «privación ilegal» realizada por el pignorante, el acreedor garantizado podrá denunciar el hecho al comprador constituyéndole en la obligación de no pagar el precio aplazado al vendedor-pignorante por aplicación analógica de lo previsto en los artículos 112 LH y 5 LHMyPSD. Esta *denuntiatio* —como ocurre en la cesión de créditos en relación con el deudor cedido— no libera al comprador que paga al pignorante.

Obviamente, no puede despreciarse la posibilidad de que las partes convengan en el título de constitución un pacto de subrogación convencional. Por ejemplo, como suele hacerse en la reserva de dominio convenida al modo alemán⁴¹, si se dijere que en caso de transformación o aplicación de la materia prima gravada con prenda sin desplazamiento —amén del deber de reemplazo a cargo del pignorante *ex* artículo 22— la prenda sin desplazamiento se extiende sobre los productos, objetos transformados o fabricados con esas mismas materias primas.

VII. PRENDA SOBRE BIENES FUTUROS

1. LA POSIBILIDAD DE DAR EN PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO BIENES FUTUROS CORPORALES («AFTER-ACQUIRED PROPERTY»).

La prenda sin desplazamiento normalmente entraña el gravamen de bienes futuros, entendiendo por tales los inexistentes en el patrimonio del pignorante en el momento de la contratación de la garantía.

En puro Derecho privado, no se ven obstáculos para sujetar a una prenda sin desplazamiento bienes futuros ya que el artículo 1271 del Código Civil permite contratar sobre cosas futuras. Por otra parte, ni siquiera puede aducirse a favor de la prohibición de constitución de tales garantías razones históricas: quizás convenga recordar que Las Partidas admitieron expresamente el «pignus» sobre cosa futura⁴².

En puridad, se trataría de cosas aún no existentes pero de existencia posible; bien porque se espere que su existencia se deba al contratante que fabrique, críe, descubra o extraiga el bien en cuestión; bien porque para que la cosa alcance su existencia sea necesaria la intervención de un tercero (un tercero constructor o armador) o bien, por fin, porque su producción o generación es espontánea por obra de la naturaleza. El contrato sobre cosa futura no es un precontrato (cfr. STS de 17 de junio de 1986) y, como se sabe, puede configurarse como *venditio spei* (contrato aleatorio en que uno de los contratantes asume el riesgo de que la cosa no llegue a existir) o *venditio rei speratae* (contrato sometido a la *conditio* de la existencia de la cosa futura).

La doctrina civilista defiende la admisibilidad y eficacia obligacional del convenio de prenda manual sobre cosa futura en el bien entendido que el derecho de prenda solo comenzará respecto de esa cosa como tal derecho real —y con su preferencia concursal y extraconcursal, desde que la cosa misma contemplada exista y solo cuando el acreedor tomare de ella posesión. Mientras tanto, solo existe una promesa de prenda. En cambio, en nuestro Derecho positivo mobiliario-registral, hemos de admitir la posibilidad de garantías mobiliarias no posesorias sobre cosas futuras al amparo de lo establecido en la Ley de 1954, en la LHN y en el viejo RRM en que los efectos jurídico-reales se despliegan desde la regular constitución registral (así la prioridad) aunque, como es lógico, la prenda sobre sujetará a la cosa con efectos reales en el supuesto de que la cosa contemplada llegue a existir (la existencia funciona como *conditio iuris* de su eficacia real pero los efectos se retrotraen al momento de constitución registral). En cambio, la legislación especial de VP y *leasing* presupone la existencia de la cosa para la inscripción del contrato en cuestión, aunque no quede muy claro si es esto en lo que está pensando el legislador cuando pronuncia enfáticamente en la Ordenanza la no inscribibilidad de «los contratos preparatorios o actos preparatorios de otros inscribibles» [art. 6.1 a) LVP]⁴³.

En la LHMyPSD, expresamente, se admite el gravamen de mercaderías futuras de reemplazo junto con la de materias primas que se reponen después de su aplicación al proceso de producción (en la hipoteca de establecimiento *ex* art. 22 & 2 LHMyPSD y, por ende, también en la prenda se mercaderías *ex* art. 53. Segundo). Siguiendo la tradición que ya viene desde la obra de CATÓN y, por supuesto, de la legislación anterior de prenda agrícola, no solo se permite la prenda de frutos separados sino también de frutos pendientes (de frutos que están en el árbol, por ejemplo) y hasta sobre la cosecha esperada (cfr. art. 52 LHMyPSD). Es evidente que el legislador permite que la prenda de rebaño comprenda también las crías futuras como ocurre con el usufructo (cfr. art. 499 del Código Civil) y en el Derecho histórico (en el *pignus gregis* del Digesto) porque el artículo 52 menciona a los animales junto con sus crías y productos (apartado Segundo), etc.

Podemos decir que esta misma admisibilidad de prenda sobre cosa futura puede generalizarse a los demás casos de bienes pignoraables: el deber de conservación de máquinas que se determinan genéricamente previsiblemente requiere la reposición de las gastadas por su aplicación industrial normal conforme al uso de comercio o industrial y, en fin, es lógico contemplar que las colecciones gravadas *ex* artículo 54 Ley tengan nuevas entradas de bienes que posiblemente se querrán sujetos al gravamen del conjunto. También el artículo 9 del Decreto 3837/1970 admite la prenda sin desplazamiento de películas que están todavía en realización. La cosa no plantea problemas en la práctica registral: *vid.*, por ejemplo, la RGDRN de 16 de noviembre de 1972, por todas, en que se admite garantía sobre maquinaria futura por referencia a dos partidas de maquinaria que aún no estaban en la finca ni pertenecían todavía al pignorante.

El legislador a veces es cauteloso en punto a la admisibilidad de la garantía sobre cosa futura. Esta precaución no siempre está justificada. Por ejemplo: cuando exige que la cosecha esperada sea exclusivamente la del año agrícola (cfr. art. 52.1.º LHMyPSD); sin que se entiendan muy bien los intereses que protege la necesidad legal de constituir prenda año a año (como ocurre en el famoso caso de la STS de 6 de mayo de 1995 con dos prendas sin desplazamiento sobre las cosechas de los años 1984 y 1985 y una hipoteca inmobiliaria con extensión a frutos). También demuestra prudencia cuando permite la hipoteca mobiliaria de bienes registrables en construcción tratándose de buques (art. 16 LHN) o aeronaves (art. 38.3 LHMyPSD) exigiéndose no solo que haya comenzado la construcción sino que, además, se hubiere invertido una parte (en concreto: un tercio) de la cantidad presupuestada.

A efectos de dar cumplimiento al principio de especialidad registral en estos casos, basta con que la cosa futura sea determinable. A tal efecto, basta con que en el título se contenga una regla de determinabilidad suficiente del bien susceptible de ser gravado según la forma de constitución de la garantía y lo que se pretenda por las partes: no es lo mismo sujetar bienes futuros como partes integrantes de un género o «conjunto dinámico» (las cosas futuras son determinadas *sub specie universitatis*) que contemplar la posible sujeción específica de bienes futuros determinables al gravamen ya constituido y tras su eventual (futura) individualización.

Como vemos, el caso más típico de pignoración de bienes futuros es el supuesto de constitución de garantías sobre género o sobre conjuntos dinámicos de bienes.

Efectivamente: (i) En la *prenda de género o de bienes determinados genéricamente*, porque la obligación de conservar la sustancia se traduce en la de mantener bienes en cantidad y en valor gual o superior al que se determine y, a tal fin, reponer los bienes que hayan desaparecido por su uso o porque han sido aplicados a su destino con otros de reemplazo (cfr. art. 22 LHMyPSD); (ii) En la *prenda de los «conjuntos dinámicos»*, en la medida en que la determinación

del conjunto como unidad objetiva del derecho de prenda y la consideración de los bienes integrados en el conjunto *sub specie universatis* usualmente llevará a que bienes futuros integren el conjunto y se sujeten con la entrada a la prenda para «rellenar» los huecos dejados por bienes que salen del mismo por su uso o aplicación.

