

Una «lectura americana» del artículo  
111.1.<sup>º</sup> LH. La concurrencia de  
gravámenes, mobiliario e inmobiliario,  
sobre bienes muebles pertenenciales tras  
la reforma del artículo 2.<sup>º</sup> LHM y PSD

*An «American Reading» of Section  
111.1 of the Spanish Mortgage Act.  
Concurrent Chattel and In-rem  
Encumbrances on Fixtures Subsequent  
to the Reform of Section 2 of the  
Spanish Act on Chattel Mortgages and  
Non-possessory Pledges*

por

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO  
*Registrador de la Propiedad*  
*Catedrático contratado por la Universidad de Cataluña*

RESUMEN: En el caso de que, por el pacto expreso a que se refiere el artículo 111.1.<sup>º</sup> LH, la hipoteca se extienda a los bienes muebles colocados —o por colocar— en el fundo hipotecado, estamos ante una garantía real que

(parcialmente) grava un conjunto dinámico de bienes muebles: los llamados «bienes inmuebles por destino» o «pertenenciales». La sujeción real de la hipoteca sobre tales muebles que conforman un conjunto pertenencial es similar a la que se consigue, sobre bienes determinados genéricamente, merced a otras figuras típicas de garantías mobiliarias, singularmente, con la prenda sin desplazamiento de la posesión. En el artículo se examina cómo la hipoteca inmobiliaria *ex artículo 111.1º LH* no sujeta al bien mueble adscrito al fundo hipotecado con una plena reipersecutoriedad frente a terceros, de suerte que la separación del bien mueble del inmueble entraña desafectación del gravamen inmobiliario... aunque la desafectación no se inscriba en el Registro de la Propiedad. No obstante lo cual, incólume la adscripción pertenencial, se pueden producir ahora, tras la derogación del antiguo artículo 2º LHM y PSD por la reforma del año 2007, problemas nada sencillos de resolver de concurrencia y colisión de varios gravámenes, mobiliarios e inmobiliarios, sobre los mismos bienes pertenenciales («fixtures»). El autor estudia tales supuestos de colisión (el caso fácil de que se inscriba antes la garantía mobiliaria y el caso difícil en que se inscribe antes la hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión) a la luz de la experiencia internacional sobre garantías mobiliarias en los ordenamientos jurídicos de la familia del famoso Article 9 Uniform Commercial Code.

*ABSTRACT: Section 111.1 of the Spanish Mortgage Act allows the parties to a mortgage to covenant expressly that the mortgage covers the chattel goods permanently placed on the mortgaged property at that time or in future. Where such a covenant is made, the in-rem security interest partially covers a dynamic set of chattel goods known as fixtures. The chattels comprising the set of fixtures are subjected to the mortgage in a way similar to that in which goods determined generically are subjected to other well-known types of security interests in chattel goods, especially non-possessory pledges. This article examines how a mortgage on real property under section 111.1 of the Spanish Mortgage Act fails to subject fixtures to a creditor's full right of pursuit vis-à-vis third parties. When fixtures are removed from the mortgaged property, they are in effect released from the mortgage, even though their release is never registered. Now that section 2 of the Spanish Act on Chattel Mortgages and Non-possessory Pledges has been repealed by the 2007 reform, even when fixtures remain in place problems may nevertheless arise concerning concurrent and colliding chattel and in-rem encumbrances pertaining to the same fixtures. These problems will be far from simple to solve. The events where encumbrances may collide range from the easy (the case in which the security interest in the chattel goods is registered first) to the hard (the case in which the real property mortgage is registered first and includes a fixture coverage covenant). The author examines the gamut of possibilities in the light of international experience with security interests under legislation in the same family as the famous article 9 of the Uniform Commercial Code.*

PALABRAS CLAVE: Bienes Muebles registrables. Pertenencias. Hipoteca inmobiliaria. Hipoteca Mobiliaria. Prenda sin desplazamiento.

KEY WORDS: *Security interest in tangibles. Fixtures and fixture filing. Priorities between movable & immovable security interests.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SUJECIÓN «REAL» DEL «CONJUNTO MOBILIARIO PERTENENCIAL» AL GRAVAMEN HIPOTECARIO DEL ARTÍCULO 111. 1.<sup>º</sup> LH.—III. EL «CASO FÁCIL» DEL ARTÍCULO 75 LHM y PSD: GRAVAMEN MOBILIARIO PREVIAMENTE INSCRITO EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES E HIPOTECA INMOBILIARIA DEL ARTÍCULO 111.1.<sup>º</sup> LH, DE POSTERIOR INSCRIPCIÓN: 1. RECONOCIMIENTO DEL RANGO PREFERENTE DE LA PRIMERA GARANTÍA INSCRITA (ES DECIR: LA MOBILIARIA). 2. UN BREVE REPASO DEL DEFICIENTE MECANISMO DE COORDINACIÓN INTER-REGISTRAL PREVISTO PARA ESTOS CASOS. 3. LA SALVAGUARDIA DE LOS DERECHOS PREFERENTES DEL acreedor CON GARANTÍA REAL MOBILIARIA EN EL CASO DE EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES MOBILIARIA E INMOBILIARIA.—IV. EL «CASO DIFÍCIL» NO PREVISTO EN LA LEY: HIPOTECA INMOBILIARIA PREVIAMENTE INSCRITA DEL ARTÍCULO 111.1.<sup>º</sup> LH Y, SUBSISTIENDO INCÓLUME LA ADSCRIPCIÓN PERTENENCIAL DE LA COSA MUEBLE AL FUNDO, CONSTITUCIÓN DE UN SEGUNDO O ULTERIOR GRAVAMEN MOBILIARIO SOBRE PERTENENCIAS: 1. LA AFORTUNADA, PERO PROBLEMÁTICA, DESAPARICIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DAR EN GARANTÍA MOBILIARIA TÍPICA BIENES PREVIAMENTE GRAVADOS. 2. UN PROBLEMA MENOR: LA COORDINACIÓN INTER-REGISTRAL EN ESTOS CASOS. 3. LA TESIS «TRADICIONAL» DE LA PREFERENCIA BASADA EN LA PRIORIDAD EN LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LAS RESPECTIVAS GARANTÍAS MOBILIARIA E INMOBILIARIA.—V. LA TESIS QUE SE DEFIENDE AQUÍ DE «INVERSIÓN PREFERENCIAL» EN EL CASO DE GARANTÍAS CONSTITUIDAS PARA FINANCIAR LA ADQUISICIÓN DEL BIEN PERTENENCIAL CUYO PRECIO NO HAYA SIDO ÍNTEGRAMENTE SATISFECHO: 1. EL SUPUESTO PARADIGMÁTICO DE LOS BIENES MUEBLES PERTENENCIALES FINANCIADOS CON RESERVA DE DOMINIO/PROHIBICIÓN DE ENAJENAR. 2. LA HIPOTECA MOBILIARIA O PREnda SIN DESPLAZAMIENTO POSTERIOR PERO CONSTITUIDA PARA FINANCIAR LA ADQUISICIÓN DEL BIEN PERTENENCIAL.

## I. INTRODUCCIÓN

En las garantías reales impuestas sobre «conjuntos dinámicos de bienes muebles» (en que se determina el conjunto mobiliario como unidad objetiva del derecho de garantía real y los bienes susceptibles de ser parte integrante del

mismo se identifican *ex ante* y *sub specie universitatis*)<sup>1</sup>; naturalmente interesa a las partes sujetar a la garantía que se constituya ciertos bienes muebles futuros ... con efectos «automáticos» desde la entrada de los bienes en el conjunto. De esta manera, se permite que queden «cubiertas» con las nuevas entradas —de bienes de sustitución o de reemplazo— los «huecos» dejados en el contenido del conjunto mobiliario por salidas de los bienes que se desafectan del gravamen por su empleo, uso o aplicación<sup>2</sup>.

A diferencia de lo que ocurrió en otros ordenamientos que resistieron la eficacia jurídica de tales negocios<sup>3</sup>, en puro Derecho privado español, no se ven obstáculos para que puedan sujetarse a una garantía real sin desplazamiento de posesión bienes muebles futuros, ya que el artículo 1271 CC permite contratar sobre cosas futuras. Ni siquiera puede aducirse en favor de la (presunta) prohibición de constitución de tales garantías razones históricas: quizás convenga recordar que Las Partidas admitieron expresamente el «*pignus*» sobre cosa futura<sup>4</sup>. El Derecho romano admitió sin empacho, desde muy antiguo, la pignoración de colectividades<sup>5</sup>.

Por el contrario, la doctrina civilista unánimemente defiende la *eficacia meramente obligacional* del convenio de prenda común (la prenda manual) sobre cosa futura.

En nuestro Derecho positivo existe la posibilidad, expresamente reconocida por la Ley, de constituir garantías reales no posesorias sobre cosas muebles corporales futuras al amparo de lo establecido en la propia LH (el caso del artículo 111.1º LH es paradigmático), en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de 1954, en la Ley de Navegación Marítima (respecto de la hipoteca naval), etc. En estos casos, los efectos jurídico-reales de la garantía real se despliegan *erga omnes*, en principio, desde la regular constitución registral de la garantía (así ocurre con la prioridad); aunque, como es lógico, la tal garantía sujetará a la cosa mueble futura con efectos reales frente a terceros solamente en el supuesto de que la cosa mueble contemplada en el contrato de garantía llegare a existir. Dicho de otro modo, la existencia de la cosa mueble funciona como *conditio iuris* de la eficacia real de la garantía sobre cosa futura, pero los efectos reales *erga omnes* se retrotraen, en principio, al momento de constitución registral de la garantía.

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]<sup>6</sup>.

Así las cosas, nuestro vetusto sistema legal de garantías reales tolera una generosa extensión objetiva de las garantías reales típicas —mobiliarias e inmobiliarias— sobre bienes muebles futuros o de reemplazo, sobre bienes muebles subrogados a los previamente gravados y sobre bienes accesorios o luego

unidos a los bienes anteriormente sujetos a la garantía (partes integrantes y pertenencias). En todos estos supuestos, se puede plantear un típico caso difícil en Derecho de garantías referente a cómo deben resolverse los conflictos de concurrencia y colisión de varios, múltiples, derechos de garantía real o gravámenes sobre el mismo bien mueble, principal o pertenencial. En relación con los bienes pertenenciales, hay que tener muy presente que la eventual adscripción pertenencial de una cosa mueble al servicio de un inmueble no impide que puedan las pertenencias ser objeto de negocios y gravámenes específicos impuestos sobre aquella como bien mueble que sigue siendo. Así se dice, por ejemplo, en el muy citado artículo 818 CCivile italiano y es algo pacífico entre nosotros.

Más aún, particular atención merece la cuestión referente a la posible concurrencia de varios gravámenes mobiliarios (susceptibles de inscripción en el correspondiente registro de bienes muebles) e inmobiliarios (inscribibles en el Registro de la Propiedad) sobre las pertenencias inmobiliarias. Nos referimos, como es obvio, a los problemas que se estudian en los ordenamientos pertenecientes a la familia del famoso «Article 9» del Uniform Commercial Code norteamericano bajo el epígrafe de *«fixtures»* o *«fixture securities»* y como *«attachment to immovable property»* en la valiosa Guía Legislativa del UNCITRAL sobre garantías mobiliarias (UNCITRAL Legislative Guide on Securities Transactions del año 2010; Recomendaciones números 43, 87 y sigs., y 184)<sup>7</sup>.

A falta de la tan deseada y prometida nueva Ley de garantías mobiliarias, me propongo examinar cómo funciona la cuestión en nuestro Derecho positivo vigente tras la reforma fundamental operada en la LHM y PSD en su artículo 2.<sup>º</sup>, tomando en consideración el supuesto «clásico» de una hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión a bienes muebles pertenenciales según el artículo 111.1.<sup>º</sup> LH<sup>8</sup>. Para simplificar la exposición argumentativa me voy a limitar a plantear los problemas obvios de la colisión entre la hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión a muebles y las garantías reales mobiliarias típicas de la Ley de 1954 teniendo en cuenta que las conclusiones deberían poder generalizarse a otros casos funcionalmente análogos.

## II. LA SUJECIÓN «REAL» DEL «CONJUNTO MOBILIARIO PERTENENCIAL» AL GRAVAMEN HIPOTECARIO DEL ARTÍCULO 111. 1.<sup>º</sup> LH

Como es de sobra conocido, en los ordenamientos hipotecarios existentes en nuestro entorno jurídico, suele existir una norma según la cual la hipoteca se extiende por ministerio de la Ley no solo a las partes integrantes sino, también, a los bienes muebles «pertenenciales» colocados al servicio del fundo hipotecado. En nuestro Derecho hipotecario, tras la Ley de 1909, esa extensión objetiva solamente se produce cuando media un pacto expreso en el título de

constitución... si bien, en la práctica, tal pacto ha terminado por convertirse en verdadera cláusula de estilo<sup>9</sup>.

Desde el momento de la inscripción de la hipoteca con el pacto de extensión a muebles del artículo 111.1.<sup>a</sup> LH (en principio, pues, con la prioridad de la garantía ganada *erga omnes* desde su inscripción registral); la hipoteca inmobiliaria se extiende no solamente a los bienes muebles que en ese momento de su constitución estuvieren «*colocados permanentemente en la finca hipotecada*», sino, también, a los que posteriormente quedaren adscritos al mismo fundo hipotecado por vinculación pertenencial ... y siempre que la finca no pasare a tercer poseedor *ex arts.* 112 y 113 LH<sup>10</sup>.

Según ha dicho SAAVEDRA FAJARDO en su monografía sobre el tema, los bienes muebles a que se refiere el artículo 111.1.<sup>º</sup> LH son «*aquellos que están colocados en el inmueble hipotecado, y que guardan con el mismo una relación de servicio, pero que no se han integrado en la estructura orgánica del mismo, no pertenecen a su constitución esencial, sino que simplemente se han ubicado en él y contribuyen a aumentar su funcionalidad sin llegar a ser parte del bien principal (...)*»<sup>11</sup>.

Existe un cierto consenso doctrinal y jurisprudencial sobre los requisitos que deben cumplirse para que los bienes muebles pertenenciales se consideren afectos a la hipoteca inmobiliaria *ex artículo 111.1.<sup>º</sup> LH*. Son los siguientes:

- a) Que exista una *relación de servicio* de la cosa mueble pertenencial al fundo hipotecado;
- b) Que esa relación *tenga cierta estabilidad o permanencia* sin llegar a que la cosa mueble conforme la estructura de la finca (de lo contrario, serían partes integrantes, no pertenencias);
- c) Que por parte del dueño/hipotecante se produzca un *acto voluntario de destinación o afectación* del bien inmueble por destino al fundo hipotecado (adscripción pertenencial o «*inmovilización*»)<sup>12</sup>.

