

Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria

SUMARIO. — I. Precedentes y crítica. — II. Definición y caracteres. — III. Elementos personales. Las limitaciones en la facultad dispositiva del hipotecante.—IV. Elementos reales. La cosa y el crédito.—V. Elementos formales. La escritura y la inscripción.—VI. Efectos. Con relación a la cosa, el crédito y a los terceros.

I. PRECEDENTES Y CRÍTICA

Concretándonos a los precedentes de esta figura jurídica dentro de nuestra patria, hemos de tener en cuenta que con ella se va volviendo al concepto tradicional de la hipoteca en el Derecho romano, caracterizado porque, mediante la misma, no se desplazaba la posesión de la cosa dada en garantía, siéndole indiferente la clase de bienes sobre la que recaía y, por tanto, él que éstos fuesen muebles o inmuebles, por ello hemos de señalar como primer antecedente de la presente institución, o mejor dicho, modalidad intermedia entre la hipoteca inmobiliaria y la prenda, el proyecto de ley sobre crédito agrícola, debido a Montero Ríos, que, como otros posteriores, no llegó a cuajar en la realidad legislativa, consiguiéndose únicamente la modalidad de la hipoteca naval de 21 de agosto de 1893, median-

te la ficción de considerar a los buques como inmuebles al solo efecto de su hipotecabilidad.

A principios del presente siglo hay una mayor activación en el intento de conseguir disposiciones legales que atendiesen a este problema, siendo de destacar, como dice Ramos Folqués en trabajo sobre «El Registro de Hipoteca mobiliaria» (REVISTA CRÍTICA, marzo de 1954), la labor de Ramos Bascuñana, no sólo por su obra «Prenda Agrícola o Hipoteca Mobiliaria» y otras varias relacionadas con esta materia, sino por las conclusiones presentadas en el Congreso Agrícola de la Federación de Levante del año 1907, que fueron las siguientes: 1.ª Reforma de los artículos 1.863, 1.865, 1.870, 1.872, números 5.º, 6.º y 7.º del 334, número 2.º del 1921 y número 3.º del 1926, todos del Código civil. 2.ª Modificación de los artículos 108, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria. 3.ª Idem del 1.149 de la Ley de Enjuiciamiento civil. 4.ª Establecimiento del Registro de Prenda Agrícola; y 5.ª Establecimiento del seguro de las cosas dadas en prenda. Cuyas conclusiones, según el citado articulista, reflejan una aspiración social, que, pese a los años transcurridos, aún no había quedado bien planteada y resuelta por la legislación.

Con un ambiente cada vez más propicio para la regulación legal de este problema, se dicta la primera disposición sobre la prenda agrícola sin desplazamiento por el Real decreto-ley de 22 de septiembre de 1917, y la Real orden de 2 de octubre de 1918. Los cuales, si su finalidad era la de conseguir un estado de controversia doctrinal, hay que reconocer que lo consiguieron; pero si se trataba de que esa institución fuese utilizada en la práctica legislativa, tendremos que admitir que constituyó un fracaso.

La causa del mismo, en el orden práctico, es atribuida por la generalidad de los tratadistas a las deficiencias en el desarrollo de la organización, pero entendemos nosotros que ese fracaso hay que buscarlo en la realidad misma de la vida nacional, sin perjuicio de que también contribuyesen a él esas deficiencias, como pasamos a exponer.

Toda la vida agrícola es, por su misma naturaleza, una de las más atenuadas a la tradición, y difícilmente se logra el hacerla evolucionar con cierta rapidez, salvo con ocasión de algún cataclismo de orden social, el que también puede ocasionar una evolución en sentido retrógrado, por lo que en ella se van admitiendo con prefe-

rencia aquellas instituciones que ya han sido probadas como útiles en otros sectores de la vida nacional, y aún esto con cierta cautela. Ante esa realidad, el introducir una forma de garantía distinta a la tradicional de la hipoteca inmobiliaria, que había resultado tan fácil para casi todos los agricultores, cuando ésta no había desplazado aún a las anticuadas formas consistentes en las ventas a pacto de retro, e incluso en esas figuras híbridas entre las anteriores y la anticresis, que todavía subsisten, si bien completamente alejadas del campo doctrinal y del legal y atendidas a una antigua y vulgar interpretación, que ha de alejarlas cada vez más de toda legalidad, era llevar al fracaso a la institución que se creaba.

Por el contrario, en las esferas industrial y mercantil se está más propicio a adoptar cualquier institución nueva, y más cuando llene alguna laguna del ordenamiento jurídico aplicado en la vida diaria. Entre esas lagunas estaba la de posibilitar el que sirviesen de garantía los bienes muebles, sin necesidad de que para ello se privase de su uso al deudor, la cual era sentida cada vez con más apetencia, por el valor extraordinario que habían tomado esta clase de bienes, que llegaban a igualar, e incluso superar, al de los inmuebles. La consecuencia de ello, al darle carta de naturaleza a la nueva institución, traería a su vez, por efecto expansivo, la aún mayor de facilitar el que penetrase en la vida agrícola una vez probada su eficacia en la vida mercantil.

Quizá, por comprenderlo así, se trató de ampliar la esfera de esta institución, siendo dictado para ello el Decreto de 29 de noviembre de 1935 y el Reglamento de aplicación, de 17 de enero de 1936, relativos a los préstamos sin desplazamiento de la garantía a favor de los tenedores de aceites, y la Ley de 17 de mayo de 1940, sobre esta misma modalidad de préstamos, respecto a los industriales, con la garantía de su propia maquinaria.

Pero este sistema de evitar la reconstrucción parcial del «edificio» para acomodarlo a nuevos servicios, añadiéndole unas construcciones laterales sin atenerse al plan de estructuración del mismo, se reveló insuficiente y desordenado; por ello, y a fin de adaptar a estas nuevas funciones las partes necesarias de nuestro Código civil, nació la Ley de 5 de diciembre de 1941, que añadió al capítulo II del título XV del libro IV del mismo una sección segunda que tituló «De la prenda sin desplazamiento», comprendiéndose en ella

los artículos 1.863 bis al 1.879 bis, pero conservando, quizá para caso de emergencia, parte de aquella edificación lateral, ya que la aludida disposición no derogó expresamente el Real decreto-ley de 1917, que habría de considerarse vigente en lo que fuera compatible con la nueva disposición.

Refiriéndose a esta nueva disposición en que se añadía al Código una nueva sección, decía Sanz Fernández (*Prenda sin desplazamiento*. «Anales de la Academia Matritense del Notariado», año 1946): «La nueva Ley ha tratado, sin duda, de recoger una regulación amplísima de la prenda, comprendiendo en ella, tanto subjetiva como objetivamente, todas las personas y todas las cosas posibles y terminando con el carácter especialísimo que hasta ella habían tenido todas las regulaciones positivas. Quizá, por ello, en vez de seguir el criterio precedente de dejar la regulación para una ley especial que viviera fuera del Código civil, ha sido incorporada a éste. Esta novedad, que rompe el tradicional y plausible sistema de las leyes especiales, no puede considerarse muy acertada, pues aparte la anomalía que supone la existencia dentro del Código de un cierto número de artículos repetidos, cosa nueva en nuestro Derecho y poco elegante desde el punto de vista externo de los Cuerpos legales, la nueva Ley desencaja totalmente del contenido de nuestro auténtico Código civil, por dos razones: la primera, porque algunos de sus preceptos violentan y contradicen las normas de éste; la segunda, porque en ella se recogen, no solamente casos civiles, sino también típicamente mercantiles.»