Tampoco puede despreciarse que interese a las partes que se sujeten individualmente a la garantía, como bienes específicos, los correspondiente bienes futuros contemplados en el contrato, sobre todo si son de valor singular, y de suerte que quedan sujetos a la garantía ya constituida, con efectos retroactivos, a medida que vayan surgiendo en el patrimonio/explotación del garante.

Por ejemplo: si se contemplara que la maquinaria del establecimiento se sujetare al gravamen no como género (como si dijera: toda la maquinaria existente en el local X) sino específica e individualmente... con la consiguiente eventual reipersecutoriedad frente a tercero no protegido en su adquisición. Será entonces, en este último caso, necesaria una descripción individualizada y singular del bien cuando proceda: habrá que modificar el contrato original para adicionar el bien y modificar en este sentido la inscripción⁴⁴; el deudor puede incluso autorizar al acreedor a remitir al Registro un listado actualizado (con altas y bajas) de bienes que se quieren sujetar específicamente al gravamen.

2. EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LA EXTENSIÓN OBJETIVA DEL GRAVAMEN MOBILIARIO SOBRE LOS BIENES DE REEMPLAZO EN «CONJUNTOS DINÁMICOS»

El legislador de la Ley de 1954 solo regula con algún detalle la extensión objetiva de la prenda sobre los bienes de reemplazo en el caso de que se den en prenda mercaderías y materias primas. Presupone en ambos casos, y solo bizarramente en hipoteca mobiliaria de establecimiento, que quedan liberadas de prenda las mercaderías vendidas en el comercio y, acaso, las materias primas aplicadas a procesos industriales, con la obligación de conservar *el tantundem* durante la fase de seguridad de la prenda. A saber: debe asegurarse *ex* artículo 22 Ley un «saldo mínimo de bienes gravados» en cantidad y calidad al menos igual al que se determine en el título constitutivo (p. ej. las X toneladas de trigo de la calidad Y) y hacer la reposición de las mercaderías vendidas o las materias primas empleadas «*con arreglo a los usos de comercio*». Se supone que en cuanto «depositario» en la ficción legal del artículo 59 Ley, el pignorante debe conservar el *tantundem* si las cosas desaparecen aplicándolas a su destino toda vez que se le reconoce derecho de usar la cosas (y el deber de conservarlas) «sin menoscabo de su valor». Ese principio de conservación del *tantundem* se trae del derecho anterior a la Ley y se inspira en soluciones similares en contratos civiles en que se impone deber de conservación y de restitución de cosas fungibles: el artículo 22 Ley da al problema solución similar a la diseñada para

el usufructo de cosas que pueden usarse en el artículo 482 del Código Civil o para el mutuo en el artículo 1753 del Código Civil. El incumplimiento de esa obligación da derecho al acreedor a instar la devolución de la cantidad adeudada por vencimiento anticipado de la obligación garantizada o la inmediata venta de los bienes sin perjuicio de las indemnizaciones que corresponda (cfr. art. 62 Ley). Por lo demás, puede comprobar la existencia e inspeccionar el estado del saldo existente conforme a lo previsto en el artículo 63 Ley.

El problema es que fuera del caso anterior, *no resulta claro cómo ha de funcionar la reposición y extensión del gravamen sobre las cosas futuras a falta de pacto expreso sobre el particular*. Por ejemplo, ausente una norma similar a la del usufructo de rebaño del artículo 499 del Código Civil, ¿es exigible del pignorante con prenda de ganado reemplazar con todas las crías nacidas las cabezas que mueran anualmente o bastará con que mantenga un número y calidad de cabezas, reses o animales que respete el saldo mínimo? Similares dudas se plantean en la prenda sobre maquinaria (¿se extiende la hipoteca a todas las máquinas que se encuentran en el local adscritas a la explotación o solamente a las originarias y a las que reemplazan a las inutilizadas?) o en la prenda de bienes de colección (¿se extiende a las nuevas adiciones a la colección?), etc. Con todo, la cuestión parece haber preocupado muy poco a la doctrina y probablemente con razón *porque cabe esperar que el acreedor pacte estos extremos en el título de constitución de la prenda sin desplazamiento*. Puede pactarse en el título lo que convenga a las partes: que no haya reemplazo (por ejemplo si se limitare a los bienes depositados como si se pignoraré vino que envejece en barrica y que no se espera vender) o que funcione el reemplazo con la extensión y condiciones que se quiera (por ejemplo si obligare a sustituir el cuadro vendido con nuevas incorporaciones de valor al menos igual al estimado por experto, etc.).

Ahora bien, conviene aclarar que el hecho de que se pacte que la garantía mobiliaria se extienda sobre un conjunto dinámico de bienes determinado genéricamente —o sub specie universitatis— *no significa que nuestro Derecho contemple en este caso la constitución de una suerte de «prenda flotante» («floating charge»)* como las que habitualmente se contratan en Derecho del Common Law⁴⁵. Según este último modelo explicativo, la preferencia de la garantía mobiliaria sobre bienes genéricamente determinados no «cristaliza» o no sujeta, con carácter jurídico-real, a los bienes adscritos hasta que se exija el cumplimiento de la obligación... y de suerte que los actos de ejecución y de gravamen intermedios (desde la constitución de la garantía hasta su efectividad y que son realizados en la «fase de seguridad») perjudican siempre el derecho del acreedor. En el modelo de nuestra prenda sin desplazamiento constituida *sub specie universitatis*, en cambio, la garantía sujeta los bienes del conjunto en la fase intermedia o de seguridad sin perjuicio de poder liberarlos del gravamen por actos de disposición o circulación («desafectación»)⁴⁶.

Creación jurisprudencial del Derecho inglés⁴⁷, la «*floating charge*» —figura opuesta a la «*fixed charge*»— es aquella garantía sobre una pluralidad de bienes en la que se permite al gravado, expresa o tácitamente, la libertad de disponer, mediante enajenación o gravamen— de los elementos que componen la pluralidad «in the ordinary course of business» y hasta el momento en que la carga se dice que «cristaliza». En Derecho anglosajón se dice que la carga flotante «cristaliza» —básicamente en caso de impago o cumplimiento de ciertas condiciones— cuando el gravamen se «fija» (se transforma en «*fixed charge*») sobre bienes concretos existentes en ese momento cuya custodia y administración se sustrae del poder del deudor y habitualmente se encarga a un administrador judicial («*receiver*»).

Lo habitual en Derecho británico es que la «*floating charge*» se imponga sobre todos los bienes presentes y futuros del deudor. No necesariamente ha de ser así (se admiten cargas flotantes solo sobre bienes presentes o solo sobre bienes futuros o sobre ciertas clases de bienes con o sin deber de reemplazo). Aunque se admite que se pacte un régimen mayor o menor de extensión del gravamen, lo esencial es que por no trabarse la circulación de los bienes estos no estén afectos individualmente hasta que la carga cristalice en un momento dado (normalmente cuando se incumple la obligación garantizada).

Mientras la carga no cristalice y como quiera que los bienes no están aún afectos el deudor puede imponer gravámenes sobre bienes y créditos individuales que pasan antes en prioridad que la carga cuando esta cristalice. O como dice gráficamente el Código Civil de Québec a la que allí se llama «hipoteca abierta»: «*Cuando cristaliza, la hipoteca abierta produce los efectos de una hipoteca, mobiliaria o inmobiliaria, en relación con los derechos que aún conserva el constituyente en ese momento sobre los bienes gravados (...)*» (art. 2719 CCQ).