Estas mismas notas se infieren del único texto en Derecho positivo español en que se define «pertenencia»: el artículo 60 de la Ley de Navegación Marítima (en este caso, estamos ante «pertenencias mobiliarias» de un buque). En su apartado 3 se nos dice que «*son pertenencias los elementos destinados al servicio del buque de un modo permanente, pero que no integran su estructura*». La RDGRN de 5 de mayo de 2000 expresa lo mismo de otra manera: la sujeción del bien mueble mediante el pacto requiere de un lado «*la circunstancia subjetiva de pertenecer al hipotecante*» (así se sigue del art. 112 LH *a contrario*) y «*la objetiva*» de colocación en la finca y destinación objetiva a la explotación... «*y en tanto se mantenga*».

Para emplear la terminología usual en Derecho comparado de garantías mobiliarias, la hipoteca inmobiliaria del artículo 111.1.<sup>º</sup> LH se extiende sobre un

conjunto de bienes presentes y, eventualmente, sobre «*after-acquired property*» (bienes muebles de futura incorporación al conjunto mobiliario pertenencial). Precisamente, la jurisprudencia del TS y la doctrina de la DGRN tienen sentada doctrina acerca de la «extensión dinámica» de la hipoteca inmobiliaria del artículo 111.1.<sup>º</sup> LH. Según dicha doctrina, *la extensión objetiva de la hipoteca constituida sobre muebles pertenenciales no se limita a los bienes existentes al momento de constituirse la hipoteca inmobiliaria (los entonces «colocados» en la finca), sino que también, a los que adquieran la condición de pertenencia inmobiliaria durante la vida de la hipoteca y considerándose como «estado final» de la extensión sobre pertenencias el momento de ejecución de la hipoteca*: cfr. SSTS 3 de enero de 1905, 14 de marzo de 1987; 21 de diciembre de 1990; 28 de febrero de 1991 y más recientemente, la de 27 de junio de 2007.

Obviamente, quien puede lo más puede lo menos, y es perfectamente posible que el título de constitución se limite a indicar que la hipoteca inmobiliaria se extiende solamente a los bienes muebles colocados en ese momento en la finca (o solamente a ciertos bienes muebles que se indican en el título) y sin que se infiera del pacto la extensión de la hipoteca a bienes futuros. Determinar cuándo ocurre tal cosa remite a la interpretación del contrato. Así, por ejemplo, la STS de 14 de diciembre de 2000 entendió que del examen del pacto de extensión habría que concluir que la voluntad obligacional del deudor hipotecario en relación con los bienes muebles del artículo 111.1.<sup>º</sup> LH se limitaba a los muebles que ya estuvieren colocados en la finca en el momento de pactar la constitución. La doctrina de la última sentencia es rigurosísima y vale como una presunción de no extensión de la hipoteca a los bienes futuros cuando el título no es suficientemente claro y se limita a indicar que se extiende «a los muebles colocados en la finca» (a contrario sensu: no a los que han de colocarse en el futuro). En cláusulas similares a la contemplada en esa sentencia, el Supremo ha defendido sin reparos que la hipoteca se extiende a pertenencias futuras (*vid.* por ejemplo, la STS de 21 de diciembre de 1990).

La hipoteca inmobiliaria con extensión sobre «*bienes inmuebles por destino*» (cfr. arts. 334 CC, apartados 4, 5, 6 y 7) sujeta, pues, al gravamen inmobiliario, *un verdadero conjunto o universalidad de bienes muebles, presentes y futuros, determinados genéricamente ex ante por su actual o potencial adscripción pertenencial al fundo hipotecado*.

La doctrina civilista mayoritaria distingue entre bienes fungibles y bienes genéricos<sup>13</sup>.

*Cosas fungibles* son las que pueden sustituirse unas por otras en vista de su indistinguibilidad en el tráfico. La fungibilidad es una cualidad (objetiva) de determinadas categorías de bienes que se infiere de la común o general consideración social de los mismos. 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 (una suerte de «fungibilidad subjetiva»). Se habla entonces de «determinación genérica» de ciertos bienes cuando una prestación comprometida en cierto negocio jurídico se refiere, por voluntad de las partes, 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 con la especificación individual que sea: el pura sangre «Lucero», por ejemplo).

No es necesario que en la hipoteca se describan los bienes muebles específicamente, ni siquiera detallar los que en ese momento figuran instalados o colocados en el inmueble hipotecado. No juega aquí el principio de especialidad hipotecaria: «*Ninguna norma restringe la validez y eficacia de dicho pacto a que se concreten, describan o identifiquen cuáles sean esos bienes que pueden verse afectados por el pacto de extensión de la hipoteca inmobiliaria*» (cfr. RDGRN de 5 de mayo de 2000). En el mismo sentido se ha pronunciado el TS (por todas, la última de 28 de mayo de 2007)<sup>14</sup>.

Se ha afirmado con razón que la constancia registral, en su caso, de un cierto bien mueble de naturaleza pertenencial en la descripción de la finca que resulta de la inscripción de la hipoteca en el *Registro de la Propiedad* constituye un mero «dato de hecho» que no está cubierto por la legitimación/fe pública registral. *Vid.* por todas, la RDGRN 19 de noviembre de 1943: «*la fe pública registral no actúa en estos casos y sobre los muebles incorporados con la plenitud que de ordinario alcanza en su desenvolvimiento normal, porque el Registro no puede garantizar las complejas situaciones que nacen de este estado de hecho*». El acreedor con pacto de extensión que no esté en condiciones de probar el título del hipotecante se expone a perder su derecho sobre las pertenencias en caso de interposición de tercera de dominio por un tercero y sin que la mera mención a los muebles en el asiento permita presuponer dicho dominio por el hipotecante<sup>15</sup>.

Por su parte, la STS de 10 de mayo de 1989 lo dice claramente: no es admisible la tesis según la cual la protección de la publicidad registral dispensada por el sistema hipotecario (del Registro de la Propiedad) se extiende a los bienes muebles colocados en la finca hipotecada. Si bien el acreedor ex artículo 111.1.<sup>º</sup> LH está legitimado ex artículo 38 LH para ejercitar la acción hipotecaria sobre la finca juntamente con sus pertenencias, no puede pretender el amparo del artículo 34 LH frente a quien por ejemplo, ha embargado la cosa mueble

antes de que se constituyera la hipoteca (es el caso de la STS de 10 de mayo de 1989 antes citada).

Dicho de otro modo, y en contra de lo que parece sostienen algunos autores<sup>16</sup>: aunque se describieran los muebles minuciosamente (específicamente) en el título de constitución de la hipoteca y, luego, en la inscripción en la hoja abierta a la finca, *no puede pretenderse sujetar mediante la vía del artículo 111.1.<sup>º</sup> LH, «directa y automáticamente», ciertos y determinados o específicamente señalados bienes pertenenciales con eficacia reipersecutoria plena frente a terceros*<sup>17</sup>. El Registro de la Propiedad es una institución funcionalmente inidónea para este propósito: será necesario a este fin constituir una autónoma garantía real mobiliaria; por ejemplo, una hipoteca mobiliaria de maquinaria de los artículos 42 y sigs. LHM y PSD con la eficacia reipersecutoria plena de la hipotecamobiliaria que la Ley consagra en el fundamental artículo 16 LHM y PSD y con determinación específica del bien mueble registral en el Registro público adecuado. Registro adecuado que no es el Registro de la Propiedad sino el Registro de Bienes Muebles.

Tratándose de bienes muebles registrables, la forma de determinación de cómo queda sujeto el dicho bien a una cierta garantía real típica tiene, como es obvio, evidente trascendencia.

En el modelo legal de doble garantía mobiliaria de la LHM y PSD (hipotecamobiliaria/prenda sin desplazamiento), con nuestro sistema tasado de doble lista de bienes muebles registrables susceptibles del respectivo gravamen, la hipoteca mobiliaria parece responder al esquema de gravamen sobre bien individual 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 de bienes corporales que se gravan como tal conjunto... sin identificación individual de cada bien que compone el conjunto. A estos efectos, se establecen 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. 12-18) y las reglas particulares de la prenda sin desplazamiento que siguen al catálogo de bienes pignorables (arts. 55-66).

Sin embargo lo anterior:

(i) Existe alguna modalidad de hipoteca que recae o puede recaer —más bien se extiende— no sobre un cierto bien mueble en concreto, específicamente determinado, sino, también, sobre un conjunto de bienes que incluye bienes determinados genéricamente. Así ocurre en la hipoteca de establecimiento y en nuestra hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión del artículo 111.1.<sup>º</sup> LH;

(ii) De otro lado, es posible que las partes pretendan que se sujete a prenda sin desplazamiento un bien específico perfectamente individualizado pero no susceptible de hipoteca (el pura sangre «Lucero», un Goya de mi colección) y,

también, por ejemplo, un conjunto de bienes de los cuales algunos son identificados *in genere* junto con otros bienes, que forman también parte integrante del mismo conjunto, pero que interesa sujetar individual o específicamente<sup>18</sup>.

En suma, la sujeción real del conjunto pertenencial al gravamen inmobiliario *ex artículo 111.1º LH* es equivalente a la que en la hipoteca mobiliaria de establecimiento afecta, salvo pacto en contrario, al conjunto mobiliario pertenencial formado *ex artículo 21 a) LHM y PSD* por las «*máquinas, mobiliarios, utensilios y demás instrumentos de producción y trabajo*». Más aún: equivalente sujeción del conjunto pertenencial mobiliario puede conseguirse mediante una autónoma prenda sin desplazamiento de maquinaria que se describa genéricamente *ex ante* por razón de su *status loci* de adscripción a una determinada explotación *ex artículo 53 Primero LHM y PSD*. En cambio, la sujeción real *ex artículo 111.1º LH* es muy diferente de la de la hipoteca mobiliaria de maquinaria industrial de los artículos 42 y siguientes de la LHM y PSD.

Una máquina o aparato industrial puede considerarse ejemplo prototípico de bien hipotecable por su perfecta identificabilidad registral: 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 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 reipersecutoriedad de la garantía inscrita frente a terceros— sino como mercadería (imaginemos el «*stock*» de máquinas ubicadas en un establecimiento de venta de artefactos o un «*stock*» de vehículos no matriculados en un concesionario) o como parte de un conjunto dinámico de bienes corporales no identificados individualmente (por ejemplo, si se dijere: todo el utilaje 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) LHM y PSD. 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 LHM y PSD y con necesaria y exigente individualización (*vid.* las RRDGRN de 16 noviembre de 1972, 6 de octubre de 1994, 16 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.<sup>º</sup> LHM y PSD, cuando faltan los requisitos de afección pertencial a una empresa censada exigidos por el artículo 42 LHM y PSD.
- d) Como *mercadería* (imaginemos en una tienda de venta de motores) *en hipoteca de establecimiento con cláusula de extensión ex* artículo 22 LHM y PSD o en prenda sin desplazamiento del artículo 53.2.<sup>º</sup> LHM y PSD.
- 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.<sup>º</sup> LHM y PSDPS o en *hipoteca de establecimiento con cláusula de extensión ex* artículo 22 LHM y PSD.
- f) Como bien de uso doméstico (una máquina para el jardín de casa), susceptible de prenda sin desplazamiento *ex* artículo 54 LHM y PSD en relación con el artículo 70. 4.<sup>a</sup>.
- 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.<sup>º</sup> LH.
- i) Como *pertenencia de buque o aeronave* susceptible de ser gravada con la hipoteca respectiva: hipoteca naval e hipoteca mobiliaria, respectivamente.

En cuanto a la posible desafectación de la cosa mueble de la hipoteca por la separación del mueble del fundo hipotecado, de lo dicho anteriormente se deriva lo siguiente: (i) El adquirente de un antiguo bien pertenencial recibe el bien mueble separado de la finca hipotecada como bien libre de hipoteca... salvo que el tercero hubiera sido cómplice en el fraude de los derechos del acreedor hipotecario; (ii) Mientras permanezca incólume la adscripción pertenencial, el

eventual adquirente de derechos sobre la cosa mueble, aunque sea de buena fe, debe soportar la extensión objetiva debidamente inscrita de la hipoteca (doble publicidad: la registral y la de hecho inherente al *status loci*)<sup>19</sup>. En el mismo sentido expuesto, *vid.* en Derecho alemán los && 1120 y 1121 BGB<sup>20</sup>.

En principio, y a salvo lo pactado en contrario, de nuestra Ley no se infiere que el hipotecante adquiera frente al acreedor hipotecario *ex artículo 111.1.º LH* ninguna obligación particular de conservación del conjunto mobiliario pertenencial. Obviamente, puede pactarse en el título constitutivo, a cargo del hipotecante, y frente a su acreedor hipotecario, la obligación de sujetar a la autorización del acreedor la separación del bien mueble o ciertos deberes singulares de conservación de los muebles pertenenciales análogos a los previstos para la prenda sin desplazamiento en los artículos 59 y sigs. LHM y PSD e, incluso, imponer al hipotecante la obligación de mantener, mediante el regular reemplazo o reposición conforme a los usos del comercio, bienes muebles pertenenciales «*en cantidad y valor igual o superior al que se haya determinado en la escritura de hipoteca*» (cfr. art. 22 LHM y PSD). Fuera de estos casos, y siempre debiéndose cumplir con lo establecido en el contrato, el hipotecante puede voluntariamente desafectar los bienes muebles antes adscritos al fundo hipotecado por su simple «desinmobilización» y cuando lo considere oportuno conforme a las condiciones usuales o habituales en el tráfico para la administración y gestión del conjunto inmobiliario: la sujeción es reversible por decisión (voluntaria) del dueño de la cosa mueble incorporada al fundo, de ruptura del vínculo pertenencial.