Consideraba también dicho tratadista que esa disposición había dejado fuera de su regulación bienes de tal importancia como la Propiedad intelectual e industrial y las empresas mercantiles, en todos los cuales era muy necesaria una forma de garantía susceptible de serle aplicada.

Si a esos defectos unimos los de no haber satisfecho tampoco las acertadas conclusiones del Congreso antes aludido, las cuales son indispensables para un desenvolvimiento eficaz de esta institución en el orden práctico, tendremos que convenir en que era indispensable una nueva regulación de la materia que, corrigiéndolos, permitiese el que, a la vez que nacía esta institución a la vida legal, lo hiciese también a la vida práctica.

Todo ello podría haber sido conseguido mediante una nueva co-

dificación, que resultaba ya tan necesaria en este y en otros órdenes de nuestro actual Derecho civil. No obstante, la dificultad que ello entrañaría y la preocupación moderna de hacer para ahora y no para un largo período de tiempo, han motivado el que se acometa la solución en la forma de una nueva Ley independiente, más completa que las anteriores, cual es la vigente de 16 de diciembre de 1954, que al tener que recoger normas civiles, hipotecarias, mercantiles, procesales y notariales, ha de ser limitada en sus disposiciones, teniéndose que acudir como complementarias a las respectivas legislaciones, que, inspiradas en distintos criterios, motivará con frecuencia pugnas y contradicciones entre ellas, que no facilitarán la claridad en su aplicación. Complementando esa Ley, ha sido dictado el Reglamento de aplicación de 17 de junio de 1955, que forzosamente ha de adolecer de los mismos defectos, aunque más atenuados que la Ley, por su índole más concreta y limitada que aquélla.

Es de lamentar que la nueva Ley no haya recogido en su articulado a la hipoteca naval, habiéndola considerado como una más de las mobiliarias que en ella se especifican, al tener unas características tan análogas a la de las aeronaves que ahora se crea, redimiéndola así de la innecesaria ficción de tener que considerar a los buques como inmuebles al solo efecto de su hipotecabilidad, a la vez que hacía desaparecer la diversidad legislativa en este punto, la cual no es conveniente para un desarrollo eficaz de la institución.

Sin embargo, el inconveniente fundamental de esta nueva Ley radica en su vuelta a los anticuados sistemas de las Pragmáticas de 1539 y 1768, especialmente el instaurado por esta última, creadora de un Registro de gravámenes, que sustancialmente instituyó para los inmuebles un sistema análogo al que la presente estatuye para los muebles, como lo reconocen sus mismos redactores en la Exposición de Motivos, al decir: «Han sido objeto de meditación el alcance que deberá darse al nuevo Registro en el sentido de si sería procedente establecer un sistema de Registro de la Propiedad que, al modo de la propiedad inmueble, recogiera toda la historia jurídica de los bienes, incluso las transmisiones de dominio de los mismos, o un sistema de Registro de gravámenes, limitado a las finalidades de esta Ley. Aunque, en principio, se ha desistido de él en atención a las dificultades prácticas de su adaptación, toda vez que exigiría un cambio total y absoluto en el sistema de trans-

misión de propiedades y contratación de esta clase de bienes. Por esta razón se ha regu'ado solamente un Registro de gravámenes, si bien se estima procedente hacer constar el criterio favorable al Registro de la Propiedad de los bienes muebles, al menos para algunos de ellos, como los establecimientos mercantiles y los automóviles.»

Las razones del párrafo que transcribimos no pueden convencernos de la necesidad de volver a instaurar un Registro de gravámenes y, sobre todo, si analizamos el contenido del apartado final de dicho párrafo, que precisamente por lo que omite constituye una declaración positiva de que los razonamientos aducidos encubren a otros más reales, que constituyen la verdadera causa que ha impedido la creación de un Registro similar al de inmuebles, siendo quizá ellas no de orden jurídico, sino de oportunismo o coyuntura legislativa; pero aún así, no creemos que puedan ser suficientes para justificar la postura adoptada, pues, por el contrario, entendemos que es precisamente ahora cuando puede llegarse a ese Registro sin necesidad de pasar por el de gravámenes.

Si estudiamos la cuestión en las legislaciones de los países de ascendencia latina, más similares en su vida y costumbres al nuestro, veremos que el Libro VI del Código civil italiano, que está dedicado a la Tutela del Derecho, consagra el capítulo III a la inscripción de los actos relativos a algunos bienes muebles, recogiendo en su sección primera todo lo referente a las inscripciones de las naves, aeronaves y automóviles.

En el artículo 48 del Código de Comercio francés, que es el segundo de su sección primera, sujeta a inscripción en el Registro de Comercio a los establecimientos públicos de carácter industrial o comercial. Y esto ocurre en una nación de tan deficiente sistema registral como el vigente en la misma para los inmuebles.

Finalmente, la reciente Ley portuguesa sobre la organización de los servicios de Registro y Notariado, establece, en el artículo 8.º, un Registro Comercial a cargo de las Oficinas del Registro Predial, creando, por su artículo 9.º, un Registro de automóviles a cargo de los mismos funcionarios que aquél, el cual se establece en todas las poblaciones en que existan Direcciones de Vías Públicas y en el que deberá de inscribirse con carácter obligatorio la adquisición de todos los citados vehículos.

Esas referencias a otras legislaciones ponen de relieve, sin necesidad de razonamiento alguno, la posibilidad y conveniencia de establecer un Registro similar al de los inmuebles, para esta especial clase de bienes muebles, que constituye en la actualidad un grupo privilegiado y preferente a los demás.

Podrá haberse pensado que al instaurar un Registro de gravámenes se habituaria a sus usuarios, constituyendo así un primer escalón para un ulterior paso a un Registro más completo, evitando el cambio demasiado rápido en su actual organización y, sobre todo, en los requisitos de las transmisiones de todos esos bienes, que aparentemente quedan ahora en una situación de libertad; pero este razonamiento no está muy conforme con la realidad presente, como nos lo revela el más somero análisis de cada uno de ellos.

Las aeronaves no requieren siquiera el mencionado análisis, ya que está prevista su inscripción en una sección especial del Registro Mercantil cuando se desarrolle en un Código de navegación aérea la actual Ley de Bases dictada a tal fin.

La propiedad intelectual e industrial tiene una legislación y un Registro especial, que obliga a las mismas formalidades que podrían exigírsele por la creación del Registro que propugnamos.