La «*floating charge*» ha sido utilizada como vehículo de la constitución de garantías sobre conjuntos patrimoniales muy amplios, incluso sobre todo el patrimonio empresarial. El Derecho del artículo 9 UCC consigue unos similares efectos prácticos mediante la generosa —y problemática— admisión de las más diversas categorías de bienes/derechos susceptibles de sujeción («*collateral*» puede ser cualquier cosa o derecho), incluyéndose aquí a los bienes/derechos futuros («*after-acquired property*») y a los subrogados de los bienes gravados («*proceeds*») que pueden ser gravados en garantía de cualquier clase de obligaciones, incluso las futuras («*future advances*»).

Algunas sentencias del TS parecen avalar esta tesis en relación con nuestra LH al indicar, de manera bien confusa, y para explicar la extensión automática y dinámica de la hipoteca del artículo 111.1.º LH, que mediante este pacto «*se ha fijado el tiempo de la ejecución como estado final de la unidad pertenencial*» (cfr. por todas, con cita de las anteriores, la STS de 27 de junio de 2007). Parece como si se quisiera decir que antes de la fase de ejecución no existe

sujeción real sobre los muebles colocados en el fundo. Sin embargo, creo que esa tesis carece de fundamento en nuestro Derecho positivo habida cuenta que de los textos legales se infiere que, a menos que del título resulte claramente lo contrario, *también en la fase de seguridad*, la garantía real sujeta los muebles que pertenezcan al conjunto.

3. EFICACIA (EN PRINCIPIO RETROACTIVA) FRENTE A TERCEROS DEL GRAVAMEN SOBRE COSA FUTURA

Como hemos visto antes, en lo que hace a determinar la prioridad registral en la colisión de derechos reales y embargos sobre la cosa futura, los efectos jurídico-reales de la prenda sin desplazamiento constituida se despliegan desde la regular constitución registral (así la prioridad) aunque, como es lógico, la prenda sobre sujetará a la cosa con efectos reales en el supuesto de que la cosa contemplada llegue a existir. A saber: la existencia funciona como *conditio iuris* de su eficacia real pero los efectos se retrotraen al momento de constitución registral.

En general, el problema principal de la extensión de los gravámenes mobiliarios sobre cosa futura es el *de la eventual preferencia de la garantía constituida sobre los mismos en relación con, y frente, a los derechos (y la preferencia correspondiente) de los suministradores y acreedores refaccionarios sobre tales bienes*. Los supuestos de colisión son potencialmente numerosos porque se plantean siempre en relación con la extensión, legal o convencional, de la garantía constituida sobre los bienes subrogados y en particular, también, en el caso del gravamen de los accesorios (las partes integrantes o pertenencias que ulteriormente se afectan o integran un mueble o inmueble previamente gravado); incluyendo aquí las mejoras derivadas de la conservación y refacción del bien.

El que inscribe una garantía susceptible de extensión a cosa futura naturalmente aspirará a que su preferencia se anticipe temporalmente de modo que arranque desde la originaria inscripción de la garantía. Por lo tanto, antes de la existencia misma de la cosa. El que pacte o tenga derechos a la extensión del gravamen sobre «subrogados» pretenderá, como es lógico, beneficiarse de lo que los americanos denominan gráficamente «continuidad de la perfección».

Téngase en cuenta, en cambio, que, en caso de prenda global, de universalidades o con extensión a bienes futuros, los suministradores de la cosa, cuando el precio no está todavía satisfecho, o los que tienen un crédito por refacción no pueden anticipar sus derechos: los acreedores por precio aplazado o crédito refaccionario solo pueden hacer efectiva su garantía cuando la cosa se venda a crédito o sea objeto de refacción. ¿Esto supone que necesariamente dichos acreedores hayan de resultar siempre postergados (son de peor rango que los de los acreedores que en su día inscribieron)? ¿Es razonable que sean postergados

por el mero hecho de la previa existencia de un gravamen con extensión sobre esa cosa futura?

La cuestión ha obsesionado a los redactores de sistemas registrales inspirados en el artículo 9 del UCC norteamericano y se resuelve en una regla de superprioridad de los denominados «*purchase money security interests*» (en su lenguaje críptico: PMSI) en contra de la regla de la preferencia según el «*prior tempore*» («*prior filing*») de los derechos inscritos. En los sistemas de esta familia, un «*security interest*» enormemente habitual sobre todos los bienes muebles del deudor, presentes y futuros, aunque la garantía fuese debidamente inscrita y anterior, no se considera preferente respecto del derecho, posterior en el tiempo, de un vendedor a crédito de un bien mueble que inscribe su propio derecho de PMSI dentro del plazo de gracia que se le concede (20 días a contar desde que el deudor adquiere la posesión de la cosa).

La regla de «prioridad invertida» o «superprivilegiada» del PMSI recogida ahora en el complejísimo & 9-324 UCC tiene encontrados opositores y su justificación es controvertida. Con todo, no puede decirse que tal regla sea excepcional en el panorama del Derecho comparado porque un Derecho como el francés, que no pertenece a la misma familia que el americano, llega a similares conclusiones prácticas. Así, en el caso del «*nantissement de l'outillage et du matériel*» (correspondiente a nuestra hipoteca mobiliaria sobre maquinaria en garantía del pago de su precio), y en el supuesto de incorporación de la maquinaria a un inmueble como bien pertenencial se establece la regla según la cual «*le privilège du créancier nanti (...) subsiste si le bien qui es grevé devient immeuble par destination*» (cfr. art. L.525-8 CCom). En todo caso, es necesario que la garantía real se inscriba en el registro público (el de Comercio) dentro del plazo legal so pena de nulidad. Regularmente constituida e inscrita la garantía mobiliaria del «nantissement» vence esta a la hipoteca inmobiliaria —incluso anterior— con extensión a pertenencias. La doctrina y la jurisprudencia aplican la misma doctrina para resolver el caso de una hipoteca de buques y aeronaves con extensión a las máquinas incorporadas⁴⁸.

Para empezar, parece intuitivamente injusto y social y económicamente ineficiente, postergar los derechos de quien facilita la adquisición de bienes por el deudor: ¿quién financiará la adquisición sabedor de que sobre la cosa adquirida por el deudor pasan antes derechos previamente constituidos con extensión a cosas futuras? En evitar esta situación estaba pensando el legislador cuando prohibió que la hipoteca de establecimiento se extendiera a mercancías, materias primas o maquinaria cuyo precio no estuviera íntegramente satisfecho (cfr. arts. 21 y 22 Ley). Amén de lo anterior, es de advertir que la hipoteca se extiende a pertenencias y la pertenencia inmobiliaria existe en el tráfico cuando se produce la adscripción pertenencial... ERGO, de existir un gravamen anterior a la adscripción pertenencial, no es temerario postular que la cosa queda adscrita ya desde ese momento como cosa gravada. Esa parece ser, por lo demás,

la solución que está pensando el legislador de la Ley de Navegación Marítima en su confusísimo artículo 62.2 que está pensando en el caso de una hipoteca naval que se extiende a partes integrantes y pertenencias pero que pasa después sobre ellas en el caso de que un tercero hubiera adquirido derechos por «acto generador de gravamen» (*vid.* también, en sede de hipoteca naval, el art. 134.1 de la misma Ley).

Creo que esta tesis es defendible por las siguientes razones:

a) Por coherencia con la «lógica» del sistema previsto por el legislador de 1954 que trató de preservar siempre incólume el derecho de quien financia la adquisición del bien mueble respecto del derecho de quien eventualmente podía estar interesado en extender su garantía mobiliaria sobre cosa futura. El legislador de 1954 tenía bien presente no solo el caso de la venta con reserva de dominio o con condición resolutoria expresa sino el «simple» privilegio del vendedor del artículo 1922.1.º del Código Civil.