Aunque nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina no sean en este aspecto particularmente claras (suele citarse en favor de la tesis que sostengo aquí la ST de 10 de mayo de 1989), defiendo con otros que la ruptura del vínculo pertenencial de los muebles anteriormente adscritos al fundo hipotecado por decisión del hipotecante y realizada durante la fase de seguridad de la hipoteca (su «desinmobilización»), produce una liberación del gravamen hipotecario respecto de los bienes muebles desafectos<sup>21</sup>. No existe aquí (como no existe en la prenda sin desplazamiento impuesta sobre bienes muebles determinados genéricamente) un derecho de reipersecutoriedad sobre el bien pertenencial separado y contra tercero adquirente: el acreedor hipotecario no puede hacer valer *erga omnes* la extensión objetiva de su garantía inmobiliaria sobre el bien mueble separado del fundo hipotecado cuando este, por ruptura del vínculo de adscripción, queda fuera del *status loci* determinado en la constitución de hipoteca.

Todo ello se entiende, por supuesto, sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponder al acreedor hipotecario por los perjuicios causados por el desmerecimiento injustificado de la base objetiva de su garantía (pensemos en desvinculaciones que carecen de justificación objetiva, realizadas manifestamente fuera de la ordinaria gestión del conjunto inmobiliario o solamente realizadas con el propósito de perjudicar al acreedor hipotecario), del posible

ejercicio de la acción de resolución anticipada del contrato cuando tal cosa proceda o se hubiera pactado y, por supuesto, del derecho que ostenta el acreedor hipotecario como consecuencia del reconocimiento en su favor de la acción de devastación *ex artículo 117 LH*. Ni que decir tiene que la desvinculación negligente o fraudulenta del bien pertenencial (contraria a los deberes de conservación cuando existan) no es oponible al acreedor hipotecario por parte del tercero adquirente cuando el dicho adquirente de la cosa desafectada actuó de mala fe y conocedor de que la desvinculación se realizaba en fraude del gravamen inmobiliario (cfr. por analogía la STS 3 de julio de 1987 sobre bienes adquiridos en pública subasta por tercero de mala fe conocedor de la existencia de pacto de reserva de dominio).

Desafecta la cosa mueble de la hipoteca mediante la separación/desvinculación de aquella del fundo hipotecado, la misma puede darse en garantía mobiliaria autónoma a favor de otro acreedor de buena fe... que la recibe como primera garantía. En cambio, si permanece incólume el vínculo pertenencial (la cosa mueble sigue colocada en el inmueble) ni siquiera el tercero adquirente de buena fe puede pretender ignorar la garantía preferente del acreedor hipotecario con pacto de extensión.

El problema se ha venido planteando en la doctrina en relación con la discutida posibilidad de constituir una hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento «autónomas» sobre bienes muebles que antes estaban adscritos a un fundo hipotecado *ex artículo 111.1.<sup>º</sup> LH* o que antes estaban sujetos a una hipoteca sobre establecimiento *ex artículos 19 y sigs. LHM y PSD* (y a la vista de la extensión, salvo pacto en contrario, en esta última sobre maquinaria pertenencial *ex artículo 21 de la misma Ley*). Un caso típico que se examinaba era el de la retirada de una máquina del inmueble hipotecado con pacto de extensión para su adscripción a otro establecimiento o finca del mismo dueño con sujeción, en su caso, a una nueva garantía mobiliaria o inmobiliaria sobre el bien desafectado y vuelto a sujetar a gravamen.

Un importante sector doctrinal ha defendido que la ruptura de la relación pertenencial del bien mueble en cuestión no produce su liberación del gravamen inmobiliario preexistente *ex artículo 111.1.<sup>º</sup> LH* o de una desafectación en fraude del derecho del acreedor hipotecario mobiliario de los muebles a que se extiende la hipoteca de establecimiento con pacto de extensión del 21 LHM y PSD. Se decía que tal tesis contravenía —o constituía un fraude de— lo previsto en el viejo artículo 2.<sup>º</sup> LHM y PSD que prohibía dar en garantía mobiliaria típica bienes previamente gravados. Entre otras cosas, también se dijo en defensa de la continuación o prolongación del gravamen inmobiliario no obstante la «desinmobilización» de la antigua pertenencia, que tal tesis era una exigencia derivada del efecto propio de la reipersecutoriedad hipotecaria: la hipoteca sujeta los bienes hipotecados cualquiera que sea su poseedor a la seguridad del crédito garantizado (*vid. art. 16 LHM y PSD*).

Esta opinión no me convence. Me inclino por seguir la defendida por otro sector doctrinal que arguye precisamente en defensa de lo contrario que acabamos de exponer —la ruptura del gravamen inmobiliario significa o entraña la desafectación— y en favor de la eventual licitud de una nueva hipoteca inmobiliaria (adscripción a una finca con otra preexistente hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión), mobiliaria o prenda sin desplazamiento del bien desafectado (CARRASCO PERERA, RUIZ DE VALDIVIA). Todo ello en base al entendimiento arriba defendido de la naturaleza «dinámica» del gravamen sobre pertenencias inmobiliarias *ex artículo 111.1.º LH* y que vale también para los casos de hipoteca mobiliaria de establecimiento, por ejemplo.

La razón para mantener en su posición jurídica al acreedor con derechos sobre la cosa desafecta no es, desde luego, que el nuevo acreedor con hipoteca inmobiliaria, mobiliaria o con prenda sin desplazamiento del bien previamente desafectado y vuelto a gravar sea un tercero protegido por ser adquirente de buena fe *ex artículo 34 LH* (así: MONTSERRAT VALERO). En un registro de gravámenes no opera la protección de la fe pública registral como en un registro de la propiedad pleno: no puede aducirse un artículo 34 LH en favor del acreedor garantizado en su condición de «adquirente de buena fe». Además, no cabe una adquisición *a non domino ex artículo 464 CC* del derecho de hipoteca mobiliaria, entre otras cosas, porque el acreedor hipotecario no entra en la posesión de la cosa (requisito imprescindible para la tutela posesoria).

El problema que resta por tratar es el siguiente: constante la adscripción pertenencial de la cosa mueble al fundo, ¿cómo debe resolverse el caso de la eventual concurrencia de varias garantías, inmobiliarias y/o mobiliarias, sobre la misma cosa mueble adscrita al fundo?

En Derecho comparado suele establecerse el principio según el cual *la destinación de cosa mueble al servicio de una inmueble —adscripción pertenencial— no perjudica los derechos preexistentes sobre aquella en favor de terceros*. *Vid.* como ejemplo paradigmático de tal norma lo que se establece en el artículo 819 *Codice Civile*, las recomendaciones 195 y 196 del UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, y entre nosotros en el confusísimo artículo 62.2 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. Con todo, la interpretación de la regla no es trivial.

Como demuestra el Derecho comparado, para formular con algún grado de eficiencia una norma sobre la prioridad de las garantías reales sobre los «fixtures» se hace al menos necesario determinar cuál es el sistema/procedimiento idóneo de publicidad registral de la sujeción real de la pertenencia (registro mobiliario o/y inmobiliario) y, en el orden sustantivo, cuál es la regla adecuada de prioridad aplicable a la múltiple concurrencia de gravámenes mobiliarios e inmobiliarios sobre la cosa mueble adscrita al fundo (regla que suele formularse bajo el modelo de la «prior tempore potior iure» como regla general más una excepción en favor del «purchase money security interest»).

Los sistemas jurídicos afiliados al modelo del artículo 9 UCC norteamericano siguen el criterio de la doble publicidad registral, mobiliaria e inmobiliaria, para la perfección (= oponibilidad) de una «*security interest*» sobre bien mueble que tiene —o adquiere— la condición de «*fixture*».

La regulación contenida ahora en el & 9-334 UCC presenta una terrible complejidad. La idea básica es que el acreedor garantizado con una *security interest* sobre bien mueble pertenencial debe registrar, también, su derecho en el Registro de la Propiedad correspondiente para su oponibilidad frente a los titulares de derechos reales inmobiliarios sobre la finca (terceros adquirentes de la finca; titulares de un derecho real inscribible, acreedores hipotecarios). Es la «*fixture filing*». La garantía real mobiliaria perfecta (es, por regla general, la inscrita en el registro mobiliario) que recae sobre bien pertenencial o sobre un bien que adquiere luego de constituida aquella la condición de pertenencial, goza de «prioridad inmobiliaria» precisamente desde que se produce el «*fixture filing*» del gravamen mobiliario en el Registro de la Propiedad (cfr. subsection (e) 1 del & 9-334). Existe una notable excepción a esta regla en el caso de las «*purchase money security interests*» sobre pertenencias inmobiliarias que constituyen los supuestos más frecuentes («*Fixtures purchase-money priority*»): garantías mobiliarias constituidas para asegurar el pago del precio de adquisición financiado de un bien pertenencial (cfr. subsection (d) del & 9-334). En tal caso, conforme a una regla habitual en este tipo de garantías del precio aplazado, se concede al acreedor garantizado un periodo de gracia de 20 días a contar desde la constitución de la relación pertenencial para hacer constar el gravamen sobre cosa devinida pertenencial en el Registro de la Propiedad y de esta suerte ganar la prioridad incluso sobre derechos y gravámenes inmobiliarios anteriores e impuestos sobre la finca. Así, aunque exista una hipoteca inmobiliaria anterior e inscrita en el Registro de la Propiedad; el acreedor por precio aplazado (un vendedor, por ejemplo) con una garantía posterior sobre un bien mueble dispone de hasta 20 días desde la afectación de la cosa a la finca para ganar prioridad sobre la hipoteca inmobiliaria. En la práctica, ante la posibilidad de que una cosa mueble susceptible de ser destinada al servicio de un inmueble adquiera la condición de pertenencial, los acreedores con derechos sobre la misma, por precaución, inscriben su derecho en el Registro de la Propiedad antes de que, producida la afectación, la cosa mueble pueda ser gravada con algún derecho inmobiliario que le perjudique.

En la famosa Guía Legislativa del UNCITRAL (UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions) a propósito de los «attachment to immovable property» se sigue el modelo del artículo 9 UCC. A saber: (i) Se establece en la Recomendación que lleva el número 88 la preferencia de la publicidad inmobiliaria sobre la mobiliaria: la garantía real mobiliaria sobre el bien pertenencial no será oponible a comprador de la finca hipotecada o a otro tercero que adquiera un derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad sobre

la finca en cuestión salvo que haya hecho constar la existencia de la garantía mobiliaria en dicho registro con anterioridad a la inscripción de la venta o adquisición del derecho por tercero; (ii) Si bien por regla general la prioridad en caso de concurrencia de varios gravámenes, mobiliarios e inmobiliarios, sobre el bien pertenencial se resuelve en atención a su respectiva fecha de inscripción, la Recomendación 184 aconseja otorgar preferencia al acreedor que financia la adquisición del bien con garantía sobre el mismo («acquisition security right» correspondiente al PMSI americano) siempre que este inscriba su derecho en el Registro de la Propiedad dentro del plazo de gracia breve que se le concede y que empieza a contar desde la incorporación de la cosa mueble al fundo.

Vamos a examinar a continuación, a la luz de esta regulación existente en Derecho comparado, cómo funciona la cosa en nuestro Derecho positivo.

### III. EL «CASO FÁCIL» DEL ARTÍCULO 75 LHM Y PSD: GRAVAMEN MOBILIARIO PREVIAMENTE INSCRITO EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES E HIPOTECA INMOBILIARIA DEL ARTÍCULO 111.1.<sup>º</sup> LH, DE POSTERIOR INSCRIPCIÓN

#### 1. RECONOCIMIENTO DEL RANGO PREFERENTE DE LA PRIMERA GARANTÍA INSCRITA (ES DECIR: LA MOBILIARIA)

Si algunos de los bienes muebles perteneciales a que se extiende la garantía inmobiliaria estuviere ya gravado *en el momento de constitución de la hipoteca del artículo 111.1.<sup>º</sup> LH* con alguna garantía mobiliaria registral previamente inscrita en el Registro de Bienes Muebles (una hipoteca mobiliaria sobre máquina o sobre establecimiento o una prenda sobre maquinaria o mobiliario o prenda sobre frutos, etc.), la colisión de gravámenes sobre pertenencias se resuelve en rango y en favor del derecho previamente inscrito ... *en el Registro de la Propiedad*.

A la sazón, en la legislación de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento se establece un mecanismo algo rústico de coordinación inter-registral entre el Registro de la Propiedad y el Registro de Bienes Muebles: artículos 75 Ley y 24, 25 y 31 del Reglamento (*vid. sobre la nota marginal en el folio abierto a la finca en el Registro de la propiedad el modelo IX de los anexos al Reglamento*). *La cosa es clara: la preferencia entre derechos inscribibles sobre la cosa de resuelve a favor del título previamente inscrito en el Registro de la Propiedad (prior tempore potior iure).*

Bajo el viejo régimen anterior a la reforma del artículo 2 LHM y PSD, algún sector de la doctrina, representado por VIOLA SAURET, defendió que el supuesto descrito entrañaba una violación de la norma de prohibición de segundas hipotecas que allí se contenía y de tal suerte que existiría una preferencia excluyente: la primera constitución de la hipoteca mobiliaria hace imposible

por ilegal la extensión objetiva de la inmobiliaria luego constituida sobre los mismos bienes. Ya antes de la reforma, la mayor parte de la doctrina (GULLÓN, BLASCO GASCÓ, GARCÍA GARCÍA, y SAAVEDRA MONTERO) defendió, en cambio, que la concurrencia de gravámenes se debía resolver en una preferencia de rango implícita a la regulación del artículo 75 LHM y PSD. En fin, tras la reforma del año 2007 del artículo 2 LHM y PSD, no cabe la menor duda de que estamos ante garantías de rango diferente.

## 2. UN BREVE REPASO DEL DEFICIENTE MECANISMO DE COORDINACIÓN INTER-REGISTRAL PREVISTO PARA ESTOS CASOS

Para resolver los casos descritos existe un procedimiento de coordinación entre el Registro de la Propiedad y el de Bienes Muebles; procedimiento que está regulado en el artículo 75 LHM y PSD y concordantes de su reglamento (cfr. arts. 24, 25 y 31 RHM y PSD)<sup>22</sup>. Tal procedimiento se traduce, en la práctica, en una discutible «subordinación del Registro de Bienes Muebles al Registro de la Propiedad»<sup>23</sup>.