El numeroso grupo de los vehículos de motor, acogido a otra sección del Registro Mercantil, hubiese quedado en una situación más eficaz y más cómoda a los usuarios que la vigente en la actualidad: el pago del impuesto de Derechos reales les es ahora más gravoso en relación con los demás bienes sujetos al mismo, por ser uno de los pocos que no tienen fijado un medio cómodo de comprobación, teniéndose que acudir al extraordinario y anormal de la tasación pericial. La transmisión se lleva a efecto generalmente con la intervención de una de las múltiples Agencias a ello dedicadas, para asegurarse así el adquirente el que han sido cumplidos todos los requisitos que su registración le va a exigir, y si ello podría llevar cierta similitud en el aspecto económico con la escritura notarial, en el jurídico no puede ni plantearse la comparación. Por último, habrá de acudir el adquirente al Registro Administrativo establecido para estos vehículos, y no podemos imaginar ninguna función del mismo, tanto público como privada, que no pueda ser llevada a efecto mediante el Registro Mercantil, además de conseguirse con

ello una seguridad en el tráfico jurídico y un aumento de su función crediticia que el actual Registro es incapaz de conseguir por su especial naturaleza.

En cuanto a los establecimientos mercantiles e industriales, parece que les será más forzada la implantación de un Registro, pero en la generalidad de los supuestos apenas supondría incremento alguno en los requisitos que en la actualidad requiere su transmisión. Si el establecimiento radica en un local arrendado, su transmisión o traspaso requiere el otorgamiento de escritura pública y, en consecuencia, la imposibilidad de que pueda ser ocultada la transmisión, razón final de muchas opiniones, con el fin de defraudar el impuesto correspondiente; por ello, el requisito de la inscripción queda sobradamente compensado con las ventajas que ella traería consigo. Si el establecimiento radicase en local propio, el problema es casi indiferente, pues bastantes de los elementos del negocio mercantil o industrial, quizá lo más valiosos, cual ocurre con las máquinas, ya son susceptibles de inscripción al incorporarlos en forma permanente al inmueble donde radique y, de ser objeto, juntamente con éste, de una hipoteca inmobiliaria, como determina el artículo 111 de la Ley Hipotecaria.

Queda por tratar solamente de la maquinaria industrial, considerada independientemente del complejo mercantil a que se encuentre afecta y del inmueble donde radique; pero, respecto de ella, estimamos, incluso, que ha sido impropio su designación como objeto de esta modalidad de hipoteca. En efecto, si pertenece al dueño del inmueble donde radique, éste disponía de la hipoteca mobiliaria del establecimiento, o de la inmobiliaria de la finca, como forma de garantía en la que incluir la maquinaria como medio de elevar esa garantía; si estuviese enclavada en local arrendado con facultad de traspasar, cabría su inclusión en la hipoteca mobiliaria del establecimiento, y únicamente si radicase en local arrendado sin facultad de traspasar es cuando sólo le quedaría a su titular la forma especial de la hipoteca mobiliaria de la maquinaria como garantía que pueda serle aplicable, pero para este caso únicamente no merecía el que se haya permitido desgajarla del establecimiento a que corresponde, pudiéndose haber suplido esta falta con la admisión de la prenda sin desplazamiento para este caso específico, ya que por lo poco jurídico de esta última figura de garantía no pue-

de haber obstáculo alguno en añadir un caso más a la concreta enumeración de las cosas susceptibles de ella.

Aparte de las razones que hemos venido exponiendo, la entrada en vigor de la nueva Ley hará que se plantee con frecuencia un problema jurídico de gran importancia, que incluso puede motivar el desuso de esta nueva modalidad de hipoteca y el cual no podría surgir si el Registro que se hubiese implantado fuese más completo que el de gravámenes. Nos referimos a ciertas tercerías de dominio.

Efectivamente, el número 3.º del artículo 85 de la presente Ley considera como causa de suspensión del procedimiento de ejecución judicial sumario, y lo mismo del extrajudicial ante Notario por aplicación al mismo de ese precepto, según dispone el artículo 88, la interposición de la demanda de tercería de dominio que esté fundada en un título de propiedad anterior a la fecha de la escritura de hipoteca, pero advirtiéndolo acertadamente que si los bienes fuesen susceptibles de inscripción en «algún Registro, dicho título habrá de estar inscrito también con fecha anterior a la hipoteca».

Conforme a este precepto, observaremos que la existencia de «un» Registro protege al acreedor contra toda posible tercería, ya que no le perjudicará la titulación no inscrita, e igualmente le ocurrirá respecto a la hipoteca a cualquier adquirente anterior, pues si se acogió a las seguridades que aquél le ofrecía, no pudo surgir la hipoteca y no tendrá siquiera la molestia, ni el gasto, de tener que interponer la tercería. Si no existe ese Registro, la postura del acreedor hipotecario, e incluso la del adquirente anterior por título fehaciente, es bastante precaria; el primero puede ver desaparecida su garantía por una escritura de transmisión que le era desconocida al aceptar la cosa en garantía de su crédito, a pesar de ser de fecha anterior, si el hipotecante obra de mala fe; el segundo, a su vez, estará obligado a interponer un juicio de tercería contra el acreedor, si su causante, también con dicha mala fe, hipotecase la cosa que le había transmitido, y los inconvenientes, gastos y dilaciones que todo ello puede originar en el tráfico jurídico, sin superiores a los que llevaría consigo la implantación de un Registro de carácter general que no esté limitado solamente a los gravámenes como el que ahora se establece.

Tratando de paliar las consecuencias perjudiciales de estos supuestos de mala fe, a fin de dejar a salvo de ella el mayor número

posible de casos, ha tenido necesidad el Reglamento, saliéndose del marco propio de él, de dictar una norma que hubiera tenido una mayor adecuación dentro de la Ley. Por ello, en el párrafo primero del artículo 13, considera como susceptible de motivar una inscripción en este Registro a las compraventas de bienes susceptibles de ser objeto de esta modalidad de hipoteca, cuyo precio aplazado hubiese sido garantizado mediante el pacto de reserva, o el de reversión, del dominio, siempre que este contrato conste en escritura pública. Y dando un paso más ha permitido, por el artículo 35, en relación con el 39, que abrán folio registral las anotaciones de demanda de propiedad relativas a estos bienes; resultando con ello, que mediante esa anotación de la demanda, puede obtener una protección más eficaz de su derecho el que «demanda la propiedad de la cosa», la cual puede que no le sea concedida en el juicio que aquélla inicia, que el que «adquiere» esa misma propiedad con evidente injusticia para este último.

II. DEFINICIÓN Y CARÁCTERES

Podríamos definir la hipoteca mobiliaria, siguiendo la tónica de la nueva Ley de 14 de diciembre de 1954, como el derecho real de garantía recayente sobre determinados muebles ajenos, de posible enajenación y susceptibles de especificación que, naciendo por su inscripción registral y sin necesidad de desplazar su posesión, los afecta al pago de la obligación garantida, a la vez que limita su enajenación al caso de que ésta sea consentida por el acreedor.

Analizando estos caracteres, tendremos, en primer lugar, el de que esta hipoteca constituye un verdadero derecho real, tanto desde el punto de vista doctrinal como desde el legislativo.

Desde este último se expresa con gran claridad por el artículo 16, que: «La hipoteca mobiliaria sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fué constituida.»