Efectivamente, si se prohibió dar en hipoteca o prenda sin desplazamiento bienes cuyo precio no estaba totalmente satisfecho (*vid.* art. 2 Ley en la antigua redacción) es porque se trataba de preservar incólume la posición del vendedor/financiador de la operación (sea o no suministrador o vendedor). La cosa pareció obsesionar al redactor de la Ley: se permitió incluso la inscripción del contrato de compraventa con precio aplazado *ex* artículo 13 Reglamento de la Ley para evitar que se «colaran» al registrador garantías registrales indebidas. Amén de ello, como es sabido, para evitar la colisión de la garantía con el privilegio del vendedor de cosas por precio aplazado en sede de hipoteca de establecimiento existe una regla particular de prohibición de extensión objetiva de la hipoteca a los bienes de propiedad industrial y a maquinaria, así como a las mercaderías y materias primas, cuando su precio de adquisición no estuviere íntegramente satisfecho: artículos 21 y 22 Ley. *Obsérvese que la reforma de 2007 no ha derogado, por algo será, los artículos 21 y 22 LHM y PSD.*

Si después de la reforma de 2007 se contempló como posible la constitución de subsiguientes garantías sobre el bien muebles previamente registrado con ocasión de anterior garantía, *la única forma razonable de cohonestar el diseño y arquitectura legal de la Ley con la nueva realidad lícita de la pluralidad de gravámenes sobre los mismos bienes es postular la existencia de una regla de inversión de prioridad similar a la que existe en Derecho comparado y que recomienda el UNCITRAL*: que pase antes el derecho de quien financia la adquisición y que continúe o se «prolongue» la preferencia mobiliaria ya constituida no obstante la adscripción del mueble a un inmueble ya hipotecado.

b) Por analogía con lo establecido para la financiación de operaciones sujetas a la LVP o con lo previsto en el artículo 112 LH (aunque en puridad el acreedor no sea un tercer poseedor la defensa de su posición se justifica por idénticas razones) y, en general, con el sistema previsto en los créditos refac-

cionarios en cuyo caso también se establece una inversión del orden natural de preferencias. No es ocioso recordar que existe un fundamento similar de inversión preferencial en el caso del artículo 66 LHMyPSD: los créditos por suministro de semillas, gastos de cultivo etc. pasan antes.

Efectivamente, si se protege en el artículo 112 LH al tercer poseedor del fundo hipotecado frente a una extensión objetivamente indeseable, por inequitativa e ineficiente, de la hipoteca *ex* artículo 111. 1.º LH es precisamente porque el tercer poseedor (comprador, arrendatario, superficiario, etc.) costea la mejora de la finca hipotecada y porque es injusto y socialmente ineficiente desincentivar la incorporación de mejoras a cargo de persona distinta del deudor. Lo mismo cabe decir del privilegio del acreedor refaccionario que es primero sobre la parcela de valor en que resulta mejorado el bien previamente gravado como consecuencia de la refacción.

VIII. MEJORAS, FRUTOS Y EXTENSION A PARTES INTEGRANTES/ PERTENENCIAS

Incumbe al pignorante —y no al acreedor, como en la prenda manual *ex* artículo 1867 del Código Civil— la conservación de los bienes gravados, principales y accesorios, con la diligencia del buen padre de familia: cfr. artículo 17 Ley, por analogía. Como es de sobra conocido, el legislador acude a la ficción de considerar al pignorante como un «depositario» (cfr. art. 59 Ley). Son de cuenta del pignorante las «expensas y gastos necesarios para la debida conservación, reparación, administración y recolección de los bienes pignorados»: artículo 61 Ley. En igual sentido, en sede de depósito, *vid.* el artículo 1779 del Código Civil. *Va de suyo, entonces, que la prenda se extiende, aunque nada se diga en el título de constitución, a las mejoras realizadas.* Algo que, por cierto, también ocurre en la hipoteca inmobiliaria (cfr. art. 110.1.º LH).

Los frutos «naturales» de las cosas inmuebles o muebles pueden ser objeto directo (separadamente del bien-madre) de una prenda sin desplazamiento. Así, la Ley menciona expresamente en el artículo 52 a los frutos pendientes y las cosechas esperadas, los frutos separados y los productos de explotaciones agropecuarias o forestales, las crías y productos de los animales (lana, miel, leche, resina...) etc. Con todo, como hemos examinado anteriormente, se plantea el problema de determinar la extensión de la prenda cuando se impone sobre cosas naturalmente fructíferas si no se dice nada en el propio título. El ejemplo típico, otra vez más, es la prenda de rebaños o de animales.

Pues bien, entiendo que es posible formular una regla de extensión objetiva legal de la prenda sin desplazamiento a los frutos de la cosa gravada. Entiendo que, aunque nada se diga en el contrato, a menos que se infiera del mismo

otra cosa, la prenda se extiende sobre los frutos de las cosas empeñadas como ocurre con la hipoteca inmobiliaria «de cualquier clase»: argumento *ex* artículo 110.2.º LH. Es de advertir que la disp. adicional Tercera de la LHMyPSD se remite supletoriamente, en caso de insuficiencia de los preceptos de la Ley, a lo previsto en la legislación hipotecaria. Entiendo, además, que la regla vale tanto para los frutos naturales como para los frutos civiles (ejemplo: rentas derivadas del arrendamiento del bien dado en garantía).

Más problemas de extensión se plantean en relación con las «accesiones». O por mejor decir: los bienes muebles corporales que se integran o se unen a los bienes muebles previamente gravados (partes integrantes y pertenencias de bienes muebles previamente gravados).

Algunos de los bienes gravados (por sí, si se sujetan específicamente o como elementos del conjunto dinámico objeto del gravamen) pueden ser cosas compuestas. Es decir: formadas por partes integrantes y pertenencias. Vale aquí, en relación con los bienes pignorados compuestos, lo dicho para los buques por la Ley de Navegación marítima (cfr. art. 60 Ley 14/2014): son partes integrantes aquellos elementos que constituyen la estructura del bien conforme a su naturaleza y destino socio-económico al que se le aplica sin que puedan separarse del bien sin menoscabo de su entidad y función; son pertenencias los elementos destinados al servicio del bien gravado de una manera permanente, pero sin integrar su estructura; el bien gravado conserva su identidad aun cuando sus partes integrantes y pertenencias sean sucesivamente sustituidas, reemplazadas o cambiadas.

Pues bien, falta en la LHMyPSD una regla clara según la cual la prenda sin desplazamiento se extiende a las partes integrantes y a las pertenencias (no a los accesorios, por cierto). Una tal regla sí existe en la Ley en la hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión a pertenencias mobiliarias *ex* artículo 111.1.º LH (accesiones de muebles a inmuebles, los «*fixtures*» de la práctica norteamericana); en la hipoteca de aeronaves (art. 39 Ley) y, con mucha mayor claridad, en los buques. Precisamente, los artículos 62 y 134.1 de la Ley de Navegación Marítima son muy claros al respecto: los negocios jurídicos relativos al buque como cosa compuesta se extienden a sus partes integrantes y pertenencias pero no a los accesorios salvo pacto en contrario.

Sin perjuicio de que haya que respetar los derechos legítimamente adquiridos por terceros antes de la adscripción pertenencial o unión con el bien gravado *ex* artículo 56 Ley (por ejemplo, los derechos del vendedor con reserva de dominio sobre el motor que se instala en la máquina; *vid.* art. 62.2 LNM), no debería haber inconveniente para entender que, a falta de pacto expreso, la prenda se extiende, en beneficio del acreedor, a los bienes muebles incorporados o unidos a los gravados. Obviamente, si los bienes muebles unidos pertenecen a un tercero distinto del pignorante habrá que estar a las reglas, inútilmente complejas, que rigen la accesión mobiliaria.