El artículo 75 LHM y PSD reza así:

*«Cuando se hipoteque un establecimiento mercantil o maquinaria industrial o se pignoren bienes susceptibles, uno y otros, de extenderse a ellos la hipoteca del inmueble donde están instalados, conforme el artículo 111 de la Ley Hipotecaria, se hará constar la constitución de la hipoteca o de la prenda, al margen de la inscripción de dominio del inmueble a favor del que hipoteca o pignora. Igual nota se extenderá al margen de la inscripción de la concesión del tranvía cuando se hipotequen estos.*

*Extendida la nota marginal, la hipoteca mobiliaria o la prenda serán preferentes, en cuanto a dichos bienes, respecto a cualquier hipoteca inmobiliaria o gravamen que se inscriba posteriormente con pacto de extensión a los mismos.*

*Si en el Registro aparece inscrito, a favor del que hipoteca o pignora, el derecho de arrendamiento del local donde radique el establecimiento mercantil o las máquinas hipotecadas o los bienes pignorados, se extenderá, igualmente, nota al margen de la inscripción correspondiente, en la que se hará constar la constitución de la hipoteca mobiliaria o de la prenda. Extendida esta nota surtirá los efectos señalados en el párrafo anterior.*

*Las referidas notas marginales se extenderán o cancelarán por los mismos títulos de constitución o cancelación de la hipoteca o de la prenda».*

El artículo 75 de la Ley está desarrollado en los artículos 21, 24 y 25 del Reglamento.

La idea a la que responde la técnica descrita de coordinación registral entre los dos registros de bienes es sencilla y similar a la que inspira el mecanismo de la

«fixture filing» de los Derechos que siguen el modelo del UCC norteamericano: el que pretenda disfrutar de la preferencia del gravamen mobiliario por delante de los titulares de derechos inscribibles en el Registro de la Propiedad, debe hacer constar la afección mobiliaria en este último mediante una nota marginal de las que se denominan «sustantivas» (frente a las denominadas «de oficina»)<sup>24</sup>. O dicho *a contrario*: que para la plenitud de la oponibilidad *erga omnes* de la situación inscrita en el Registro de Bienes Muebles se requiere, además, de una constancia registral adicional del mismo gravamen en el otro Registro.

Solo de esta manera, mediante la constancia de la constitución de la garantía real mobiliaria en el Registro de la Propiedad (o registro inmobiliario), se entiende que este informa de manera completa de los gravámenes con trascendencia real sobre pertenencias inmobiliarias que han de soportar los terceros. Faltando la nota marginal, el ulterior acreedor hipotecario inmobiliario que reúna los requisitos del tercer adquirente de buena fe *ex artículo 34 LH* estará protegido por la fe pública registral en su aspecto negativo. Dicho de otra forma: ausente la nota marginal del Registro de la Propiedad, un eventual acreedor con hipoteca inmobiliaria no sufre la postergación de su derecho sobre pertenencia respecto del acreedor con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento... aunque las garantías reales mobiliarias sí figurasen inscritas, incluso anteriormente, en el Registro de Bienes Muebles. Esa situación no deja de causarnos cierta perplejidad.

Puede resultar interesante recordar que en el Derecho del UCC americano (cfr. & 9-334 UCC) la inscripción de la garantía mobiliaria en el Registro de la Propiedad («fixture filing») persigue garantizar su oponibilidad no solo frente al acreedor con hipoteca inmobiliaria sino frente a todo tercer adquirente con derecho real sobre el inmueble que ha de soportar así el gravamen mobiliario sobre pertenencias. Debería valer, por ejemplo para regular el conflicto entre el titular del gravamen mobiliario y, por ejemplo, un usufructuario, un adquirente de la finca o un acreedor embargante de la misma. Aparentemente, nuestro Derecho solo resuelve el conflicto entre dos acreedores. Sin embargo, el artículo 75 & 2 habla de la preferencia sobre el bien «*respecto a cualquier hipoteca o gravamen que se inscriba posteriormente con pacto de extensión a los mismos*». Valdría, por ejemplo, para resolver el problema de colisión sobre pertenencias entre una prenda sin desplazamiento sobre cosecha futura y un derecho real de anticresis.

A diferencia de lo que ocurre en los Derechos inspirados en el modelo norteamericano, la coordinación inter-registral funciona o debería funcionar en nuestro Derecho de oficio: el Registrador de bienes muebles comunica la constitución del gravamen sobre pertenencia inmobiliaria a su colega del Registro de la Propiedad una vez practicada la inscripción en los libros del Registro de Bienes Muebles. Es de suponer, así debería hacerse en la práctica, que la coordinación de oficio puede funcionar aunque Registro de la Propiedad y Registro

de Bienes Muebles estén ahora a cargo de distintos Registradores y radiquen en distintas oficinas<sup>25</sup>.

En la situación de la Ley de 1954, correspondía al mismo Registrador la llevanza de sendos Registros; el de la Propiedad y el de Bienes Muebles. En esas circunstancias, el mismo título inscribible servía para practicar los asientos respectivos en los libros de inscripciones de uno y de otro Registro: la inscripción y la nota marginal. Ahora, el Registrador a cargo del BM no tiene usualmente encomendado un Registro de la Propiedad, de manera que hay que entender que aquel cumplirá con lo dispuesto en el artículo 75 LHM y PSD mediante la remisión de oficio, no del título en sí, sino de una certificación acreditativa de la inscripción de la hipoteca o de la prenda y que remitirá a su colega titular del Registro de la Propiedad competente para que la presente y luego, si procede, tome la oportuna nota marginal.

No hay que ser muy despierto para percibirse de que en ese *lapsus* de tiempo que media entre la presentación del título en el Registro de Bienes Muebles y la presentación de la certificación en el Registro de la Propiedad puede «colarse» una hipoteca inmobiliaria que pase antes que la mobiliaria por simple aplicación de lo que se establece en el artículo 75 LHM y PSD<sup>26</sup>.

En definitiva, el mecanismo que hemos descrito hace depender la prioridad mobiliaria del eficaz y pronto funcionamiento del sistema de coordinación registral. Para que el acreedor con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento pueda estar tranquilo en su posición jurídica se precisa que la conexión inter-registral funcione bien: de que sea efectiva la comunicación de oficio del Registrador de Bienes Muebles al del Registro de la Propiedad y de la constancia en los libros de este último de la afección por nota marginal. La falta de dicha comunicación, por cualquier causa (olvido, negligencia o imposibilidad) o el retraso en la práctica de la nota marginal, aparentemente, perjudican la prioridad del acreedor con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento<sup>27</sup>. Prioridad además, que opera solo después de la inscripción en el Registro de la Propiedad y no desde la inicial inscripción —mejor: presentación— en el Registro de Bienes Muebles, con el retraso implícito y la subordinación consiguiente de uno a otro sistema registral. De todas formas, el interesado que quiera evitar el riesgo siempre cierto de pérdida de rango puede presentar una copia del título en el Registro de la Propiedad para obtener la correspondiente prioridad incluso antes de que se inscriba la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento en el Registro de Bienes Muebles<sup>28</sup>.

Aunque la interconexión registral funcione correctamente, la regulación actual es, sencillamente, bien intencionada... por cuanto presenta considerables «agujeros técnicos».

(i) El sistema de coordinación presupone que la finca en cuestión (el inmueble donde se sitúa la maquinaria, donde se encuentra el tranvía, o la vivienda arrendada; la finca donde radican o se producen los frutos o en la que

se estabiliza el ganado, etc.) está inmatriculada y el respectivo derecho inmobiliario que sirve de soporte a la famosa nota marginal de afección mobiliaria esté inscrito a favor del hipotecante o pignorante.

Es menester que figure inscrita la propiedad del inmueble; la titularidad de la concesión o la del derecho de arrendamiento inmobiliario o que figure inscrito el correspondiente derecho de disfrute... Tal cosa no ha de suceder siempre. Puede que ni siquiera la finca esté inmatriculada. En estos casos, no es posible la coordinación de oficio.

Aunque la falta de la previa inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho que sirve de soporte a la nota marginal sea un defecto subsanable que no impide la coordinación inter-registral, la subsanación de tal situación no es precisamente fácil ni sencilla y en todo caso requiere de una conducta activa del acreedor interesado para la completa protección de su derecho.

Si la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad que sirve de soporte a la famosa nota marginal se produce después de constituida la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento en el Registro de Bienes Muebles (p.ej. hipoteca mobiliaria sobre pertenencia adscrita a finca luego inmatriculada); la falta de comunicación de oficio entre registradores puede ser suplida por una solicitud de constancia voluntaria de la afección a petición del acreedor hipotecario o pignoraticio mediante la presentación en el Registro de la Propiedad del documento que acredita la inscripción en el Registro de Bienes Muebles. Más aún, es posible defender que faltando la inmatriculación, el acreedor con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento puede instar judicialmente la inmatriculación para la constancia marginal de su derecho por el procedimiento previsto en la legislación hipotecaria para que el titular de un derecho real pueda compelir al dueño del inmueble a que realice la inmatriculación: cfr. artículos 7 & 2 LH y 312 RH.

(ii) La Ley no resuelve el problema de los bienes muebles aún no pertenenciales: los bienes «no-pertenenciales» en el momento de constitución de la garantía mobiliaria.

Si del título inscribible no resulta el carácter de pertenencial del bien registrable en cuestión, el Registrador de bienes muebles no podrá comunicar la constitución de la garantía mobiliaria a su colega del Registro de la Propiedad. Tampoco la subsanación de este problema es cosa sencilla. Aunque se hubiere pactado en el contrato de garantía real mobiliaria la facultad de declaración unilateral de la adscripción pertenencial de la cosa mueble a un inmueble por el acreedor hipotecario o pignoraticio; no le bastará a este presentar el título o la certificación que acrediten la inscripción de la garantía en el Registro de Bienes Muebles sino que también deberá acreditarse el hecho de la afectación (por ejemplo: por acta de notoriedad).

En el caso de hipoteca sobre maquinaria con pacto de extensión a otras máquinas de futura adscripción, la maquinaria que se afecte con posterioridad

al inmueble puede ser individualizada mediante un nuevo asiento en el Registro en que se haga constar la adscripción en cuestión con perfecta descripción singular de la maquinaria *ex* artículos 43 LHM y PSD y 16 RHMyPSD. Es posible que llegue a funcionar entonces el artículo 75 LHM y PSD. Recordemos que es relativamente usual el pacto que obliga al deudor a otorgar los títulos complementarios para la constancia registral de futuras adjudicaciones.

En la prenda sobre cierta maquinaria *ex* artículo 53.2.<sup>º</sup> LHM y PSD la garantía puede constituirse sobre un bien no pertenencial a diferencia de la hipoteca mobiliaria sobre maquinaria de los artículos 42 y sigs. LHM y PSD. Pues bien, es perfectamente posible que luego de constituida la prenda sin desplazamiento se afecte la maquinaria a un inmueble o a un establecimiento. En estas situaciones, siempre es posible novar de común acuerdo la garantía real constituida mediante su conversión en hipoteca mobiliaria sobre maquinaria *ex* artículo 42 y siguientes LHM y PSD. De esta suerte, será posible la constancia marginal de la afección por la vía del artículo 75 LHM y PSD.

(iii) Tampoco la nota marginal del artículo 75 LHM y PSD avisará de nada cuando se produzca una desafectación —consentida o inconsentida por el acreedor— del inmueble primitivo para su posterior adscripción a otro nuevo inmueble. Si después de practicada la nota en el folio de determinada finca se desafecta la pertenencia para afectarse a otra finca distinta, la eficacia informativa de la nota marginal originaria carece de sentido (ha caducado) ... a menos que se traslade a la nueva finca.

En el supuesto de la desafectación de una pertenencia de un inmueble y su afectación a otro, es posible teóricamente subsanar la ausencia de nota marginal sobre la nueva finca si se inscribe la circunstancia de la readscripción a otro inmueble en el Registro de Bienes Muebles, al objeto de rectificar la indicación originaria relativa al lugar del emplazamiento industrial y de esta manera se constituye al Registrador de bienes muebles en la obligación de realizar nuevas comunicaciones (una para la nueva nota marginal y otra para cancelar la antigua).

(iv) No se establece un sistema análogo en Hipoteca Naval y en Hipoteca de Aeronaves (donde quizás quepa la aplicación analógica del artículo 75 LH); ni tampoco en la reserva de dominio/arrendamiento financiero (*vid. infra.*).

(v) Tampoco se contempla la coordinación inter-registral cuando el asiento practicado en el Registro de Bienes Muebles no sea una hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento sino, por ejemplo, un embargo sobre bien pertenencial.

En el caso de la STS de 10 de mayo de 1989 (un embargo no anotado sobre pertenencias —unas máquinas— que luego quedaron sujetas a la extensión de una hipoteca inmobiliaria posterior); aunque se hubiere anotado el embargo en el Registro de Bienes Muebles, no se plantearía la puesta en marcha del procedimiento de coordinación por inexistencia de un precepto similar al artículo 75 LHM y PSD en materia de embargos. Con todo, por razones de prudencia,

entiendo que el Registrador de Bienes Muebles hará bien en procurar de oficio la coordinación, incluso en estos casos.

En definitiva, creo que el sistema del artículo 75 LHM y PSD es francamente insatisfactorio en cuanto a los resultados obtenidos; por no decir perturbador. Recordemos que en el Derecho del UCC norteamericano y en la Guía del UNCITRAL la solución registral para las «fixtures» es más racional:

(i) La publicidad registral inmobiliaria de las situaciones jurídico-reales sobre «fixtures» no es allí el resultado de un procedimiento de coordinación inter-registral que funciona de oficio, sino que corre a cargo del acreedor con garantía real mobiliaria, que es quien debe interesar del Registro de la Propiedad la eventual constancia de la afección mobiliaria, cualquiera que esta sea (incluida la reserva de dominio o el leasing mobiliario) y siempre que aquella recaiga o pueda recaer sobre un bien mueble susceptible de una actual o futura adscripción pertenencial («fixture filing»).

(ii) Esa constancia registral de la afección real debería poderse practicar antes de la afectación o destinación del bien mueble al servicio del inmueble —en previsión de que el bien se destine al servicio de una finca— e, incluso, dentro del «plazo de gracia» concedido por la Ley y a contar desde que la afectación ha tenido lugar (de lo que ha de tener el acreedor debido conocimiento si ejercita diligentemente su derecho de supervisión sobre la cosa dada en garantía).

### 3. LA SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS PREFERENTES DEL ACREDOR CON GARANTÍA REAL MOBILIARIA EN EL CASO DE EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES MOBILIARIA E INMOBILIARIA.

Hemos de examinar ahora cómo han de salvaguardarse los derechos preferentes del acreedor con garantía mobiliaria específica sobre el bien pertenencial en los supuestos de: i) Ejecución forzosa de la garantía mobiliaria y ii) Ejecución forzosa de la garantía real inmobiliaria.