Y en la Exposición de Motivos de la Ley, al tratar de la naturaleza jurídica, la asimila en un todo a la hipoteca inmobiliaria, pues después de considerar la posibilidad, bien de equipararla a la hipoteca mediante la ficción sentada para la naval de considerar

los bienes hipotecados como inmuebles, al solo efecto de su hipotecabilidad; bien la de crear una modalidad de la hipoteca en la forma de hipoteca mobiliaria, o, finalmente, la de asimilarla a la prenda, opta por considerarla como una verdadera hipoteca, haciendo surgir con ello una nueva división de éstas en atención a la naturaleza mueble o inmueble del objeto sobre el que aquélla recaiga, al decir que: «Más que la instauración de dos figuras jurídicas nuevas, se trata de trasplantar ciertos bienes muebles que por su función económica lo merecen, y cuya perfección identificadora lo permiten, al régimen jurídico de la hipoteca de los inmuebles, de tan notorio desenvolvimiento técnico y económico en España, todo ello partiendo de la misma naturaleza y cualidades de las cosas muebles sin forzadas ficciones de asimilación a los inmuebles». Por esto, si, según lo que hemos transcrito, la identificación de esta hipoteca con la inmobiliaria es completa, sobre todo en cuanto a su naturaleza jurídica, es evidente que ésta es considerada por la legislación y, especialmente, por la legislación hipotecaria, como un derecho de naturaleza real, cuya calificación tendrá que aplicarse forzosamente a la que aquí tratamos.

Finalmente, la misma Ley que comentamos lo declara así de una manera explícita, pues al tratar por el artículo 12 de los bienes que pueden ser hipotecados, a la vez que exceptúa expresamente a otros, declara como no susceptible de ello el «derecho real» de hipoteca mobiliaria, o sea, la subhipoteca.

Desde el punto de vista doctrinal, también es predominante la estimación de la hipoteca inmobiliaria, a la que ésta se asimila, como un derecho real, pues si bien algunos autores como Carnelutti la consideran como un ente o figura procesal, poniendo de relieve que el derecho fundamental de ella, cual es el concedido al acreedor para instar su realización a fin de percibir una suma de dinero que extinga su crédito, no es otra cosa que un puro instrumento procesal; ello es consecuencia de superva'orizar uno solo de los caracteres de la hipoteca, mediante la elevación de las consecuencias a la categoría de principio rector, a la vez que se olvidan, quizá voluntariamente, los restantes caracteres, e incluso lo fundamental de esa misma característica en la que se apoya para su calificación.

Si para estudiar la cuestión desde sus fuentes consideramos los caracteres de las obligaciones, veremos que uno de los más funda-

mentales es el de su cumplimiento, bien sea éste voluntario o forzoso, y si nos concretamos a la modalidad del cumplimiento forzoso, tendremos que subdistinguir, a su vez, entre el derecho del acreedor a su cumplimiento, que es plenamente civil, y los trámites de ese cumplimiento, que es una cuestión de orden procesal.

El hecho de concederse al acreedor una preferencia o una prelación para el cobro de su crédito, no nos autoriza a sostener que ésta sea en sí un derecho civil, sin perjuicio de que pueda llevar consigo una modificación en el trámite procesal, ya que lo característico no será la modificación de este trámite, sino la concesión al acreedor de un privilegio para el cobro de su crédito, respecto a cualquier otro que no reúna ese requisito.

Finalmente, naciendo esa preferencia, bien de una disposición legal, bien de un contrato entre partes al que la Ley le reconoce esa virtualidad, la esencia del contrato será esa preferencia considerada en sí misma y no la forma en que ella pueda ser desenvuelta al ejercitarse en el caso de incumplimiento de la obligación. Con ella no se mira el aspecto procesal, sino a la mejora del crédito que supone, la cual se traduce a su vez en un mejoramiento para el deudor de las circunstancias económicas de la obligación, junto con una mayor facilidad para poderla contraer.

Si, por otra parte, nos fijamos en que el derecho de dominio contiene no sólo un cúmulo de facultades sino también una serie de cualidades, entre las que destaca la económica de aumentar el crédito de su titular, el derecho de hipoteca no será otra cosa que la afección de esa cualidad en favor de una obligación determinada, la cual prevalece frente a todos y llega casi a independizarse de las causas de la obligación en sí. Y esto constituirá un derecho real perfecto, que al ejercitarse gozará de preferencias y beneficios de orden procesal, pero que al constituirse, consistirá, como decimos, en una afección de cierta cualidad económica del dominio a la seguridad del cumplimiento de la obligación.

El segundo de los caracteres radica en ser un derecho de «garantía» y lo expuesto últimamente justifica el contenido del mismo, o sea, el de conceder una preferencia sobre esa cualidad económica del dominio o de un derecho real, cuya preferencia, si bien obra de hecho en el caso de cumplimiento forzoso de la obligación garantida, está protegiendo de derecho, y frente a todos, a esa obligación,

desde el momento en que ha quedado constituída válidamente la hipoteca.

Derivado de ese carácter, surge el de afectar los bienes sobre los que recae al pago de la obligación que ella garantiza, ya que precisamente consiste en ello la garantía y, por tanto, una de las condiciones esenciales de ella; pero sin que podamos llegar a una equiparación entre ambos términos, puesto que el de garantía es más amplio, comprendiendo, no sólo la seguridad para el acreedor de obtener mediante ella el cumplimiento forzoso de su derecho sobre los bienes específicos que a ese fin quedaron afectados, sino también un robustecimiento del crédito para el deudor, que al constituir el derecho real no parte de la base de que va a dejar incumplida la obligación y por ello persigue con esta afección de los bienes, el que aumentando las seguridades del acreedor puede él obtener de momento la ventaja económica de mayores plazos en el vencimiento y menores intereses en el crédito que los produzca, ya que la diferencia con los intereses aún mayores que se exigen a las obligaciones que carecen de esta afección constituye económicamente un seguro, que compensará al acreedor del tanto por ciento de obligaciones que le resultaren fallidas por insolvencia del deudor. Por ello podemos deducir que la afección de bienes concretos, que es lo que tipifica a esta forma de garantía, constituye su esencia y es la que lleva aparejada el mejoramiento del crédito, que es la finalidad que se propuso esta figura jurídica.

El carácter de ser un derecho que nace por su inscripción en el Registro, resulta con claridad de los párrafos 3.º y 4.º del artículo 3.º de la presente Ley, en los que se expresa que: «La escritura y la póliza, en su caso, deberán ser inscritas en el Registro que por esta Ley se establece.»

«La falta de inscripción de la hipoteca o de la prenda en el Registro privará al acreedor hipotecario o pignoraticio de los derechos que, respectivamente, les concede esta Ley.»

Ahora bien, si analizamos el contenido del párrafo 1.º de ese mismo artículo, introduciremos un elemento de confusión en esta materia, ya que en él se declara en forma terminante, que: «La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento se constituirán en escritura pública.»

Este problema se planteó ya con motivo de las hipotecas inmo-

biliarias, al comentar los artículos 1.875 del Código civil y los 145, y 159 de la Ley Hipotecaria, respecto a los cuales ya dijo JERÓNIMO GONZÁLEZ que la inscripción de hipoteca es siempre una inscripción constitutiva, debiendo entenderse que el artículo 1.875 emplea el verbo «constituir» en dos sentidos diferentes: como formalización del título que va a ser inscrito y como nacimiento del derecho real.