Distingamos varios supuestos:

a) *El derecho del propietario de la cosa gravada continúa sobre la cuota proporcional del bien resultante*; como en los supuestos de los artículos 381 y 382 del Código Civil.

En ese caso el derecho del acreedor continúa sobre la cuota proporcional en el conjunto (misma solución para los «*commingled goods*» en el § 9-336 UCC). Así, si se mezclan mercaderías, ganado sin marcar, materias primas, etc... de distintos dueños alguno de los cuales soportaba un gravamen mobiliario previo, el acreedor conserva su derecho sobre la cuota correspondiente. Según entiende la mejor doctrina, esta comunidad incidental no viola la prohibición del artículo 1 LHMypSD (prohibición de hipoteca o prenda de cuota).

b) *El derecho del propietario de la cosa gravada se pierde por accesión en favor de tercero y a cambio de una indemnización*, como ocurre en el caso del 375 del Código Civil.

En ese supuesto, lo razonable es entender que la hipoteca o la prenda sin desplazamiento se extiende a la indemnización (cfr. art. 5 LHMypSD) en concepto de subrogado real del bien desaparecido.

c) *El caso más problemático es el de que el propietario de la cosa gravada pierda su derecho por accesión, confusión o conmixti3n con otra y sin derecho de indemnización*. Por ejemplo: cuando *ex* artículo 382.2 del Código Civil el propietario de cosa mueble la mezcla o confunde con otra de mala fe.

Habr3 que aplicar las reglas sobre menoscabo o p3rdida de la cosa empeñada *ex* artículos 62 y siguientes Ley.

Acabemos señalando, en fin, que nuestra legislaci3n de garant3as mobiliarias suministra pobre fundamento normativo para solucionar los complejos problemas de colisi3n de varias garant3as mobiliarias sobre pertenencias mobiliarias: hipoteca mobiliaria con extensi3n a pertenencia *vs.* hipoteca mobiliaria aut3noma o prenda sin desplazamiento sobre la misma pertenencia; hipoteca mobiliaria o prenda *soin* desplazamiento *vs.* reserva de dominio tambi3n en pertenencias, etc. Pero este tema no es objeto de este estudio y lo dejamos para otra ocasi3n.

NOTAS

¹ *Vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El registro de bienes muebles*, Marcial Pons, 2005, pp. 89 y sigs. *IDEM*, en La soluci3n registral del problema de las garant3as reales mobiliarias, en: LAUROBA, M. E. y MARSAL, J. (eds.). *Garant3as reales mobiliarias en Europa*, Marcial Pons, 2006, pp. 91 y sigs.

² *L'Ipotecca mobiliare ed insieme un contributo alla teoria della pubblicit3*, Roma, 1932, pp. 141 y sigs.

³ *Estudios sobre garant3as reales*, Montecorvo, 1984, 2.º ed., p. 246.

⁴ Se define «collateral» en §9-102(a)(12) del UCC de 1999.

⁵ HENRY J. BAILEY III-RICHARD B. HAGEDORN, *Secured Transactions*, West Group, 2000, pp. 31 y sigs.

⁶ Vid. ROJO AJURIA, L., Las garantías mobiliarias (fundamentos del Derecho de Garantías Mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América), *Anuario de Derecho Civil*, 1989, pp. 717 y sigs.

⁷ Fruto de una labor privada de «codificación», el modelo del Uniform Commercial Code norteamericano (de aquí en adelante, «UCC») no solo ha sido acogido por todas las legislaciones de todos los estados de la Unión —incluso en Luisiana, de tradición romanista— sino que goza de una enorme popularidad y una fuerza expansiva internacional que es absurdo negar. No hay año en que no ingresen nuevos estados en el «club». Ya no se trata tan solo de las diversas legislaciones estatales de Canadá (una *Personal Property Security Act* en cada provincia; especialmente también en la de Québec) o de la legislación australiana (*Australia Personal Property Securities Act 2009*) o la de Nueva Zelanda (*New Zealand Personal Property Securities Act 1999*). En nuestro propio área cultural acaba de aprobarse, en febrero de 2002, por la Organización de los Estados Americanos, una Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias afiliada a este modelo y, cuando esto escribo, las propias Naciones Unidas, a través de una de las comisiones de trabajo de Uncitral, está elaborado una Guía legislativa sobre el particular; Guía en que la inspiración en Derecho norteamericano ofrece pocas dudas. No está de más recordar que existen otras iniciativas internacionales similares, como la representada por la Ley Modelo del *European Bank for Reconstruction and Development* para los países de Europa del Este (*European Bank's Model on Secured Transactions*); por no citar otros casos más exóticos como es el de la Ley uniforme de la *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droits des Affaires* (OHADA).

El artículo 9, que lleva el título de «operaciones garantizadas» («secured transactions»), es el más complejo y probablemente el más estudiado e influyente de cuantos contiene el famoso «Código». La aportación científica fundamental en esta materia es la de Grant GILMORE, cuya obra clásica, en dos volúmenes, *Security interests in Personal Property*, Little, Brown & Company, 1965, aunque desfasada ya, sigue siendo de obligada lectura. La redacción original del famoso «artículo 9» que data de 1962 ha sido objeto de numerosas revisiones. La reciente revisión, que entró en vigor el 1 de julio de 2001, es la que ahora se cita. Con algunas diferencias entre los diferentes estados, el artículo 9 ha sido incorporado al Derecho positivo de todos ellos; aunque no en Puerto Rico. Existe una literatura científica abundantísima. Me parece recomendable por su carácter pedagógico el libro de H. J. BAILEY III y R. B. HAGEDORN, *Secured Transactions*, West Nutshell Series, St. Paul Minn., 2000. En el marco de un comentario general pueden merecer la pena la lectura de: WHITE and SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, 5 ed., Student Ed., West Publishing Co., 2000; STONE, *Uniform Commercial Code in a Nutshell*, 4 ed., West Publishing Co., 1995; HART, F. M. y MARTIN, N., *Secured Transactions*, Emanuel Law Outlines, Wolters Kluwer, 2 ed., 2011 o el de WHITE, J. y SUMMERS, R. S., *Principles of Secured Transactions*, Thomson West, 2007. Para el que tenga paciencia o que quiera experimentar las delicias del método pedagógico americano de casos puede resultar interesante la lectura del moderadamente fatigoso libro de J. O. HONNOLD, S. L. HARRIS y Ch. W. MOONEY, Jr., *Security interests in Personal Property. Cases, Problems and materials*, 3 ed., University Casebook Series, Foundation Press, New York, 2001. Existe una revista especializada que conviene consultar: la *Uniform Commercial Code Law Journal* en donde se publican artículos especializados sobre la interpretación del «Código». Con todo, la obra fundamental es la «interpretación auténtica» que se contiene en la edición del *Uniform Commercial Code. Official Text and comments*, en donde se contienen comentarios detallados y «oficiales» de las «normas». Tengo la edición de 2003 editada por THOMPSON y WEST. Existe una valiosísima traducción española de todo el UCC en GARRIDO, J. M.^a, *Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos*, Marcial Pons, 2002.