Puede muy bien ocurrir que la garantía mobiliaria deba de ejecutarse antes de que proceda la ejecución de la garantía real inmobiliaria. En estos casos, entiendo que el acreedor con garantía mobiliaria preferente *puede ejercitarse el derecho de separación de la cosa mueble del fundo hipotecado ex artículo 113 LH*, aplicado por analogía.

El ejercicio del *ius distrahendi* inherente a la garantía real mobiliaria debidamente inscrita en el RBM determina, entonces, la efectiva desvinculación pertenencial de la cosa mueble respecto del fundo hipotecado en los términos examinados antes para la separación por decisión voluntaria del dueño. La enajenación forzosa de la cosa mueble que antes era pertenencial y ahora deja de serlo produce la desafectación del gravamen inmobiliario porque no puede

enajenarse a tercero el bien mueble separado como bien gravado con hipoteca: la hipoteca del artículo 111.1.<sup>º</sup> LH solo se extiende sobre bienes inmuebles por destino (incorporados al fundo hipotecado). Después de separar el mueble del fundo, tras la ruptura de la adscripción pertenencial, se enajena la cosa mueble desafecta al tercero o acreedor adjudicatario quienes la adquieran como libre. El sobrante del precio de remate, de existir, después de pagado el crédito con garantía mobiliaria y las costas causadas, queda a disposición del acreedor con hipoteca inmobiliaria por analogía de lo previsto en caso de siniestro o expropiación (como subrogado real *ex* artículo 110.2.<sup>º</sup> LH por analogía; *vid.* art. 692 LEC). Si el bien pertenencial es inseparable sin menoscabo, el titular de la garantía mobiliaria siempre puede cobrar primero cuando se ejecutare la hipoteca sobre la finca.

Si la garantía hipotecaria inmobiliaria se ejecutare antes de la garantía mobiliaria preferente, en la certificación de dominio y cargas que el Registrador de la Propiedad debe expedir *ex* artículo 688 LEC debe resultar no solo que la hipoteca inmobiliaria está subsistente sino que existe una garantía real mobiliaria preferente sobre bienes muebles incorporados según resulta de la nota marginal del artículo 75 LHM y PSD. Entiendo que ahora habrá que aplicar otra vez el artículo 113 LH por analogía. A saber: el acreedor con garantía real mobiliaria puede optar entre que la cosa mueble continúe como adscrita como pertenencial al fundo hipotecado y que el adjudicatario de la finca la reciba con la carga subsistente de la garantía real mobiliaria preexistente o pedir que su importe —el del bien mueble, se entiende— se sujeté con carácter preferente a la garantía mobiliaria (la garantía se prolonga por subrogación real al precio del mueble).

#### **IV. EL «CASO DIFÍCIL» NO PREVISTO EN LA LEY: HIPOTECA INMOBILIARIA PREVIAMENTE INSCRITA DEL ARTÍCULO 111.1.<sup>º</sup> LH Y, SUBSISTIENDO INCÓLUME LA ADSCRIPCIÓN PERTENENCIAL DE LA COSA MUEBLE AL FUNDO, CONSTITUCIÓN DE UN SEGUNDO O ULTERIOR GRAVAMEN MOBILIARIO SOBRE PERTENENCIAS.**

##### **1. LA AFORTUNADA, PERO PROBLEMÁTICA, DESAPARICIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DAR EN GARANTÍA MOBILIARIA TÍPICA BIENES PREVIAMENTE GRAVADOS.**

Esta eventual colisión de derechos dejó perplejo al legislador de 1954. El artículo 75 LHM y PSD no contempla este caso, lo que ha sido destacado por no pocos autores y comentaristas.

Se quiso zanjar el problema de la eventual colisión de múltiples garantías sobre la misma cosa mueble a la manera salomónica: sencillamente eliminándolo del horizonte jurídico-positivo tal problema. 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 arts.* 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 por una regla prohibitiva de extensión objetiva de las garantías típicas que trata de inhibir en raíz<sup>29</sup>.

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 de la 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* de la 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 de la Ley) o sobre bienes que estuvieren en prenda manual bajo la posesión del acreedor o del tercero (cfr. art. 55.2 de la 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 de la 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 de la 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 constituida sobre un bien previamente gravado o cuyo precio no ha sido satisfecho era nula (cfr. arts. 2 y 55 LHM y PSD 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»*, debía 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 aun 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 LHM y PSD*. 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 RHM y PSD 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 RHM y PSD). 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 LHM y PSD*); 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 como 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 hipotecamobiliaria 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 derogados 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 de la Ley); los artículos 21 y 22 (en materia de extensión objetiva de la hipoteca de establecimiento); artículo 55 de la 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 de la Ley debe entenderse que no excluye la posibilidad de volverlos a hipotecar o pignorar *ex* artículo 2 de la 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 pertenencias. 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).

## 2. UN PROBLEMA MENOR: LA COORDINACIÓN INTER-REGISTRAL EN ESTOS CASOS

Desde el punto de vista de coordinación inter-registral, aunque la situación no está contemplada en la Ley, no existen problemas serios irresolubles para tratar este tipo de operaciones porque la secuencia procedural debería ser ahora, en mi opinión, la siguiente... mediante simple aplicación analógica de lo previsto en el artículo 75 LHM y PSD:

i) Aunque se constatare la previa inscripción de hipoteca con pacto de extensión del artículo 111.1.<sup>º</sup> LH, el Registrador del Registro de Bienes Muebles

inscribe por fin, sin problemas, la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento en su registro y sobre los bienes muebles pertenenciales (no juega la vieja prohibición del art. 2 LHMPSD cuya existencia todavía invoca el art. 7 de la Ordenanza del Registros de VPBM). La inscripción abre folio en su registro. Como es sabido, antes de la reforma, el Registrador de Bienes Muebles denegaba la inscripción cuando, consultado el Registro de la Propiedad, advertía la existencia de una hipoteca inmobiliaria previa sobre la finca con pacto de extensión del artículo 111.1.<sup>º</sup> LH (cfr. RRDGRN 16 de noviembre de 1972; 16 de noviembre de 1998; 5 de mayo de 2000; 2 de octubre de 2000)<sup>30</sup>.

ii) Aunque no se diga expresamente en la Ley, en estos casos en que, previa consulta al Registro de la Propiedad, le resultase la condición de bien pertenencial por tratarse de mueble adscrito a finca hipotecada previamente, el Registrador de Bienes Muebles debería ahora hacer constar en el asiento y en la nota de despacho del título que existe una hipoteca previa inscrita en el Registro de la Propiedad sobre la finca a cuyo servicio se adscribe el bien ahora gravado con indicación de los datos registrales (argumento *ex art.* 7 de la Orden de 19 de julio de 1999 por la que se aprueba la Ordenanza del RVPBM, por analogía)<sup>31</sup>.

iii) En el caso de ejecución de la garantía mobiliaria inscrita, en la certificación de dominio y cargas que expide el Registrador de Bienes Muebles al juez *ex artículo 688 LEC* debería hacerse constar no solo la subsistencia del gravamen mobiliario sino también la existencia de la hipoteca inmobiliaria con sus datos de inscripción en el Registro de la Propiedad.

iv) La constitución de la garantía puede hacerse constar por nota marginal en el Registro de la Propiedad como está previsto en los artículos 75 y concordantes por analogía. Obsérvese no obstante, que la nota no debería extenderse ahora al margen de la inscripción de dominio del inmueble (o la de arrendamiento)... sino al margen de la inscripción de hipoteca con pacto de extensión

Dicho todo lo cual, reitero que el sistema de coordinación es bastante tosco y valen aquí, *mutatis mutandis*, los reproches que antes le he dirigido.

### 3. LA TESIS «TRADICIONAL» DE LA PREFERENCIA BASADA EN LA PRIORIDAD EN LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LAS RESPECTIVAS GARANTÍAS MOBILIARIA E INMOBILIARIA

Dicho todo lo anterior, resta el problema capital de determinar cuál es la regla material de ordenación de preferencias en los casos permitidos de concurrencia de pluralidad de gravámenes sobre el mismo bien mueble cuando se inscribe primero la hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión.

Por razones de simplicidad y para no complicar innecesariamente la cosa, obviaremos el caso del embargo.

Empecemos por indicar que es teóricamente posible conjeturar una solución al problema descrito con un entendimiento de nuestro artículo 111.1.<sup>º</sup> LH «a la

manera británica»... como si se tratara de una «floating charge» sobre bienes muebles adscritos; solución técnica que, sorprendentemente a mi juicio, Vallet de Goytisolo cree también descubrir en la *pignus tabernaे* del Derecho romano (Digesto 20,1, 34; Dig. 20,1,13; Dig. 13, 7, 18,3). Según este modelo explicativo, la preferencia de la hipoteca inmobiliaria sobre bienes perteneciales del artículo 111.1.<sup>º</sup> LH no «cristaliza» o sujeta con carácter 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 que son realizados en la «fase de seguridad»— perjudican siempre el derecho del acreedor.

Creación jurisprudencial del Derecho inglés<sup>32</sup>, 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.<sup>o</sup> 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. Más bien entiendo —tesis por cierto compatible con la doctrina del «destino final» de la jurisprudencia del Supremo— que debemos admitir dos supuestos de hecho diferenciados en la fase de seguridad de nuestras hipotecas bajo el artículo 111. 1.<sup>o</sup> LH: (i) Si el bien mueble se «desinmobiliza» por desvinculación o ruptura del vínculo pertenencial en la fase de seguridad de la garantía, dicho bien queda libre de la hipoteca inmobiliaria por cuanto el tal bien sale del conjunto dinámico de bienes pertenenciales afectos (*vid. supra* sobre la desvinculación pertenencial); (ii) Si, en cambio, permanece incólume la adscripción pertenencial y entran en colisión, ahora posible y lícita, diversas garantías reales, mobiliarias e inmobiliarias sobre la pertenencia, habrá inevitablemente que establecer cuál es el orden de preferencia entre ellas.

Así las cosas, aparentemente, la solución más lógica o coherente con el sistema legal de publicidad registral de las garantías sería «extender» la regla de prioridad del artículo 75 &2 LHM y PSD al caso no cubierto por la Ley (primero hipoteca luego garantía mobiliaria) *para que pueda seguirse reputando como preferente al derecho inscribible previamente inscrito*. O sea: que en nuestro caso sería preferible, sobre el bien mueble incorporado, la hipoteca inmobiliaria previamente inscrita con pacto de extensión a pertenencias sobre la hipotecamobiliaria o prenda sin desplazamiento de posesión sobre los muebles incorporados<sup>33</sup>.

Esta solución, por cierto, parece cuadradar mejor con lo que se dice en el artículo 56 de la Ley en cuanto a 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 (.../...»). Este es el criterio que parece seguirse de la STS de 6 de mayo de 1995. Es por otra parte la que sin duda presupone el artículo 695.1. 3.<sup>a</sup> LEC, en sede de ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, y que sucede al derogado artículo 85 LHM y PSD.

Con el viejo sistema del artículo 2 LHM y PSD de antes de la reforma, de acuerdo con doctrina reputada, cabía defender que en estos casos desaparecería el *ius distrahendi* del acreedor con garantía mobiliaria postergada y de suerte que el acreedor hipotecario previamente inscrito *ex* artículo 111.1.<sup>º</sup> LH podía resistir con éxito la desvinculación del mueble y la desafectación de la hipoteca inmobiliaria con sobreseimiento del procedimiento de ejecución que se hubiere iniciado<sup>34</sup>.

Sin lugar a dudas, ese era el sistema que se infería de la regulación legal (viejos arts. 85.4.<sup>º</sup> para la ejecución sumaria de la hipoteca mobiliaria y del art. 93.4.<sup>º</sup> para la de la prenda sin desplazamiento LHM y PSD derogados por la LEC) y, ahora, del artículo 695.1. 3.<sup>a</sup> LEC en materia de «particularidades de la ejecución (directa y exclusiva) de bienes hipotecados o pignorados». A saber: una vez se acreditase mediante certificación del Registro de la Propiedad la sujeción de la pertenencia a una hipoteca inmobiliaria inscrita con anterioridad al gravamen que motiva el procedimiento de ejecución de la garantía mobiliaria, el juez admite la oposición y suspende la ejecución (sobreseimiento del procedimiento de ejecución por existencia de ulteriores cargas). En definitiva: el acreedor con garantía inmobiliaria previa podía pretender con éxito que los activos en cuestión permaneciesen afectos en exclusiva a su garantía aunque se tratara de bienes perfectamente separables sin menoscabo de ellos ni de la finca (*vid.* RDGRN de 16 de noviembre de 1998; contrástese con lo dispuesto en el art. 113 *in fine* LH). En cuanto al procedimiento extrajudicial rige lo mismo: la referencia que todavía se contiene en la Ley al artículo 82 debe entenderse ahora referida a los artículos 643 y sigs. LEC.

El problema está en que ese artículo citado de nuestra Ley procesal presupone el viejo régimen de prohibición de diversas garantías sobre el mismo bien bajo el ahora derogado artículo 2.<sup>º</sup> LHM y PSD. Tras la reforma del año 2007 —que permite expresamente los segundos y ulteriores gravámenes sobre las cosas muebles registrables—, la aplicación al caso del artículo 695.1. 3.<sup>a</sup> LEC es a mi juicio, manifiestamente, indefendible<sup>35</sup>.

A mi entender, es necesario conciliar ahora el *ius distrahendi* del acreedor con garantía real mobiliaria (que debe subsistir una vez se admitan segundas garantías) con el carácter en principio preferente del derecho del acreedor con garantía hipotecaria *ex* artículo 111.1.<sup>º</sup> LH. La cosa mueble puede desafectarse del inmueble para su enajenación a un tercero o a favor del acreedor adjudicatario como libre (no puede prolongarse la hipoteca cuando existe desafectación) y el precio puesto a disposición preferente del acreedor hipotecario. Si se cumple con el sistema propuesto de coordinación, de la certificación de subsistencia de la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento emitida por el Registrador de Bienes Muebles en trámites de ejecución puede resultar la existencia de una hipoteca inmobiliaria preferente que debe ser respetada.

Con todo, me resisto a defender la mecánica aplicación de la consabida regla del «prior tempore» en el caso de que la garantía mobiliaria sin desplazamiento de posesión posteriormente inscrita a la inmobiliaria derechamente se constituya para financiar la adquisición del bien cuyo precio no ha sido totalmente satisfecho.