Con esta interpretación doctrinal se han manifestado conformes la generalidad de los civilistas e hipotecaristas, como Morell, Castán, Pérez y Alguer, De Buen, Manresa, Roca, etc., si bien no han faltado contradictores, de entre los cuales vamos a detenernos en la opinión sustentada por Sanz, que ha exhumado y revigorizado una idea que ya fué iniciada por Navarro Amandi en su «Cuestionario del Código civil».

Decía este último: «Por lo que toca a las hipotecas, su constitución produce dos órdenes distintos de efectos: uno, entre los que la han constituido; otro, con relación a terceros. Ahora bien, el contrato no puede menos de ser válido desde que existe, esto es, desde que concurren las circunstancias esenciales para la constitución de la hipoteca. El mismo otorgamiento de la escritura pública no puede afectar a la validez del contrato, sino a la obtención de sus efectos; la inscripción en el Registro ni siquiera puede tener ese valor; sus consecuencias no deben referirse a los efectos del contrato entre las partes, sino a sus efectos respecto de terceros.» Y conforme Sanz con el contenido de esa teoría, salvo en la parte referente a las escrituras públicas, estima a su vez que la inscripción de la hipoteca es necesaria para que el derecho real desenvuelva su eficacia, pero quedando vinculada la fuerza ejecutiva a la escritura.

Como opinión intermedia podemos citar la expuesta por Apalategui en el tomo 29 del *Mucius Scaevoli* (edición 1955), el cual califica a la escritura de requisito *ad solemnitatem* de tipo constitutivo, el cual provoca el nacimiento de la obligación, pero quedando estático este nacimiento hasta que se realice la inscripción. Sin embargo, no lleva esta tesis a todas sus consecuencias, pues posteriormente considera a la escritura y a la inscripción como dos requisitos constitutivos, y llegando aún más lejos en la evolución de su primera opinión, manifiesta, al referirse a la privación de los derechos que ocasiona la falta de inscripción de la hipoteca, que el no

poderse ejercitar esos derechos hasta que haya sido inscrita será «quizá porque no ha nacido.»

A nuestro juicio, no se ha hecho la debida separación entre la parte obligacional y la del derecho real en la génesis de la hipoteca. Dado que ésta no puede originarse en un hecho externo, pues, como dice JERÓNIMO GONZÁLEZ y afirma Roca, carece de expresión o exteriorización posesoria, hemos de limitar al contrato y a la Ley toda fuente posible de nacimiento de las hipotecas; pero los derechos reales requieren un respeto *erga omnes*, se necesitará para su nacimiento, no sólo la voluntad de los constituyentes (dejando aparte las hipotecas legales), sino un conocimiento real, o posib'e, del mismo por parte de todos, que al no ser éste un derecho susceptible de posesión, sólo podrá efectuarse: o mediante una notificación expresa, lo cual resulta evidentemente imposible, o por su consignación en una Oficina accesible a todos (el Registro de la Propiedad), ya que, como es obvio, la primitiva forma romana de publicidad, consistente en colocar en los bienes algún signo ostensible del gravamen, encerraba tales inconvenientes que había de ser desechada en el momento en que el derecho adquiriere cierto rigor científico.

Queda así la publicidad como la única que puede originar este respecto «*erga omnes*», que es anejo a todo derecho real, el que sin ella sería imposible de conseguir, y esta publicidad podrá obtenerse mediante la inscripción del contrato, sea este público o privado, pero con ciertas solemnidades de autenticación, e incluso mediante una declaración formal ante el mismo Registro que deba recogerla; pero como esta publicidad resultaría imposible de conseguir es mediante la exigencia de formas o solemnidades en el contrato mismo y en el momento de constituirse. Faltando la publicidad, no puede existir la hipoteca, pues si a su espalda se quisiese construir este derecho, además de la falta de criterio jurídico que ello supondría no se obtendría un derecho de garantía, sino, a lo sumo, y siguiendo la terminología moderna, un «arma secreta», destinada a herir al contratante de buena fe, en favor del que careciera de ella.

De todo lo expuesto podemos concluir diciendo que para el nacimiento del derecho real de hipoteca se requiere el que ésta sea inscrita en el Registro, o sea, que sea inscrito el contrato en que ella conste; pero como, por exigencia del artículo 3.º de la Ley Hi

potecaria, para que tengan acceso a él los actos o contratos susceptibles de ello, deberán constar en escritura pública o documento auténtico, con las únicas excepciones señaladas en ella, se requerirá que este contrato conste previamente en documento de esta clase para que pueda tener acceso al Registro y poder gozar de los efectos a ella atribuidos, o sea, para nacer a la vida jurídica. Por ello diríamos que el contrato encaminado a constituir el derecho real nace por la escritura, pero que el derecho real no surge hasta su inscripción.

El carácter de recaer sobre bienes ajenos susceptibles de ser enajenados apenas requiere justificación. Descartada en nuestro Derecho la hipoteca del propietario, que es admitida por el Derecho alemán, la calidad de ser ajenos, o sea, de no pertenecer al acreedor, resulta del espíritu de todo el articulado de la presente Ley. Además de ello, al establecerse en la disposición adicional tercera que deberá estimarse como derecho supletorio del presente las normas de la legislación hipotecaria que sean compatibles con la naturaleza de los bienes sobre los que recae esta modalidad de hipoteca y con las reglas sentadas en el articulado de la Ley, nos encontraremos con que en esa legislación supletoria ha sido considerada siempre la cualidad de ser ajenos los bienes como uno de los caracteres fundamentales de la misma, pues es tónica de nuestra legislación civil el que los derechos reales desmembrados del dominio, los limitativos de él y los de garantía, recaigan sobre cosa ajena, operándose su extinción por confusión al reunirse en una sola persona la titularidad del dominio y la del derecho real. Así ha sido reconocido, en cuanto a la hipoteca, por la Dirección General de los Registros en Resoluciones de 31 de marzo de 1879, 14 de diciembre de 1899 y 28 de mayo del mismo año, cuya doctrina está confirmada de una forma oficial por el número 15 del artículo 6.º del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, que estima exentas del mismo a «la cancelación de hipoteca cuando el acreedor hipotecario adquiera el inmueble gravado». Poniendo así de relieve no sólo que la reunión de las titularidades de acreedor y propietario de la cosa gravada llevan consigo la extinción de esa garantía, sino también el que esa extinción se produce de pleno derecho, sin que para ello medie voluntad expresa de su titular, a lo que podríamos añadir y aun contra la voluntad del titular mismo.

La necesidad de que los bienes objeto de ella sean enajenables es tan indispensable que sin ello no podría existir la hipoteca, pues holgarían todos los preceptos referentes a los procedimientos de ejecución, e incluso el que los interesados tasaran la finca a efecto de servir de tipo en la subasta. Además de ello, quedaría incumplido el contenido del citado artículo 16. que declara la afección de los bienes, directa e inmediatamente, a la seguridad del cumplimiento de la obligación garantizada, sea cualquiera su poseedor. A pesar de todo lo expuesto, no ha querido la Ley, siguiendo la tónica de la legislación hipotecaria, dejar esta cuestión en una situación de contienda doctrinal, y así se ha expresado de una manera concisa y clara por el artículo 1.º, que tanto la hipoteca mobiliaria como la prenda sin desplazamiento tendrán que recaer sobre bienes «enajenables», cuyo criterio concuerda con lo dispuesto para la prenda y la hipoteca por el artículo 1.858 del Código civil.