En Derecho comparado, me parecen muy interesantes las monografías dedicadas al examen del sistema del UCC desde otras perspectivas jurídicas; desde los diferentes ordenamientos

nacionales, algunos con una muy distinta tradición jurídica. Me limitaré a indicar las siguientes obras: EIGENMANN, A., *L'effectivité des sûretés mobilières*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, en donde se hace un estudio crítico del Derecho suizo a la luz del norteamericano; J.-F., RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, LGDJ, París, 1997 y A.-M., MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, París, 1990, donde se hace lo propio desde la perspectiva del Derecho francés; P. A. U. ALI, *The Law of secured finance. An international Survey of Security Interests over Personal Property*, Oxford University Press, 2002, en que se afronta el examen comparativo de los Derechos del *Common Law* fuera de EE.UU. (Reino Unido, Australia, Canadá, Nueva Zelanda, Hong Kong, Malasia, Singapur).

La experiencia norteamericana es fundamental en todo el Derecho proyectado internacional de garantías mobiliarias. Aquí, déjese solo citar el número dedicado a las garantías mobiliarias de la *Uniform Law Review. Revue de Droit Uniforme*, Unidroit, vol. VII, año 2002-1, donde se contienen los textos de los más recientes Instrumentos de Derecho uniforme tradicional además de importantes artículos que permiten hacerse una idea del estado de la cuestión en Derecho comparado.

Por último, no quiero dejar de señalar la inmensa labor que están desarrollando las Naciones Unidas a través de su Comisión para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, UNCITRAL). En el portal del organismo (www.uncitral.org) pueden fácilmente localizarse los documentos elaborados por un grupo de trabajo (el «Grupo de Trabajo/Working Group VI») sobre «garantías reales». Me parece fundamental la atenta lectura de los diversos documentos, algunos con varias versiones, de los diversos capítulos del Proyecto de Guía legislativa de operaciones de garantía y cuyos textos pueden encontrarse traducidos al español en el mismo portal. En su primer periodo de sesiones, celebrado en Nueva York, del 20 al 24 de mayo de 2002, el Grupo de Trabajo VI del UNCITRAL tuvo a su disposición un primer anteproyecto de guía legislativa. Se publicó en el año 2010 y está disponible en el citado portal. Se supone que la Guía legislativa servirá de ayuda a los diferentes estados para incorporar un Derecho uniforme de garantías que no oculta la influencia del UCC norteamericano.

⁸ Vid. por ejemplo, el artículo 10 de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias.

⁹ El concepto de «control» (&9-104 y sigs.), se refiere a la posibilidad de dar instrucciones respecto de una cuenta bancaria o de una cuenta de activos de inversión, a la cesión de derechos derivados de un crédito documentario o al control de la copia fehaciente de un recibo electrónico con garantía sobre mercaderías («*electronic chattel paper*»: & 9-105). Vid. S. M. ROCKS y R. A. WHITE, «*Getting control of control agreements*», en 31 *UCC Law Journal*, 1999, pp. 318 y sigs. Citado por J. M.^a Garrido, *Código uniforme de comercio de los Estados Unidos*, Pons, 2002, p. 72. También: HONNOLD, J. O., HARRIS, S. L. y MOONEY, C. W., *Security interests in personal property*, 3 ed., University Casebook Series, 2000, pp. 387 y sigs.

¹⁰ En realidad, en Derecho norteamericano es incluso posible la «*perfección registral*» de las garantías constituidas sobre documentos de crédito o activos financieros. La «*security interest*» impuesta sobre una acción, una obligación, un certificado de depósito, un cheque, el saldo de una cuenta corriente, etc... es «inscribible» (o «notificable»). El problema es que la preferencia que se consigue por medio del «control» del documento o del activo financiero, aunque recaiga sobre bienes o derechos gravados previa y exclusivamente en el registro, siempre gana. Así, && 9-102(a) (49), 9-106, 9-328 y &8-106.

¹¹ La bibliografía sobre la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento no es muy abundante. Entre otros: CAMY SÁNCHEZ y CANETE, B., Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria, *RCDI*, 1956, pp. 347 y sigs., 509 y sigs. y 654 y sigs.; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M., *Tratado de los derechos de garantía*, 3.^a ed., 2002, Tomo II, pp. 57 y sigs. para la hipoteca mobiliaria y 351 y sigs. para la prenda sin desplazamiento; COSSIO, El sistema mobiliario registral, en el *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección 3.^a, Estudios jurídicos varios, vol. II, 1962, pp. 371 y sigs.; DE LA RICA

Y ARENAL, R., El embargo judicial y la hipoteca mobiliaria según una sentencia del Tribunal Supremo, *RCDI*, 1966, pp. 655 y sigs.; Díez RONCAL, *Garantías reales sobre maquinaria industrial*, 1966; FUENTES LOJO, *La hipoteca de establecimientos mercantiles y la Ley de arrendamientos urbanos*, 1955; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El Registro de bienes muebles*, Pons, 2004, passim; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, 3 ed., 2001, pp. 2267 y sigs.; GARCÍA-PITA y LASTRES: La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, en el Derecho mercantil, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, coordinados por NIETO CAROL y MUÑOZ CERVERA, 1996, tomo II, volumen 1, pp. 149 y sigs.; GÓMEZ-ACEBO SANTOS: La hipoteca de establecimiento mercantil. Estudio exegético del título II, capítulo II, de la Ley de 16 de diciembre de 1954, *RDM* 1955, pp. 123 y sigs.; GÓMEZ-ACEBO SANTOS: La hipoteca de propiedad intelectual y propiedad industrial, *AAMN XI*, 1961, pp. 175 y sigs.; GÓMEZ GÁLLIGO: El Registro de bienes muebles, *RCDI* 657, 2000, pp. 973 y sigs.; GONZÁLEZ BUENO CATALÁN DE OCÓN: *Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento*, 1996; GUIMERA PERAZA: Prenda agrícola, *AAMN XI*, 1961, pp. 261 y sigs.; GULLÓN BALLESTEROS, A., Cuestiones de preferencia en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, *ADC*, 1964, pp. 771 y sigs.; HERMIDA LINARES, La Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión, *RCDI*, suplemento del año 1955, pp. 72 y sigs., y 198 y sigs.; LACRUZ BERDEJO: La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y en la prenda sin desplazamiento, *AAMN XI* 1961, pp. 345 y sigs.; LALAGUNA: Perspectiva actual de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento en relación con la venta a plazos de bienes muebles, *RCDI* 1967, pp. 677 y sigs.; MARCO MOLINA: Comentario al artículo 53, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CABO, 2.^a ed. 1997, pp. 851 y sigs.; MASSAGUER: Los requisitos de forma en la contratación de derechos de propiedad industrial e intelectual, *La Ley* 1995-4, pp. 1166 y sigs.; MUÑOZ-SECA y DE ARIZA: La hipoteca mobiliaria y el crédito a las industrias, *AAMN XI*, 1961, pp. 227 y sigs.; PAU PEDRÓN: La hipoteca de propiedad intelectual, *RCDI* 642, 1997, pp. 1747 y sigs.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 1999; PIÑÓN PALLARES, Validez y efectos de la prenda sin desplazamiento no inscrita, *Estudios Broseta*, 1995, pp. 2995 y sigs.; POVEDA MARTÍN: Interpretación y cumplimiento del artículo 2 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, *RCDI*, 1961, pp. 937 y sigs.; PRIETO-CASTRO: Los procedimientos de ejecución de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, *AAMN XI*, 1961, pp. 479 y sigs.; RAMOS FOLQUÉS, El Registro de Hipoteca Mobiliaria, *RCDI*, suplemento del año 1955, pp. 171 y sigs.; RAMS ALBESA: Comentario al artículo 53, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, 1995, tomo V, volumen 4.º A, pp. 811 y sigs.; RAMS ALBESA, FERNÁNDEZ y TRESGUERRES GARCÍA, La hipoteca y el embargo sobre derechos de explotación de la Ley 11 de noviembre de 1987, *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio de 1994, pp. 177 y sigs.; RODRÍGUEZ HERRERO: *La hipoteca de bienes muebles registrables*, 1997; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*, 1996; SANZ FERNÁNDEZ, La prenda sin desplazamiento, *AAMN XI*, 1950, pp. 123 y sigs.; SERRANO GARCÍA: *La hipoteca de establecimiento mercantil*, 1975; SEUBA I TORREBLANCA, J. C., Hipoteca mobiliaria de la cuota indivisa de una marca, *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo de 1999, pp. 219 a 260; VALLET de GOYTISOLO: «Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento», *RDP* 1953, pp. 34 y sigs. y, Planteamiento y cuestiones generales sobre la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, *RDN* 8, 1955, pp. 31 y sigs.; VIOLA SAURET: Los problemas registrales de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento a través de los principios, *AAMN XI*, 1961, pp. 401 y sigs.