V. LA TESIS QUE SE DEFIENDE AQUÍ DE «INVERSIÓN PREFERENCIAL» EN EL CASO DE GARANTÍAS CONSTITUIDAS PARA FINANCIAR LA ADQUISICIÓN DEL BIEN PERTENENCIAL CUYO PRECIO NO HAYA SIDO INTEGRAMENTE SATISFECHO

1. EL SUPUESTO PARADIGMÁTICO DE LOS BIENES MUEBLES PERTENCIALES FINANCIADOS CON RESERVA DE DOMINIO/PROHIBICIÓN DE ENAJENAR

Como es notorio, y hemos explicado antes, no se establece en la Ley de venta a plazos ningún sistema análogo al contemplado en el artículo 75 LHM y PSD para el supuesto de que se constituya e inscriba en el Registro de Bienes Muebles una reserva de dominio, una prohibición de enajenar o un arrendamiento financiero, sobre un bien mueble susceptible de ser luego gravado con hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión del artículo 111.1º LH.

En el supuesto de que, por ejemplo, una máquina destinada a una finca se venda a plazos con reserva de dominio, no se establece en la Ley Hipotecaria un medio de coordinación inter-registral que permita volcar la situación de afección mobiliaria derivada de la reserva de dominio al Registro de la Propiedad. Algun sector doctrinal ha pedido extender el artículo 75 LHM y PSD a estos supuestos<sup>36</sup>.

Es muy difícil que resulte al Registrador de Bienes Muebles que tramita la inscripción de las operaciones de venta a plazos, del documento inscribible, la naturaleza pertenencial, actual o en potencia, de los bienes vendidos a plazos o dados en arrendamiento financiero: los contratos sujetos a la LVPBM para que sean inscribibles deben ajustarse a los consabidos modelos y tales modelos no son explícitos sobre el destino que ha de darse al bien adquirido o financiado. En el Derecho de garantías del Article 9 del UCC norteamericano la cuestión se deja a la discreción del acreedor con garantía mobiliaria: si este tiene razones para creer que la cosa mueble se convertirá en «fixture», no se contentará con constituir la garantía en el registro de bienes muebles sino que hará constar su derecho en el Registro de la Propiedad

¿Quid del posible supuesto de adscripción por el comprador a plazos o por el arrendatario financiero de la cosa mueble en cuestión a un inmueble, si la finca de destino estaba, con anterioridad a la venta aplazada o al arrendamiento financiero, gravada con una hipoteca con extensión a pertenencias *ex* artículo 111.1º LH?

Para simplificar las cosas, vamos a referirnos a derechos inscribibles e inscritos a favor de vendedor o finanziador en operaciones sujetas a la LVP. Como es sabido, la inscripción en el RBM es condición imprescindible para la reipersecutoriedad plena del bien frente a terceros (art. 16.3 LVP) y, en general, para la oponibilidad *erga omnes* de la preferencia, concursal y extraconcursal, de los derechos reconocidos en la Ley (cfr. art. 16.5 que se remite a lo dispuesto en los arts. 1.922.2.<sup>º</sup> y 1.926.1.<sup>a</sup> CC y al art. 90.1.4.<sup>º</sup> LC). La tutela sumaria de los derechos por la vía de los arts. 250.1.10.<sup>º</sup> y 250.1.11.<sup>º</sup> LEC presupone, también, la inscripción de la reserva de dominio en el RBM.

Empecemos por constatar un hecho que puede causar cierta perplejidad: tratándose de reservas de dominio inscribibles e inscritas sobre bienes muebles vendidos a plazos bajo la LVP pero que luego se adscriben a finca previamente hipotecada con pacto de extensión *ex artículo 111.1.<sup>º</sup> LH* la doctrina, y al parecer, incluso, la jurisprudencia, suelen entender preferible la reserva de dominio (de inscripción posterior en el RBM) sobre la hipoteca inmobiliaria... *desde posturas radicalmente encontradas acerca de la naturaleza jurídica de la reserva de dominio*<sup>37</sup>:

Para los partidarios de la tesis clásica —el vendedor es dueño de la cosa sujeta a reserva en la fase de seguridad— la defensa de la preferencia de la reserva de dominio sobre la hipoteca inmobiliaria parece más sencilla. Para estos autores, la reserva de dominio debidamente inscrita excluye la extensión de la hipoteca al bien pertenencial. Bajo esta tesis, el comprador que realiza el acto de adscripción no se reputa dueño hasta que pague totalmente el precio asegurado con la reserva de dominio; hasta ese momento, no sería eficaz la extensión objetiva de la hipoteca respecto al bien mueble sujeto a reserva.

No en vano, el artículo 111.1.<sup>º</sup> LH, leído a la luz de lo que establece el 112 LH (y los arts. 109, 110), parece presuponer la exigencia de que quien realiza el acto de adscripción del mueble a la finca hipotecada sea dueño de la cosa mueble. De no ser así, ello supondría admitir que se puede hipotecar algo ajeno contra lo que dispone el artículo 138 LH. Las RRDGRN de 16 de noviembre de 1998 así como la de 5 de mayo del 2000, como vimos, establecieron con claridad que la extensión objetiva a muebles incorporados se producía «*siempre que, según se deduce del artículo 112, pertenezcan al hipotecante*». Por otra parte, el propio Código Civil al calificar a ciertos muebles como inmuebles por destino siempre presupone que la adscripción al fundo se realiza por el dueño: cfr. artículos 334.4.<sup>º</sup>, 334.5.<sup>º</sup>, 334.6.<sup>º</sup> del Código Civil.

Por citar solamente dos maestros hipotecaristas partidarios de esta tesis: ROCA SASTRE<sup>38</sup>, con cita de la vieja STS de 3 de enero de 1905 y GARCÍA GARCÍA<sup>39</sup> con la de 30 de junio de 1987 han defendido la no-extensión de la hipoteca precedente a los bienes vendidos bajo reserva de dominio que luego se incorporan al fundo hipotecado. Parece que en esto mismo está pensando el redactor de la nueva Ley de navegación marítima cuando, a pesar de reco-

nocer que la hipoteca sobre buque se extiende sobre pertenencias marítimas, excepciona el caso de que el dominio estuviere inscrito a favor de tercero en el RBM: *vid.* artículo 134.1 que se remite a lo establecido en el artículo 62 de la Ley 14/2014, de 24 de julio.

Nuestra vieja jurisprudencia ha negado la extensión del gravamen hipotecario al bien mueble incorporado a un inmueble cuando la «inmovilización» se realiza por el comprador que soporta reserva de dominio a favor de un tercero, con el discutible argumento de que la afectación sería en ese caso ilícita por haberse realizado por quien aún no es propietario (STS de 26 de marzo de 1984; art. 1857.2.º CC)<sup>40</sup>. Por si fuere poco, el artículo 4 c) de la Ordenanza de Bienes Muebles prohíbe al comprador, *bajo pena de nulidad de pleno derecho*, la constitución de gravámenes sobre la cosa sujeta a reserva de dominio o prohibición de disponer sin consentimiento de acreedor o financiador lo que impediría a aquél hipotecar el bien pertenencial. Esa norma es de discutible legalidad<sup>41</sup>.

La STS de 21 de diciembre de 1990 es reveladora de este modo «tradicional» de entender las cosas. Aunque los bienes muebles incorporados a la finca hipotecada se adquirieron con reserva de dominio y aunque al tiempo de constituirse la hipoteca se estuviera pagando el precio aplazado, «el posterior buen fin de la compraventa, consolidó con plenitud de efectos, el definitivo destino de los bienes al mejor servicio de la explotación agrícola». De lo que cabe inferir que si al tiempo de la ejecución el precio del bien no estuviere aún satisfecho habría que entender que la hipoteca no se extiende a tales bienes.

Bajo esta tesis, estamos ante un supuesto de *preferencia excluyente* (la reserva de dominio excluye la extensión de la hipoteca sobre la pertenencia) que puede hacerse valer, incluso, mediante *tercería de dominio*.

Curiosamente, algunos de los que no son, somos, partidarios de la tesis clásica (como los que defienden la tesis de la garantía real, venta en garantía fiduciaria o la de la compra bajo condición resolutoria), llegan a similar conclusión de la preferencia, ahora en rango, de la reserva de dominio sobre la hipoteca anterior y por otras vías de argumentación. Básicamente, en el entendimiento de que al ser la reserva de dominio inscrita anterior al acto de adscripción pertenencial, la hipoteca inmobiliaria se extiende sobre un mueble que estaba ya previamente gravado con la reserva de suerte que los negocios válidos sobre bien pertenencial no quedan menoscabados por la adscripción del mueble al inmueble. Yo mismo he sostenido esta tesis con anterioridad<sup>42</sup>.

Entiendo que, en el caso descrito, vence el acreedor con reserva de dominio o el arrendador financiero sobre el hipotecario inmobiliario, al menos cuando la reserva o el arrendamiento financiero son inscritos en el Registro de Bienes Muebles con anterioridad a la adscripción pertenencial al inmueble; adscripción que por cierto no suele reflejarse en el Registro de la Propiedad. Este tema está muy mal resuelto en nuestro Derecho: la STS de 7 de abril de 2001 da preferencia a una reserva de dominio posterior sobre una hipoteca anterior con

muy pobres argumentos. La hipoteca del artículo 111.1.<sup>º</sup> LH se extiende al bien pertenencial desde el momento mismo de la constitución fáctica de la relación pertenencial y en la condición física y jurídica en que el mueble se incorpora al inmueble. Si antes de la inmovilización se constituyó un «gravamen mobiliario», la hipoteca inmobiliaria queda postergada en rango en relación con la pertenencia y el gravamen mobiliario «continúa» sobre la pertenencia.

Como es lógico, para los partidarios de alguna de las tesis «no-tradicionales» —en mi opinión, teorías con mejor ajuste a la regulación vigente contenida la LEC y en la LC— *la colisión de la reserva de dominio y la hipoteca sobre el pertenencial debe resolverse en rango (= no existe una preferencia excluyente)*. A saber: la hipoteca debe reputarse postergada en rango a la reserva de dominio sobre los bienes pertenenciales. Para estos autores, el acreedor con reserva de dominio no puede defender extraconcursalmente su derecho mediante tercería de dominio *sino mediante una tercería de mejor derecho* (en contra de la doctrina tradicional del TS que admitía la tercería de dominio por el vendedor *vid.* por ejemplo la STS de 5 de mayo de 2005, que le niega legitimación).

De cualquier manera, parece existir una opinión pacífica en favor de conceder preferencia al acreedor con reserva de dominio adquirida e inscrita antes de la adscripción pertenencial al fundo hipotecado bajo el artículo 111.1.<sup>º</sup> LH... aunque el contrato de venta/financiación a plazos se hubiere inscrito en el RBM después de que se inscriba la hipoteca con pacto de extensión a pertenencias en el Registro de la Propiedad.

Obsérvese, no obstante: (i) Que tratándose de reservas de dominio inscribibles en el RBM bajo la LVP deben aquellas estar debidamente inscritas porque de lo contrario, sin inscripción, no puede ejercitarse frente a terceros y frente al acreedor hipotecario el derecho de preferencia concursal o extraconcursal: cfr. artículo 16.5 LVP y artículos 90.1.4.<sup>º</sup> y 90.2 LC; (ii) Que no se establece en la Ley un mecanismo de coordinación interregistral similar al previsto en el artículo 75 LHM y PSD para volcar la afección mobiliaria en el Registro de la Propiedad; (iii) Que no se establece un recomendable «plazo de gracia» similar al previsto en el Derecho norteamericano para que pueda inscribir el acreedor con «garantía mobiliaria» su derecho en el RBM; (iv) Que no creo que las reservas de dominio que operan fuera del marco de la LVP (como la de los destinados a la reventa o la de los bienes no perfectamente identificables), puedan oponerse a terceros sin inscripción en el RBM que sí permite la Ordenanza de Venta a Plazos en relación con las «otras reservas» (art. 4 Orden 19 julio de 1999). No en vano, significativamente, el artículo 10 de la Ley 3/2004 (Ley contra la morosidad) habla de reservas de dominio *«en las relaciones internas entre vendedor y comprador»*.

Sobre la inscribibilidad/oponibilidad de las «otras reservas» *vid.* la magnífica RDGRN de 5 de junio de 2012 (reserva de dominio dinámica sobre un stock de vehículos)<sup>43</sup> y el proyectado artículo 512-12 del Anteproyecto de Ley

del Código Mercantil en donde puede leerse: «La oponibilidad a terceros de la reserva de dominio exigirá la inscripción del contrato en el Registro de Bienes Muebles (.../....)».

## 2. LA HIPOTECA MOBILIARIA O PREnda SIN DESPLAZAMIENTO POSTERIOR PERO CONS-TITUIDA PARA FINANCIAR LA ADQUISICIÓN DEL BIEN PERTENENCIAL

¿Quid de una hipoteca mobiliaria o de una prenda sin desplazamiento que se constituyan precisamente para garantizar el pago del precio aplazado para la adquisición del bien pertenencial?<sup>44</sup>

En estos supuestos, de un lado, existe la expectativa por parte del acreedor con garantía real inmobiliaria de que la hipoteca sobre bienes futuros se extienda, con efectos retroactivos, una vez estos existan y a medida que se vayan adscribiendo o vinculando al fundo hipotecado. De otro lado, el financiador de la adquisición de la cosa mueble cuyo precio no ha sido totalmente satisfecho, tiene una razonable expectativa a cobrar sobre el bien antes que nadie.

Existen poderosas razones de orden práctico y dogmático para preferir como solución más eficiente y más equitativa una «regla de inversión preferencial» según la cual pasaría antes la garantía mobiliaria de fecha posterior sobre la hipoteca inmobiliaria de fecha anterior cuando el bien pertenencial fue adquirido merced a la financiación suministrada con la garantía mobiliaria («*acquisition financing*»; «*purchase money security interest*»).

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 garantía 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

superioridad 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 material» (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 C.Com). 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 el de 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 incorporadas<sup>45</sup>.

Para empezar, parece intuitivamente injusto y social y económicamente inefficiente, 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 de la 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 que 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.<sup>º</sup> del Código Civil.

Efectivamente, si se prohibió dar en hipoteca o prenda sin desplazamiento bienes cuyo precio no estaba totalmente satisfecho (*vid.* art. 2 de la 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 mueble 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 y que hemos examinado antes, 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 refaccionarios 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 LHM y PSD: 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 inefficiente, de la hipoteca *ex* artículo 111.1.<sup>º</sup> LH es precisamente porque el tercer poseedor (comprador, arrendatario, superficiario, etc.) costea la mejora de la finca hipotecada y porque es injusto y socialmente inefficiente 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.