Esta característica de la hipoteca no obsta para que los bienes sobre los que pueda recaer estén transitoriamente en una situación de imposibilidad de ser transmitidos, pues ello afectará únicamente a la fijación del momento en que puede ser ejercitada la hipoteca que sobre ellos recaiga. Así puede ocurrir cuando el vehículo hipotecado sea un automóvil adjudicado por el Sindicato correspondiente si se ejecutase la hipoteca antes de los dos años de su adquisición, salvo que se entienda que esta venta queda fuera de esa prohibición y, por tanto, de tener que obtener para ella la correspondiente autorización (la del artículo 1.º de la Orden de 29 de septiembre de 1942), pues en este u otros casos similares la hipoteca será perfecta, con la única limitación de que su ejecución quedará suspendida hasta que la cosa pase a la situación de libertad de enajenación.

Con el carácter de recaer sobre bienes muebles susceptibles de especificación, entramos en el que diferencia esta especie de hipoteca de la tradicional que recaía sobre inmuebles. La necesidad de la admisión de esta forma de garantía respecto de ciertos bienes muebles era una necesidad sentida ya en la práctica, por lo que, atinadamente, se dice en la Exposición de Motivos que la importancia adquirida por las cosas muebles al impulso del moderno desarrollo industrial y la aparición de nuevos bienes en el sentido jurídico, difícilmente catalogables entre las cosas muebles o inmuebles,

hacía necesario el encontrar una forma que hiciese viable la garantía real sobre ellos.

Demostrada la necesidad del establecimiento de una forma de garantía real sobre estos bienes y establecida como más eficiente la hipotecaria que tradicionalmente se aplicaba a los inmuebles, era necesario a su vez el precisar si ella debería serle aplicada a todos los bienes muebles o sólo a una especial clase de ellos, y calando los legisladores la esencia de la hipoteca sobre los inmuebles han determinado en la citada Exposición de Motivos que: «La acción real ha tenido siempre como elemento indispensable la identidad de la cosa; por eso, teóricamente, no ha sido posible constituir derechos reales perfectos sobre cosas genéricas ni sobre cosas futuras. El grado de perfección en cuanto a la identidad de la cosa y su reflejo consiguiente en documentos y Registros públicos ha llevado a la Comisión a distinguir dos grupos de bienes: los de identificación semejante a la de los inmuebles, y, por tanto, como éstos, claramente susceptibles de hipoteca, y los de identificación menos perfecta, y, por consiguiente, de un derecho de más difícil persecución, que quedan dentro de la figura clásica de la prenda, si bien sustituyéndose por la publicidad registral el requisito de desplazamiento de posesión.»

Con esta opinión había estado ya conforme Sánchez Román, que entendía que en estas hipotecas es necesario que no se eludan los principios de especialidad, determinación y publicidad, por lo que estimaba que sólo podría constituir un verdadero derecho de garantía la hipoteca sobre las cosas muebles cuando éstas sean susceptibles de plena y fácil identificación y de ser inscritas en un Registro público.

Apalátegui, en el tomo antes citado del *Macius*, critica esta postura, estimando que resultan tan identificados los inmuebles hipotecados como los muebles que sean objeto de prenda desplazada, por lo que no debe fundarse en esa cualidad la diferencia entre ellos, ya que no es la cualidad de identificables o no identificables lo que hace que sean objeto de hipoteca mobiliaria unos bienes determinados, sino la voluntad del legislador. No creemos acertada la crítica, ya que no debe olvidarse que en lo que se fija el legislador para asignar a los muebles la cualidad de ser hipotecables no es en la de que sean fácilmente identificables, sino en que no puedan perder

esta cualidad «aun cuando permanezcan en poder del deudor»; por ello, cuando reúnan esa cualidad específica, se tendrá la seguridad de que no podrán ser sustituidos a su arbitrio por el deudor o el hipotecante en cuyo poder se encuentren, y por ello habrá una continuidad en el nexo constituido mediante la hipoteca entre el crédito y la cosa sobre la que recaía la garantía. Lo único que ha quedado al arbitrio del legislador es la facultad de calificar cuáles sean los bienes muebles en los que concurre esa cualidad de ser fácilmente identificables. Hasta aquí vemos lógica la postura del legislador; cuando ya no nos parece tal, y en lo que estamos conformes con el tratadista citado, es cuando justifica la prenda sin desplazamiento, sobre todo en su diferenciación con la hipoteca mobiliaria.

Nos queda por tratar de la prohibición de enajenar la cosa hipotecada, salvo con el consentimiento del acreedor, que se impone al hipotecante, cuyo carácter resulta del contenido del artículo 4.º de la Ley, en el que se expresa que «el deudor no podrá enajenar los bienes hipotecados o dados en prenda sin el consentimiento del acreedor».

Se justifica esta exigencia en la Exposición de Motivos alegando que no le será indiferente al acreedor la persona del tercer poseedor de los bienes muebles hipotecados, ya que éstos exigen un cuidado y un celo especial, muy superior al de los inmuebles, para asegurar su conservación y el mantenimiento de su valor; pero, en el fondo, es un problema de más envergadura, al que los legisladores no se han atrevido a dar una solución definitiva, dejando a la doctrina y a la jurisprudencia la misión de buscarla cuando se trate de acomodar esta Ley con la doctrina de la enajenación y prescripción de los muebles en general y de las mercaderías en particular.

La hipoteca mobiliaria, como toda hipoteca, sólo podrá ser eficaz si el acreedor puede perseguir los bienes hipotecados cualquiera que sea su poseedor o tenedor, y dada la falta de solemnidades para su transmisión, la rapidez de su prescripción y la instantánea para cierta clase de ventas mercantiles, habrá necesidad de estudiar los efectos que ha de producir esta nueva institución en relación con los artículos 464 del Código civil y el 85 del Código de Comercio.

Se establece por el artículo 85 del Código de Comercio una prescripción instantánea a favor del comprador respecto de las mercaderías adquiridas en almacenes o tiendas abiertas al público, y sería

alterar todo el sistema mercantil el introducir algún principio que se opusiera a ella ; por tanto, al referirse el artículo 22 de esta Ley al supuesto de la hipoteca de un establecimiento mercantil en la que se haya pactado su extensión a las mercaderías destinadas a la explotación del mismo, declara expresamente la vigencia de ese artículo del Código de Comercio y limita la obligación del deudor no a una imposibilidad de vender esas mercaderías sin el consentimiento del acreedor, sino a la de tener en el establecimiento una cantidad y valor de ellas igual al superior que hubiese sido fijado para las mismas en la escritura de constitución de la hipoteca. Y al comentar en la Exposición de Motivos esa extensión de la hipoteca a las mercaderías y materias primas, en virtud de pacto al efecto, declara que había necesidad de respetar la norma del citado artículo 85 por ser fundamental para la vida mercantil, y por ello, a la disminución de esas mercaderías o materias primas, en cuanto a la cantidad prevista en la hipoteca, no se le daba otro efecto que el de autorizar al acreedor para darla por vencida, aunque no hubiese transcurrido el plazo fijado en la escritura.