¹² En realidad, existen tantas modalidades de hipoteca mobiliaria como bienes susceptibles de la misma: las normas comunes son menos importantes que las especialidades, sustantivas y procesales.

¹³ Al que sucedió la legislación especial sobre prenda triguera (Decreto de 12 de julio de 1934) y prenda aceitera (Decreto de 29 de noviembre de 1935). Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El Registro de Bienes Muebles*, op. cit., pp. 48 y sigs. y prenda aceitera (Decreto de 29 de noviembre de 1935).

¹⁴ Vid. por todos: BIONDI, B., *Los bienes*, Bosch, 2003, pp. 87 y sigs.

¹⁵ Una garantía sobre paneles fotovoltaicos puede constituirse bajo hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión, bajo hipoteca mobiliaria o, en fin, prenda sin desplazamiento. En la práctica, las diferencias entre estas dos últimas formas de constitución no son decisivas. Vid. CARRASCO PERERA, A., «Tres cuestiones sobre hipotecas y paneles fotovoltaicos», *La Ley* 14284/2010, pp. 3 y sigs.

¹⁶ Argumento ex artículo 90.2 Ley Concursal a contrario sensu, que requiere de la publicidad (requisitos de oponibilidad) para que la preferencia especial tenga relevancia concursal.

¹⁷ Contra la opinión de CARRASCO, CORDERO y MARÍN LÓPEZ, Tratado de los derechos de garantía..., op. cit., tomo II, p. 365.

¹⁸ Todavía sigue mereciendo la pena leer, eso sí, con cierta distancia, el trabajo de Juan B. VALLET DE GOYTISOLO sobre el *Pignus Tabernae* publicado en el *Anuario de Derecho Civil*, VI-IV (octubre-diciembre de 1953), pp. 783 a 838. Vid. también en su libro: *Estudios sobre garantías reales*, 2 ed., Editorial Montecorvo, 1984, pp. 315 y sigs. Ahora, es de imprescindible lectura la sugerente monografía de MENTXAKA, R., *La pignoración de colectividad en el Derecho romano clásico*, Servicio editorial Universidad del País Vasco, 1986.

¹⁹ Véanse los sucesivos trabajos publicados conjuntamente en sus *Estudios sobre garantías reales* y que se incluyen en los capítulos VIII, IX, X y XI.

²⁰ Puede verse: FUENTESECA, M., *Pignus e hypotheca en su evolución histórica*, Andavira Editora, 2013.

²¹ Vid. GÓMEZ GARZÁS, J., «El pignus comisorio en el *De agricultura* de Catón», UNED, *Boletín de la Facultad de Derecho* núm. 26, 2005, pp. 516-521.

²² Se trata de tres documentos epigráficos descubiertos en el año 1959 en la localidad italiana de Murénice, al construirse la autopista entre Salerno y Pompeya y que son conocidos colectivamente como Tabulae Pompeianae. Vid. por todos, MENTXAKA, R., La pignoración de colectividad..., op. cit., pp. 195 y sigs.

²³ Vid. GÓMEZ GARZÁS, J., El pignus comisorio..., op. cit., p. 513.

²⁴ Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. J., Tratado de los derechos de garantía..., 3.ª ed., op. cit., pp. 374 y sigs.

²⁵ Sobre las distintas funciones del *status loci*, el trabajo clásico es el de LACRUZ BERDEJO, La forma constitutiva..., op. cit., pp. 380 y sigs.

²⁶ Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, RDN 8, pp. 96 y sigs.

²⁷ LACRUZ BERDEJO, La forma constitutiva..., op. cit., pp. 386 y sigs. Parecen ser de esta opinión CARRASCO, CORDERO y MARIN, Tratado de los Derechos de garantía, op. cit., Tomo II, p. 380.

²⁸ En cuanto al *status loci* de frutos separados, mercaderías y materia primas, de los artículos 32 y 33 del reglamento se infiere que no es preciso que el *status loci* constituya una realidad actual, bastando que se identifique una futura localización. El artículo 70 Segunda de la Ley establece en cuanto a estas prendas que es competente el Registro correspondiente «al lugar en que se halle el almacén donde estén depositados o hubieren de depositarse».

²⁹ Las siglas corresponden a la identificación por radiofrecuencia: Radio Frequency Identification.

³⁰ Existe, además, todavía, una restricción objetiva de gravamen mobiliario sin desplazamiento posesorio para el caso de bienes (*muebles registrables*) que estuvieren en proindivisión o pertenecieran en usufructo y en nuda propiedad a varios titulares. Según el artículo 1.2 LHMyPSD, tales bienes «solo podrán hipotecarse o pignorar en su totalidad y mediante

el consentimiento de todos los partícipes». Tal norma carece en absoluto de justificación, es contraria a todo nuestro Derecho Civil e hipotecario y por ello debería ser suprimida.

Según la Exposición de Motivos de la Ley, el legislador creyó conveniente no permitir la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento de ciertos bienes que, pudiendo serlo por su naturaleza, se hallaren en «situaciones jurídicas especiales» aún reconociéndose la ausencia de inconvenientes técnicos para ello. Por supuestas y nunca justificadas razones «prácticas», la Ley prohíbe la hipoteca/prenda de cuota indivisa sobre bien registrable y obliga al comunero a hipotecar la totalidad del bien con el consentimiento de todos los demás partícipes; lo que es tanto como decir que se le obliga a conseguir otros tantos hipotecantes aunque no sean deudores. La DGRN ha interpretado incluso que ni siquiera está permitido que el dueño de la totalidad hipoteque una cuota indivisa de su bien; aunque tal supuesto no entre dentro del tenor literal del supuesto de hecho del precepto (*vid.* RDGRN de 29 de noviembre de 1995 en el supuesto de una hipoteca de cuota indivisa de marca; a la sazón, la cabecera de un periódico). No es necesario recordar que nuestra legislación hipotecaria —por cierto que invocada como supletoria en la disp. ad. 3.^a LHMypSD— permite expresamente la hipoteca de cuota, como permite también la hipoteca de usufructo (*cfr.* arts. 216 y 217 RH; art. 107.1.º LH). El propio del Código Civil reconoce expresamente al comunero la legitimación para hipotecar su parte, de suerte que los efectos de la hipoteca queden limitados a la porción que se le adjudique al cesar la comunidad (*cfr.* art. 399 del Código Civil). Por si fuere poco, a menos que se entienda que la Ley crea un supuesto adicional de inembargabilidad no contemplado en la LEC, lo que me parece ir muy lejos, no hay motivos para entender que es imposible el embargo de cuota indivisa de bien registrable, gravamen inscribible en el Registro de Bienes Muebles *ex* artículos 68 d) LHMypSD y 34 y 39 RHMyPSD.

³¹ Obviamente, no se plantearán problemas de ordenación de rango cuando el acreedor con hipoteca inmobiliaria consiente la postergación del rango de su hipoteca (consiente en que pase primero la garantía mobiliaria aunque se inscriba después) o cuando renuncia mediante novación objetiva de su hipoteca a la extensión objetiva de la hipoteca sobre los muebles (en cuyo caso, el gravamen mobiliario es primero y único).