¿Quid del caso en que, incumplida la obligación asegurada con la hipotecamobiliaria o prenda sin desplazamiento preferentes hubiera de procederse, vidente aún la hipoteca inmobiliaria con extensión a muebles, a la enajenación forzosa, judicial o extrajudicial, del bien mueble pertenencial? Creo que en estos casos habrá que aplicar por analogía lo previsto en el artículo 113 LH en la forma examinada que hemos examinado más arriba (separación del mueble del inmueble y enajenación separada; sobrante a disposición del acreedor hipotecario).

## NOTAS

<sup>1</sup> A este tipo de garantías se refiere el artículo 5.1 del Reglamento (CE) Núm. 1346/2000, de 29 de mayo de 2000 del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia cuando se refiere a los «conjuntos constituidos por colecciones de bienes indefinidos que varían de tanto en tanto». La doctrina «tradicional» prefiere emplear el término de universalidad o «universitas facti». El artículo 816 CC italiano define la «universalità di mobili» como la «pluralidad de cosas que perteneciendo a una misma persona tienen un único destino». Y luego añade lo siguiente: «las cosas singulares que componen la universalidad pueden ser objeto de actos separados y de relaciones jurídicas».

<sup>2</sup> A propósito de un comentario del artículo 346 CC, KARRERA EGIALDE, M. M., (en CANIZARES, A.-DE PABLO.-MORENO, ORDUÑA (dirs.), *Código Civil Comentado*, Aranzadi, 2011, vol. 1, p. 1402) nos ofrece una buena descripción de cómo funciona la «universalidad de cosas» (*universitates rerum*): «conjunto de objetos que constituyen un universo interrelacionados y que permite que adquiera individualidad propia en su colectividad, con independencia de la variación (adquisición y transmisión) de los distintos elementos que lo integran en razón de un destino que facultativamente le otorga el titular».

<sup>3</sup> Solamente a partir de 1616, los jueces británicos —a partir famoso caso *Grantham v. Hawley* (King's Bench)— atenuaron la original prohibición, típica del Derecho civil inglés, de concertar ventas o garantías válidas sobre cosa futura. A partir de esa decisión se defendió que bastaba una «existencia potencial»: era válida la garantía sobre cosa futura siempre que existiera una probabilidad fuerte de su existencia en el futuro. Por todos: COHEN V.-GERBER, «The after-acquired Property Clause», 87 U. Pa. L. Review, 1939, pp. 635 y sigs. En cambio, en EEUU, el famoso juez Story en su sentencia clásica *Mitchell v. Winslow* —17 Fed Cas. Núm. 9673 (1843)— defendió con energía la validez sin restricciones de las garantías sobre cosa futura. No obstante, en el muy citado caso *Benedict v. Ratner*, 268 US 353 (1925) y en otros muchos, se estableció la doctrina según la cual, una garantía real concebida como «flotante» («floating lien») en que se autorizaba al deudor en la fase de seguridad a libremente disponer de los bienes gravados en el ejercicio de su actividad resultaba nula en puro Derecho civil por cuanto contradecía la naturaleza de la garantía real al concederse un control absoluto al

deudor sobre bienes supuestamente gravados. Como en la práctica comercial, las garantías sobre cosas futuras eran habitualmente «flotantes» (el constituyente de la garantía sustituía con otros bienes de reemplazo los bienes previamente enajenados), muchas de las operaciones quedaban bajo sospecha de nulidad. A pesar de ciertas reticencias y resistencias doctrinales y jurisprudenciales, la consagración definitiva de la tesis favorable triunfó en el artículo 9 UCC en su sección 9-204(1) y & 9-205 en relación con la categoría del «after-acquired collateral».

<sup>4</sup> La Ley II, del título XIII de la Partida V reza así: «Empeñarse puede toda cosa quier sea nacida o por nacer, así como el parto de la sierra, 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 (.../...).» 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. Vid. también: FUENTESECA, M., *Pignus e hypotheca en su evolución histórica*, Andavira, 2013.

<sup>5</sup> Es fundamental la monografía de MENTXACA, R., *La pignoración de colectividades en el Derecho romano clásico*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1986.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Fruto de una labor privada de «codificación», el modelo del Uniform Comercial 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 nuestra propia 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 elaborando 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 ello; aunque no en Puerto Rico. Existe una literatura científica abundantísima. Me parece recomendable por su carácter pedagógico el libro de H. J. BAILEY III - 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. - MARTIN, N., *Secured Transactions*, Emanuel Law Outlines, Wolters Kluwer, 2 ed., 2011 o el de WHITE, J.; 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-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-WEST. Existe una valiosísima traducción española de todo el UCC en GARRIDO, J. M.<sup>a</sup>, *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-GUILAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, París, 1990, donde se hace lo propio desde la perspectiva del Derecho francés; PAU 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](http://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. Todavía se sigue trabajando en él. 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.

<sup>8</sup> Muy probablemente, la distinción en las cosas complejas entre lo que son «partes integrantes» de un lado y, por otro, las «pertenencias» sea mérito del Derecho alemán: *vid. & 97 BGB*. En todo caso, la hipoteca inmobiliaria se extiende a pertenencias: *cfr. & 1120 BGB*. El Código Civil italiano vigente, en los artículos 817, 818 y 819, admite la clasificación entre elementos integrantes y pertenencias. En el primer artículo se establece que las pertenencias son «*las cosas destinadas permanentemente al servicio u ornato de otra cosa. La destinación puede ser efectuada por el propietario de la cosa principal o por el tieular del derecho real sobre la misma*». El artículo 818 CC admite la posibilidad de que las pertenencias puedan ser objeto de actos y relaciones jurídicas de forma independiente. *Vid. por todos, ANDREOLI, G., Le pertenenze*, Padua, 1936; BIONDI, B., *Los bienes*, 2.<sup>a</sup> ed., Bosch, pp. 193-222. La doctrina española, al referirse a las pertenencias inmobiliarias emplea indistintamente la nomenclatura germano-italiana o la denominación alternativa, inspirada en la regulación del artículo 334 CC, de «inmuebles por destino». *Vid. por todos: CLAVERÍA GOSÁLVEZ*, «Las pertenencias

en Derecho privado español», *ADC*, 1976, pp. 3-53 y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*, Mc Graw Hill, 1996, *passim*. Importada la categoría de «pertenencia» o «bien mueble pertenencial» entre nosotros a partir de la reforma hipotecaria de 1909 (insinúa la distinción entre parte integrante y pertenencia la RDGRN de 15 de junio de 1929), la doctrina de la DGRN emplea ya sin empacho el término en su sentido técnico: *vid.* una ilustrativa explicación histórica en las RRDGRN de 19 de noviembre de 1943 y, más recientemente, en la de 5 de mayo de 2000. Acerca del concepto de pertenencia, *vid.* el estudio de BONET al comentar la resolución de 1943 en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1944, núm. 175, I., p. 460. A veces, el propio TS prefiere este término de «pertenencia» al de «inmueble por destino»: cfr. entre otras las SSSTs de 3 de julio de 1987 y de 21 de diciembre de 1990. En fin, la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima, en su artículo 60 distingue con todo rigor en el buque como cosa compleja entre «parte integrante» y «pertenencias».

<sup>9</sup> Así, con razón: GARCÍA GARCÍA, J. M., en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, artículo 1877, 1991, p. 1910.

<sup>10</sup> A pesar de que la bibliografía sobre la cuestión empieza a ser importante, no se puede decir que exista una doctrina clara. Puede verse entre otros trabajos: BONET, R., Comentario a la Resolución de la DGRN de 19 de noviembre de 1943, *RGLJ*, núm. 175, 1944, pp. 459 y sigs.; BLASCO GASCO, F., *Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria. Doctrina y Jurisprudencia*, Valencia, 1994, pp. 112 y sigs.; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATÓ, E., y MARÍN LOPEZ, M., *Tratado de los Derechos de garantía*, Tomo I, Thomson Aranzadi, 2 ed., 2008, pp. 777 y sigs.; CARRASCO PERERA, A., «Tres cuestiones sobre hipotecas e instalaciones fotovoltaicas», *La Ley* núm. 7518, 2010; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Extensión objetiva de la Hipoteca Inmobiliaria*, Monografía RdPatrimonial, Aranzadi, 2012, *passim*; COSSIÓ Y CORRAL, El sistema mobiliario registral, Centenario de la Ley del Notariado, vol. II, Madrid, 1962, pp. 464 y sigs.; DORAL GARCÍA DE PABLOS, J. A., *La fase de seguridad en la hipoteca*, Pamplona, 1967, pp. 79 y sigs.; EGEA IBÁÑEZ, R., «Los bienes inmuebles por destino: la maquinaria industrial», *RCDI*, enero-febrero 1973, pp. 23-46; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El Registro de Bienes Muebles*, Pons, 2004, pp. 157 y sigs., y pp. 215 y sigs.; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., Reservas de dominio sobre pertenencias de una finca o establecimiento», en AA.VV. CARRASCO PERERA (dir.), *Tratado de la Compraventa*, Aranzadi, 2013, Capítulo 55, pp. 631 y sigs.; GÓMEZ-ACEBO, «La Hipoteca de establecimiento mercantil», *RDM*, 1995, pp. 139 y sigs.; GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C. J., Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, Aranzadi, 1996, pp. 171 y sigs.; GULLÓN BALLESTEROS, A., Cuestiones de preferencia en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, *ADC*, 1964, pp. 771-796; MONTSERRAT VALERO, A., Comentario a la RDGRN de 21 de noviembre de 1998, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 51, 1999, pp. 931-944; MORO ALMARAZ, M. J., Nulidad de Hipoteca Inmobiliaria. Extensión legal de la hipoteca inmobiliaria ex artículo 111. Extensión convencional, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 56, 2001, pp. 635-654; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E., Garantías reales sobre bienes muebles comprados a plazos, *ADC*, núm. 3, vol. 64, 2011, pp. 898-1040; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., Perspectiva actual de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento en relación con la venta a plazos de bienes muebles, *RCDI*, 1967, pp. 677-718; MUÑOZ SECA, J., La hipoteca mobiliaria (hipoteca de maquinaria industrial), *RDN*, 1959, pp. 377 y sigs.; POVEDA MARTÍN, «Interpretación y cumplimiento del artículo 2º de la ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión», *RCDI*, 1961, pp. 937-945; SAAVEDRA MONTERO, E., *El objeto hipotecado y la extensión objetiva de la hipoteca*, Dykinson, 1999, pp. 118 y sigs.; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*, Mac Graw Hill, 1996; VALLET DE GOYTSOLO, «*Pignus tabernaem*», *ADC*, octubre-diciembre, 1953, pp. 783-839; *idem*, La Ley de 16 de diciembre y su reglamento de 17 de junio de 1955 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, *ADC*, 1955, pp. 1227 y sigs.; IDEM, Planteamiento de las cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hi-

poteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión», *RDN*, abril-junio 1955, pp. 80 y sigs.; VIOLA SAURET, J., Los problemas registrales de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento a través de los principios hipotecarios, *AAMN*, Tomo XI, pp. 402 y sigs.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, p. 118.

<sup>12</sup> Es lugar común en la doctrina y en las RRDGRN la afirmación de que los bienes inmuebles por destino deben pertenecer al propietario: RRDGRN 16 de noviembre de 1998 y 5 de mayo de 2000. Ya en la STS de 7 de julio de 1900 se defendió que los bienes muebles habían de pertenecer al propietario y no, por ejemplo, al arrendatario.

<sup>13</sup> *Vid. por todos: BIONDI, B., Los bienes, op. cit.*, pp. 87 y sigs.

<sup>14</sup> Tempranamente, la STS de 1 de diciembre de 1917. Luego, muchas otras y con mayor claridad: así, la STS de 14 de marzo de 1986 al afirmar que no era necesario «para su validez y eficacia que en el mismo (título) se especifiquen los muebles, enseres y utensilios que a título de accesorios, elementos integrantes, pertenencias, etc., sean propios de la industria a cuya explotación o desarrollo se destinan». Lo mismo se infiere de la STS de 6 de abril de 1995 y, más recientemente, de la STS de 28 de mayo de 2007.

<sup>15</sup> Cfr. ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup>, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., y BERNÀ I XIRGO, J., *Derecho hipotecario*, 9.<sup>o</sup> ed., tomo IX, Bosch, pp. 24 y sigs.; CARRASCO-CORDERO-MARÍN, *Tratado de los Derechos de garantía...*, *op. cit.*, p. 779.

<sup>16</sup> Un sector de la doctrina sostiene que, al menos cuando los bienes muebles estén especificados en el título y en la inscripción, la separación de la cosa mueble del fundo hipotecado no puede venir en perjuicio de los derechos del acreedor hipotecario y en el entendimiento de que la hipoteca sujeta los bienes con independencia de donde estén o de quién los posea. *Vid. BLASCO GASCÓ, Objeto de la hipoteca...*, *op. cit.*, pp. 112 y 113; DORAL, *La fase de seguridad...*, *op. cit.*, pp. 79 y sigs.; GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, *Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria...*, *op. cit.*, pp. 178 y sigs.; SAAVEDRA MONTERO, *El objeto hipotecado...*, *op. cit.*, p. 122 o VIOLA SAURET, Los problemas registrales de la hipoteca mobiliaria..., *op. cit.*, pp. 422 y sigs.

<sup>17</sup> CARRASCO-CORDERO-MARÍN, en *Tratado de los Derechos de garantía...*, *op. cit.*, p. 782, parecen ser de esta opinión, si no les entiendo mal.

<sup>18</sup> 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, caso en varias explotaciones, incumplen de seguro alguno de los requisitos para su hipotecabilidad exigidos por los artículos 42 y sigs. Ley para la hipoteca de maquinaria industrial. Además, si se emplean exclusivamente dentro de una explotación pueden lícitamente 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 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) LHM y PSD como en la propia prenda sin desplazamiento sobre maquinaria ex artículo 53. Primero LHM y PSD 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 genérica.

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 artículos 52. Tercero y artículo 54 LHM y PSD, 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 son gravables como un todo dinámico, nada parece deba obstar a que las partes quieran sujetar a gravamen el 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. 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, cochiquera ...) o, incluso, bien a bien... por sus crátales. Porque los crátales —o el sistema de identificación correspondiente del perro o gato como animal doméstico— 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, tratándose de conjuntos de bienes muebles corporales pueden darse en garantíamobiliaria, dentro del mismo conjunto, algunos bienes específicamente y otros en su determinación genérica.