Esto no obstante, como es corriente en la vida comercial la tenencia de mercaderías cuyo precio no ha sido abonado a la fábrica o almacén que las suministró, habrá de tenerse en cuenta que ellas, o la cantidad que de las mismas haya sido estipulada como comprendida en la hipoteca mobiliaria del establecimiento, deberán tener satisfecho el precio de adquisición en su totalidad, ya que, con carácter general, se dispone así por el artículo 2.º de la Ley, con la única excepción de que la hipoteca haya sido constituida con objeto de garantizar ese precio aplazado, y esta exigencia vuelve a repetirla en el artículo 22, refiriéndose a las mercaderías que quedan afectas a la hipoteca al tiempo en que ella se produzca.

El artículo 464 del Código civil dispone a su vez que : «La posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea.» De los dos apartados que el mismo comprende, el segundo queda fuera de nuestro objeto, pues la venta de la cosa hipotecada que se realice por el deudor no puede ser estimada como pérdida o privación ilegal de ella, quedando así limitada al campo del presente problema, a la relación entre el contenido del primer apartado y el artícu-

lo 4.º de la presente. Concretado así, aún podremos efectuar otra limitación, ya que uno de los supuestos esenciales del artículo 464 es la exigencia de la buena fe, y por ello podremos limitar la cuestión a la determinación de si cabe o no la existencia de la buena fe del adquirente frente a la prohibición que envuelve la hipoteca mobiliaria debidamente inscrita en el Registro.

Deberá tenerse en cuenta en este sentido, y como antecedente a cualquier desarrollo de ella, que el artículo 433 del mismo Código reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir existe algún vicio que lo invalide, y precisando la definición de la buena fe se añade por el artículo 1.950 que la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitirle su dominio, formando ambas definiciones un todo orgánico, por referirse la una al aspecto negativo de ella, y la otra, más amplia, al positivo.

Entrando en el estudio del presente problema, hemos de destacar que, conforme a la presente Ley, la inscripción de la hipoteca mobiliaria, además de sujetar directa e inmediatamente los bienes al cumplimiento de la obligación garantizada, cualquiera que sea su poseedor (art. 16), implica necesariamente una prohibición legal de enajenar la cosa sobre la que recae, salvo con el consentimiento previo del acreedor (art. 4.º), la cual no puede ser ignorada por un tercer poseedor, no sólo cuando se trate de hipoteca sobre automóviles u otros vehículos de motor, en que constará anotada, en cuanto a su constitución, en el permiso de circulación de ellos, sino incluso cuando recaiga sobre cualquier otra cosa susceptible de esta modalidad de hipoteca, pues la inscripción correspondiente necesaria para que ella produzca sus efectos destruye la buena fe de cualquier adquirente posible de esos bienes, y esa buena fe es indispensable para la recta aplicación del artículo 464 antes citado, o sea, para poder adquirir la propiedad de ellos, ya que, como apunta la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1941, el no cumplirse el deber moral de averiguación por parte del interesado ha de producir sus efectos en cuanto a la existencia de la buena fe. Coincidiendo con ella, hemos de repetir que no sólo no se cumple el requisito de la buena fe del adquirente que exige el artículo 464, sino que, al ser público el Registro donde consta la existencia de la hipoteca, no podrá ignorarse por el mismo el que en su título existe vicio que lo

invalida, como exige para esa posesión de buena fe el artículo 433, ni tampoco podrá llegarse por el adquirente a la «creencia» de que su causante era dueño de la cosa y podía transmitírsela, que es a su vez el requisito exigido por el artículo 1.950 para su concepto sobre la buena fe.

Sin embargo, como la inscripción de la hipoteca en el Registro correspondiente no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, según dispone el artículo 3.º en su párrafo 5.º, cabrá la buena fe contra los pronunciamientos del Registro siempre que el adquirente conozca y demuestre esa nulidad. Y decimos que no basta conocerla, sino que es necesaria también la posibilidad de demostrarla, ya que, según expresa a continuación ese mismo párrafo, estos asientos de hipoteca están bajo la salvaguardia de los Tribunales, produciendo todos sus efectos mientras no se cancelen «o se declare su nulidad», requiriéndose para esa actuación de los Tribunales la oportuna prueba ante ellos que lleve al ánimo del juzgador el convencimiento de la existencia objetiva de esa nulidad de la hipoteca cuestionada.

La coherencia de esta doctrina sólo está limitada, en apariencia, por la regla 3.ª del artículo 29, en el cual, al exponer los casos en que la hipoteca mobiliaria recayente sobre un establecimiento mercantil podrá ser considerada como vencida por el acreedor, pese a no haber expirado el plazo estipulado en el contrato, estima como una causa de ello: «3.ª Enajenación por el deudor, sin el consentimiento del acreedor, de alguno de los bienes hipotecados, excepto las mercaderías, de conformidad con el artículo 22.» Resultando evidente de su lectura que la venta de alguno de los elementos que integran el conjunto de bienes hipotecados, salvo la excepción de las mercaderías y la de los que después indicaremos, es válida para el adquirente, produciéndose sólo el efecto citado de anticiparse al plazo de vencimiento que hubiese sido estipulado en el contrato de hipoteca.

Los redactores de estos preceptos, o sea, del artículo 4.º y de la regla 3.ª de artículo 29, debieron de ver entre ambos una concatenación y sentido que harían que ambos se estimasen como perfectamente compatibles; pero no habiendo sido feliz la redacción de ellos en el sentido de indicar ese proceso mental, nos toca ahora el tratar de reconstruir la idea de que partieron, para que los dos preceptos

resulten complementarios y no contrapuestos entre sí. Esta labor interpretativa será siempre un poco personal, con lo que tendremos así un problema jurídico más sobre el que surgirán opiniones contrapuestas, cuando tan fácil hubiese sido el perfilarlos lo suficiente para que sólo admitiesen una interpretación, independientemente de que surgiesen opiniones doctrinales favorables o adversas a la postura jurídica que en ellos se sostiene.

Iniciando la interpretación de esa concordancia, tenemos que destacar en primer lugar que el artículo 4.º del Código civil declara nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma Ley ordena su validez. Por ello, al relacionar este artículo con el 4.º de la presente, tendremos que convenir que será nula la enajenación de los bienes sujetos a una hipoteca mobiliaria que pueda llevarse a efecto por el hipotecante sin el consentimiento del acreedor, cuya norma es de aplicación general, no sólo porque está contenida dentro del título I de la Ley, que es el dedicado a las disposiciones comunes a la hipoteca mobiliaria y a la prenda sin desplazamiento, sino por su contenido en sí, y, por tanto, el acreedor podrá obtener en virtud de ella la nulidad de la venta que haya sido efectuada contraviniendo esa prohibición, en tanto que la regla 3.ª del 29 concede no una nulidad de la venta, sino una posibilidad de ejecución anticipada, como ya hemos visto.