³² Un comentario crítico que, en sustancia, compartimos en: SEUBA i TORREBLANCA, J. C., «Hipoteca mobiliaria de la cuota indivisa de una marca», en *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo de 1999, pp. 219 a 260.

³³ J. M. GARRIDO señala acertadamente que «el concepto de *proceeds* es difícil de recoger en la traducción española». Sin embargo, añade el mismo autor, «consideramos que la idea a la que responde este término jurídico queda recogida con exactitud en el concepto de subrogados de un bien». *Vid.* GARRIDO, J. M., *Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos. Texto Oficial. Estudio preliminar y traducción*, Pons, 2002, Madrid, p. 70, nota 168. En Guatemala, se prefiere el concepto de «bienes muebles derivados» que recoge el amplio espectro semántico del término [art. 2 (g) de la Ley de Garantías Mobiliarias de 16 de noviembre de 2007].

³⁴ Así, según la sección 9-102 (a) (64) UCC se lee lo siguiente: «*proceeds, except as used in Section 9-609 (b), means the following property: (A) whatever is acquired upon the sale, lease, license, exchange, or other disposition of collateral; (B) whatever is collected on, or distributed on account of, collateral; (C) rights arising out of collateral; (D) to the extent of the value of collateral, claims arising out of the loss, nonconformity, or interference with the use of, defects or infringement of rights in, or damage to, the collateral; or (E) to the extent of the value of collateral and to the extent payable to the debtor or the secured party, insurance payable by reason of the loss or nonconformity of, defects or infringement of rights in, or damage to, the collateral*». El apartado A) incluye los «proceeds» que nacen de verdadera subrogación real de resultados de actos dispositivos sobre el bien gravado. El D) y el E) los «proceeds» que nacen de subrogación real de resultados de la alteración física o pérdida del bien gravado. Los apartados B) y C) permiten la extensión automática de la garantía sobre los frutos civiles producidos por los bienes originariamente gravados. También el A) permite la extensión a la renta obtenida con el leasing del bien. Por alguna razón que se nos escapa,

en la interpretación mayoritaria, los frutos naturales no son considerados «proceeds». Vid. TARABAL BOSCH, J., El concepto de proceeds en el artículo 9 UCC, *Indret*, Barcelona, enero de 2010. A nivel internacional, el Convenio relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, firmado en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, propone un concepto más restringido de los «proceeds» dirigido a resolver, exclusivamente, los problemas que surgen cuando los bienes dados en garantía hayan sido perdidos, destruidos o expropiados [vid. art. 1 (w)]. Por su parte, el proyecto de Guía Legislativa sobre operaciones garantizadas del UNCITRAL adopta una definición amplísima de los «proceeds» que abarca incluso los frutos naturales. Vid. & 72 a 85 de la Guía Legislativa de 2010 divulgada en el portal.

³⁵ Vid. MENTXACA, R., La prenda de colectividades en Derecho romano clásico, *op. cit.*; ANDRÉS SANTOS, F. J., *Subrogación real y patrimonios especiales en el Derecho romano clásico*, Universidad de Valladolid, 1997; TRULLÉN GALVE, F., El principio de subrogación real. Algunas manifestaciones en la sexta partida del Rey Sabio, *Revista de Historia del Derecho*, núm. 2, 2000, pp. 277 y sigs.; MARÍN PADILLA, M. L., La formación del concepto de subrogación real en *RCDI* núm. 510, septiembre-octubre de 1975, pp. 1111 y sigs.; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La subrogación real en el derecho común español*, Colegios Notariales de España, 2000.

³⁶ Vid. VALLET DE GOYTISOLO: «Pignus Tabernae», *op. cit.*, pp. 486 y sigs., y Estudios sobre garantías reales, *op. cit.*, pp. 360 y sigs.

³⁷ Además de Vallet *vid.*, por ejemplo, MARÍN PADILLA, M. L., El principio general de la subrogación real en los Derechos reales de garantía y goce, en la *RCDI*, núm. 529, noviembre-diciembre de 1978, pp. 1174 y sigs. Vid. también: CORDERO LOBATO, E., Prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria en: LAUROBA-MARSAL, *Garantías reales mobiliarias en Europa*, *op. cit.*, pp. 88 y 89.

³⁸ Por todos pueden verse: TARABAL BOSCH, J., «El concepto de proceeds...», *op. cit.*, pp. 30 y sigs.; RIFFARD, J. F., *Le security interest ou l'approche fonctionnelle...*, *op. cit.*, pp. 330 y sigs.

³⁹ Vid. R.C.C. CUNNING, «Protecting security interests in proceeds: equity and the Canadian Personal Property Security Acts», en D.W.M. WATERS (ed.), *Equity, Fiduciaries and Trusts* 1993, Toronto, Carswell, 1993, pp. 423 y sigs.

⁴⁰ Vid. ilustración en BAIRD & JACKSON, *Security Interests in Personal Property*, University Casebook Series, 2 ed., 1987, Foundation Press, p. 296.

⁴¹ Vid. SERICK, R., *Garantías mobiliarias en derecho alemán*, Tecnos, 1988, traducción de CARRASCO PERERA, pp. 49 y sigs. sobre las reservas de dominio «prolongada» y «ampliada».

⁴² La Ley II, del título XIII de la Partida V reza así: «Empeñarse puede toda cosa quier sea nacida o por nascer, asi como el parto de la sierva, el fruto de los ganados, el de los árboles, el de las heredades et todas las otras rendas que los homes han de qual natura quier que sean, tambien las que son corporales como las que no lo son (...I...)». Vid. RUIZ FERNÁNDEZ, E., «El *pignus* como garantía real en la tradición romanística», en VV.AA., *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, vol. II, Ramón Areces, 2001, pp. 2135 y sigs.

⁴³ Sobre la inscribibilidad del precontrato en el Registro de la Propiedad ha escrito recientemente A. PAU en su magnífica monografía, *La prioridad registral: un nuevo enfoque*, 2004, pp. 182-185.

⁴⁴ Vid. MUÑOZ-SECA Y DE ARIZA, J., *La hipoteca mobiliaria y el crédito a las industrias*, Instituto editorial Reus, Madrid, 1961, pp. 254 y sigs.

⁴⁵ Es bien conocido que el término «prenda flotante» es polisémico. Vid. por todos: MARSAL GUILLAMET, J., Las prendas flotantes. Un término polisémico, en LAUROBA-MARSAL, *Garantías reales mobiliarias en Europa*, *op. cit.*, pp. 355 y sigs. Aquí se emplea para referirse a la «*flotaing charge*» del Derecho británico en el sentido expuesto en el texto.

⁴⁶ También de esta opinión es CORDERO LOBATO, E., Prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria..., *op. cit.*, p. 89.

⁴⁷ La bibliografía es abundantísima. Déjeseme citar tan solo las siguientes publicaciones: ALI, P.A.U., *The Law of Secured Finance*, *op. cit.*, pp. 114 y sigs.; GOWER AND DAVIES, 8th ed., *Principles of Modern Company Law*, Thomson, London, 2008, pp. 1196 y sigs.; FERRAN, E., *Company Law and Corporate Finance*, Oxford, 1999, pp. 507 y sigs. Una buena exposición del estado de la cuestión: MOKAL, R., *The Floating Charge. An Elegy*, *Commercial Law and Commercial Practice*, Sarah Worthington, ed., Oxford: HART, August 2003.

⁴⁸ *Vid.* RIFFARD, J.-F., *Le security interest...*, *op. cit.*, p. 340.

*(Trabajo recibido el 8-7-2015 y aceptado
para su publicación el 28-7-2015)*