Puede así darse en prenda sin desplazamiento (porque no es posible constituirse sobre el mismo una hipoteca mobiliaria) un conjunto de bienes de los cuales algunos sean identificados *in genere* junto con otros bienes, que formen también parte integrante del mismo conjunto, pero que interesa sujetar individual o específicamente.

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 la 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.

<sup>19</sup> Coincide con lo defendido en su día por G. ANDREOLI en su obra clásica, *Le pertenenza*, Padova, 1936, pp. 362 y sigs. Parecen seguir a dicho autor, entre nosotros, VALLET DE GOYTISOLO, Planteamientos y cuestiones generales..., *op. cit.*, pp. 80 y sigs. y ROCA SASTRE, Derecho hipotecario..., *op. cit.*, p. 27.

<sup>20</sup> El § 1121 del BGB puede traducirse así: «*Los productos y otras partes integrantes de la finca, así como las pertenencias, quedan libres de responsabilidad si son enajenadas y separadas de la finca antes de que hayan sido ejecutadas en beneficio del acreedor (...). Si la enajenación se realiza antes de la separación, no puede alegar el adquirente frente al acreedor la circunstancia de su buena fe en relación con la hipoteca. Si el adquirente separa las cosas muebles de la finca, el apremio realizado antes de la separación solo es eficaz frente a aquel si no es de buena fe en el momento de la separación.*

<sup>21</sup> Esta cuestión se examina con detalle, con cita de autores a favor de una y de otra tesis, en la monografía de SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, La hipoteca y los bienes inmuebles por destino, *op. cit.*, pp. 137 y sigs., lo que me exime de un estudio más detallado que ahorro al lector de este trabajo.

<sup>22</sup> Que sepa, ni siquiera la LHM y PSDPS es original en este punto; puesto que no faltan antecedentes históricos de su artículo 75. La Ley de prenda industrial de 17 de marzo de 1940, por ejemplo, exigía como requisito de constitución de dicha garantía no solo que la

maquinaria perteneciera en pleno dominio al prestatario, sino, también, la constancia en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción del inmueble, de la constitución de la garantía sobre un bien —la maquinaria afecta— que el legislador entendía no formaba parte de la finca; contra lo que establecía y establece todavía el artículo 334 CC (art. 2).

<sup>23</sup> La expresión es de COSSIÓ, *op. cit.*, p. 464.

<sup>24</sup> *Vid.* el modelo IX de nota marginal haciendo constar la constitución de hipoteca mobiliaria entre los modelos del Anexo del RHM y PSD.

<sup>25</sup> Esta situación ya fue advertida por VIOLA SAURET. Los problemas registrales..., p. 437. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA —*La hipoteca y los bienes inmuebles por destino...*, pp. 207 y sigs.—, parece dar por supuesto que la coordinación inter-registral no es posible o que no debe practicarse. No lo creo así; mucho más ahora cuando por mandato de la Ley todos los Registros a cargo de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles deben estar interconectados incluso telemáticamente. RÍOS MOSQUERA en: *Suplemento de la RCDI*, núm. 700, 22 de septiembre de 1955, p. 74, ya defendió en su momento la solución consistente en la remisión de un «oficio» por el Registrador de Bienes Muebles (antes, el de hipotecamobiliaria y prenda sin desplazamiento) a su colega de Propiedad.

<sup>26</sup> Así en VALLET, *Planteamiento y cuestiones generales...*, p. 86.

<sup>27</sup> Por otra parte, el «perjuicio» de la garantía real mobiliaria que se ha descrito puede suponer dos cosas bien distintas: o la postergación en rango o, incluso, la nulidad radical y absoluta *ex artículo 2 LHM y PSD* de la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento que, no obstante, presentadas antes en el Registro de Bienes Muebles, solo con posterioridad, o nunca, acceden al Registro de la Propiedad y cuando antes se «cuela» una hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión. Es mi opinión que tal solución radical resulta inadmisible: solo —que ya es mucho, soportará una postergación en rango la garantía real mobiliaria. *Vid.* también: VIOLA SAURET, *op. cit.*, pp. 436 y sigs.; GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, *op. cit.*, p. 176; CARRASCO PERERA-CORDERO, LOBATO-MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 777; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *op. cit.*, p. 201.

<sup>28</sup> Así en GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro mercantil*, 3.<sup>a</sup> ed. Civitas, 2001, p. 2300, nota al artículo 75.

<sup>29</sup> 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 LHM y PSD, tales bienes solo podrán hipotecarse o pignorarse 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 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.<sup>a</sup> LHM y PSD— permite expresamente la hipoteca de cuota, como permite también la hipoteca de usufructo (cfr. arts. 216 y 217 RH; art. 107.1.<sup>o</sup> 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 CC). 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) LHM y PSD y 34 y 39 RHM y PSD.*

<sup>30</sup> GULLÓN BALLESTEROS (en «Cuestiones de preferencia...», *op. cit.*, p. 783), escribió en su día que «*hubiera sido un acierto de la LHM el contener unas inscripciones de referencia en el Registro de Hipoteca Mobiliaria cuando al amparo del artículo 111 de la LH se hubieran hipotecado pertenencias susceptibles de hipoteca mobiliaria independiente o prenda sin desplazamiento. De este modo se evitaría, salvo error o negligencia del Registrador, el fenómeno que trata de prohibir el artículo 21 LHM.* En igual sentido, con referencia a la hipoteca de establecimiento: GÓMEZ-ACEBO, *op. cit.*, pp. 139 y sigs. En realidad, el problema se evitaba con buena técnica registral a través de la correcta extensión del deber de calificación del RBM: como revelan las propias RRDGRN, el Registrador de Bienes Muebles consultaba de oficio el Registro de la Propiedad para comprobar si el inmueble estaba hipotecado bajo el pacto del artículo 111.1º LH.

<sup>31</sup> En dicho precepto se trata de la colisión entre garantías mobiliarias de la Ley de 1954 y la reserva de dominio de la LVP. El Registrador de Bienes Muebles de quien se solicita una inscripción de hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento debe contrastar la posible existencia de una reserva de dominio sobre los mismos bienes. Una vez inscrita una hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento, si posteriormente llegara a inscribirse una reserva de dominio sobre los mismos bienes previamente gravados, el Registrador de Bienes Muebles ha de hacer constar en la inscripción la sujeción del bien a las garantías anteriormente constituidas.

<sup>32</sup> La bibliografía es abundantísima. Déjese mencionar tan solo las siguientes publicaciones: ALI, PAU, *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.

<sup>33</sup> Tesis defendida por la mayoría de los autores. Por todos: GARCÍA GARCÍA, J. M., Comentario del Código Civil, *op. cit.*, p. 1910; ROCA SASTRE-ROCA-SASTRE MUNCUNILL-BERNÀ I XIRGO, Derecho hipotecario..., *op. cit.*, p. 28; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., Reservas de dominio sobre pertenencias..., *op. cit.*, p. 634; CARRASCO-CORDERO-MARTÍN, Tratado de los derechos de garantía, II, *op. cit.*, p. 498.

<sup>34</sup> Por todos: GULLÓN, BALLESTEROS, A., «Cuestiones de preferencia ...», *op. cit.*, pp. 781 y sigs.

<sup>35</sup> *Vid.* FERNÁNDEZ CARRÓN, C., *Tercería de mejor derecho*, *La Ley*, 2010, capítulo 1.1.2, Créditos vinculados a bienes muebles.

<sup>36</sup> Así en ZUMALACARREGUI, El registro de reservas de dominio..., *op. cit.*, p. 559; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Comentarios a la Ley de venta a plazos..., *op. cit.*, p. 290.

<sup>37</sup> Como es de sobra conocido, bajo la Ley 50/1965 fueron defendidas dos grandes tesis acerca de la naturaleza jurídica de la reserva de dominio. Según la teoría clásica, la reserva de dominio constituía una auténtica reserva de la propiedad a favor del vendedor y el pago del precio se configura como una condición suspensiva de la transmisión del dominio al comprador. Esta interpretación ha sido acogida por el redactor de la Ordenanza del Registro de Bienes Muebles a Plazo (cfr. Orden de 19 de julio de 1999; art. 4) y por gran parte de la doctrina española y de nuestra Jurisprudencia. *Vid.* entre otros: CABANILLAS GALLAS, Defensa en Cortes del Proyecto de Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos, *RCDI*, 1965, pp. 1150; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 111 y sigs.; TORRES LANA, Notas críticas a la Ley de Ventas de Bienes Muebles a Plazos, *RDP*, 1975, p. 631; ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, pp. 363 y sigs.; CANDIL CALVO, *Pactum reservati dominii*, Madrid, 1915, pp. 72 y sigs. También la jurisprudencia se ha decantado mayoritariamente por esta tesis (entre otras, las SSTS de 10 de junio de 1958; 19 de octubre de 1982, 11 de

julio de 1983, 19 de mayo de 1989, 23 de febrero de 1995; 12 de julio de 1996 o 28 de abril de 2000).

El Prof. BERCOVITZ formula por primera vez la teoría que concibe a la reserva de dominio como una suerte de garantía real. *Vid. La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid, Moneda y Crédito, 1971, pp. 45 y sigs.; IDEM, en *Comentarios a la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos*, Madrid, Montecorvo, 1977, pp. 170 y sigs. Otros autores han seguido esta tesis: BALDO DEL CASTAÑO, *Régimen jurídico de la venta a plazos. Particular estudio de sus garantías*, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 188 y sigs.; LOBATO GARCÍA-MIJÁN (*La reserva de dominio en la quiebra*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 33 y sigs., ROJO AJURIA, Las garantías mobiliarias. Fundamentos del Derecho de garantías mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América, *ADC*, 1989, III, pp. 75, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Perspectiva actual de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento en relación con la venta a plazos de bienes muebles, *RCDI*, 1967, pp. 698 y sigs.; DE LA CUESTA RUTE, Aspectos de la protección del vendedor en la compraventa a plazos ante la suspensión de pagos del comprador, *La Ley*, 1982-4, p. 326), o AMORÓS GUARDIOLA (El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles, *RCDI*, 1972, p. 33).

Se ha defendido en fin que la reserva de dominio opera como una condición resolutoria, en el sentido de que la propiedad del bien se transmite al comprador, pero retornará de nuevo al vendedor si se cumple una determinada condición: el impago de los plazos por el comprador, *Vid.* la STS de 16 de marzo de 2007 y, entre otros, DÍEZ-PÍCAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, Madrid, Civitas, 1995, p. 786; CASAS VALLÉS, La reserva de dominio en la venta de inmuebles. Apuntes sobre la naturaleza jurídica a la vista de alguna sentencia del Tribunal Supremo, *RJC*, 1986, p. 607.

El tratamiento que la nueva LVP de 1998 hace de la reserva de dominio difiere sustancialmente del que se contenía en la vieja Ley de 1965. Efectivamente, tanto la nueva regulación contenida en la LEC (a propósito de la garantía sumaria de los derechos del acreedor por el procedimiento verbal previsto en los arts. 250.1.10.<sup>o</sup> y 250.1.11.<sup>o</sup>) así como la deficiente regulación concursal del «privilegio especial» (según el art. 90. 1.4.<sup>o</sup> LC) hacen pensar más bien que el legislador considera a estos mecanismos como funcionalmente análogos a una garantía real (el vendedor no es aún dueño en fase de seguridad) o, mejor quizás, una venta en garantía (fiducia cum creditore). No obstante, siguen existiendo defensores de la tesis clásica. La doctrina es abundante. Déjese citar dos estudios recientes que repasan con detalle la discusión: MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario a la STS de 5 de mayo de 2005. Contrato de financiación a comprador de bienes muebles con reserva de dominio inscrita. Inadmisión de tercera de dominio ejercitada por el financiador. Posibilidad de considerar esa reserva de dominio como un supuesto de venta en garantía», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2006, núm. 70, pp. 427-445; GALICIA AIZPURÚA, G., *Fiducia, leasing y reserva de dominio*, Reus, 2014, esp. pp. 179 y sigs.

<sup>38</sup> ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL-BERNÀ I XIRGO, Derecho hipotecario..., *op. cit.*, p. 26.

<sup>39</sup> En Comentario al artículo 1.877 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1910.

<sup>40</sup> En cambio, en la STS de 21 de diciembre de 1990 se admite la extensión objetiva de la hipoteca a un bien que en el momento de la constitución estaba sujeto a reserva de dominio que había sido cancelada por pago completo del precio asegurado cuando se procedió a la ejecución de hipoteca. *Vid.* OCANA RODRÍGUEZ, *Garantía de la venta a plazos...*, *op. cit.*, pp. 97 y sigs.

<sup>41</sup> Por todos: CARRASCO PEREA-CORDERO LOBATO-MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los Derechos de Garantía*, *op. cit.*, p. 519.

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El Registro de Bienes Muebles...*, *op. cit.*, pp. 209 y sigs. Ese mismo criterio se sigue por CARRASCO-CORDERO-MARÍN, *Tratado de los Derechos de garantía*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 781 y sigs. En el Tomo II dedicado a las garantías mobiliarias, en el mismo sentido, *vid.* p. 498 con cita del primero.

<sup>43</sup> Ciertamente, comparto con CARRASCO PERERA, que la doctrina es «arriesgada». pero, en mi opinión, fundada. En realidad, se presuponen algunas cosas, pero todas sensatas: que existe espacio normativo para la reserva de dominio habilitado por las Leyes 6/1995 (Ley del Comercio Minorista) y 3/2004 (Ley contra la Morosidad), que ello no provoca inconsistencias sistemáticas en la LVPBM y, en fin, que esta atípica reserva goza de los privilegios, concursales y extraconcursales, de la reserva clásica. *Vid.* CARRASCO PERERERA, A., Reservas de dominio sobre universalidades de bienes (stocks de vehículos) destinados a la reventa al público, *La Ley*, núm. 7964, 2012.

<sup>44</sup> Precisamente, el derogado artículo 2.<sup>º</sup> LHM y PSD contemplaba una excepción a la prohibición de dar en prenda o hipoteca mobiliaria bien muebles cuyo precio no estaba aún satisfecho en el caso en que la garantía mobiliaria precisamente se constituía para asegurar el pago del precio.

<sup>45</sup> *Vid.* RIFFARD, J.-F., Le security interest..., *op. cit.*, p. 340.

*(Trabajo recibido el 20-1-2015 y aceptado para su publicación el 6-2-2015)*