Podrían interpretarse ambos preceptos en el sentido de que en ese caso tendrá facultad el acreedor para optar entre pedir la nulidad de la venta o la ejecución de la hipoteca; pero entonces, ¿por qué iba a resultar de mejor condición la hipoteca recayente sobre un establecimiento mercantil que la que grave cualquier otro de los bienes susceptibles de ella? Y ¿por qué iba a producir efectos más variados y eficaces la venta de un objeto cualquiera del establecimiento mercantil que la de alguno de los elementos del motor de un vehículo cuando uno y otro estén gravados con una hipoteca? Ante una interpretación tan poco ajustada a la justicia, nuestra postura habrá de consistir siempre en rehuirla en tanto que sea posible cualquiera otra que esté más conforme con ella y con la equidad.

Otra objeción que puede hacerse a la anterior interpretación es la de que ella nos llevaría al absurdo de que la venta de una sola de las cosas o de los elementos del establecimiento mercantil produciría el doble efecto de poderse anular la venta o ejecutarse la

hipoteca, con carácter alternativo para el acreedor, en tanto que la venta de la totalidad del establecimiento mercantil sólo podría producir el de la nulidad de la venta.

Si esos preceptos los estudiamos desde el punto de vista de la práctica mercantil, su interpretación nos resultará de tal forma evidente que no será posible ninguna postura contraria, ni aún siquiera intermedia.

El artículo 85 del Código de Comercio establece una prescripción del dominio transmitido que opera junto a ella y en forma instantánea cuando se trate de mercaderías enajenadas en almacenes o tiendas abiertas al público. Pero el contenido del precepto es bastante amplio e impreciso, ya que a efectos del comprador, y pese a las definiciones doctrinales que tratan de perfilar el concepto, mercadería es toda cosa susceptible de ser vendida con carácter habitual en un establecimiento mercantil, y si nos fijamos en el concepto legal de almacenes o de tiendas abiertas al público, tendremos que entender, con el mismo artículo, que lo son tanto los establecimientos abiertos por los comerciantes inscritos como los que lo sean por los no inscritos siempre que hayan permanecido abiertos al público ocho días consecutivos o hayan sido anunciados por rótulos, muestras, avisos; etc., confirmándose con ello lo que antes dijimos de que el concepto de ambos es bastante amplio e impreciso.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que no existe ninguna disposición en el Código de Comercio por la que se limite la clase de mercaderías que pueden venderse en un establecimiento mercantil, según las distintas especies de ellos existentes en la práctica, y las reglas de esa clase contenidas en algunas disposiciones administrativas se refieren, a lo sumo, a contados establecimientos. La legislación fiscal si es más abundante en esta materia; pero ella está encaminada no a prohibir la venta de una clase de mercaderías en un determinado establecimiento, sino a que en él se vendan mercaderías para las cuales tenga fijada esa legislación un mayor tipo de tributación que aquel que corresponda a las mercaderías que se declararon como objeto de venta en el mismo; por ello sus normas van dirigidas contra el dueño del establecimiento, pero en ningún caso contra el comprador o compradores, respecto a los cuales su adquisición seguirá protegida por el artículo 85 del citado Código. Vistas esas especialidades y características de las ventas mer-

cantiles en los establecimientos públicos, debió de encontrarse el redactor de estos preceptos con que no podía prohibir la venta de las mercaderías a que se dedicase realmente un establecimiento, ni aun en el supuesto de que ellas se hipotecasen juntamente con él, puesto que ello equivaldría a paralizar la vida del mismo, y, por tanto, a destruir la finalidad perseguida con esta modalidad de hipoteca; por ello se fijó, no en las mercaderías como cosa determinada, sino consideradas como una unidad económica y de cantidad, y mientras se mantuviese la misma autorizaba la venta individual de ellas, sancionándose sólo la que no fuese seguida de una reposición de las mercaderías en cantidad o calidad, autorizando al acreedor, en ese caso, a que pueda ejecutar inmediatamente la hipoteca sin necesidad de esperar al vencimiento del plazo estipulado, con tal de que las mercaderías hayan disminuído en un 25 por 100 de su valor, no estando esto dirigido a castigar sólo los actos dolosos del deudor, sino también a evitar el que por una baja del precio en el mercado pueda anularse la solvencia de los bienes hipotecados por tenerse que esperar al vencimiento del plazo estipulado para hacer efectiva la hipoteca.

De otra parte, cuando se tratase del derecho de traspaso del local donde radica el establecimiento mercantil o del nombre comercial, rótulo, marcas distintivas y demás derechos de propiedad intelectual e industrial a él referentes, como no son objetos o mercaderías susceptibles de ser vendidas habitualmente en el mismo establecimiento mercantil, creyé que, al no estar regidas por lo dispuesto en el citado artículo 85, resultaría suficientemente protegido el acreedor por la prohibición de enajenarlas que se establecía por el artículo 4.º de la presente.

Finalmente, si bien la regulación de esos dos grupos de bienes parece lo suficientemente clara, no ocurre lo mismo cuando pasamos a las máquinas, utensilios y demás instrumentos de producción y trabajo, pues en este supuesto el problema que se plantea presenta una solución más difícil. Todos esos elementos son susceptibles de ser vendidos habitualmente en establecimientos abiertos al público, y a los efectos de cualquier posible comprador de ellos, su adquisición está amparada por la prescripción instantánea que se establece en el referido artículo 85, pues, como antes afirmamos, no existe disposición que limite la clase de mercaderías que puede vender al

público un determinado establecimiento; por tanto, las ventas que puedan efectuarse de los referidos artículos no estarán afectadas por la prohibición sentada por el artículo 4.º de la presente, pues éste no ha derogado el 85 del Código de Comercio, ni tampoco puede serle aplicado el artículo 22, referente a las mercaderías hipotecadas con el establecimiento y, por tanto, a su posibilidad de enajenación siempre que se realice su reposición con posterioridad; ante el presente estado legal de la cuestión, fué lógica la solución adoptada por el artículo 29 de autorizar al acreedor para que pudiese ejecutar la hipoteca como si ésta hubiese vencido, pero estimándolo como una facultad del acreedor y no como una obligación, con lo que se le daba una mayor flexibilidad a la institución que permitía el acomodarla a las circunstancias particulares de cada caso.

Resumiendo lo expuesto, podemos concluir: 1.º Que las ventas de mercaderías, incluso las que por pacto hayan sido hipotecadas juntamente con el establecimiento, se rigen por el artículo 85 del Código de Comercio, siendo perfecta su venta, pero teniendo derecho el acreedor a que se repongan las que hubiesen sido vendidas o, en caso contrario, así como en el de disminución fortuita de su valor en un 25 por 100, podrá pedir la ejecución de su hipoteca. 2.º Ventas de las máquinas, mobiliario, utensilio y demás instrumentos de producción y trabajo del establecimiento; resulta prohibida para el hipotecante, pero si a pesar de ello la efectúa, el adquirente estará protegido por el artículo 85 citado, quedándole al acreedor la facultad de instar la ejecución de la hipoteca como si estuviese vencida, sancionándose así esa venta indebida. 3.º Por último, venta del establecimiento en su totalidad, o traspaso del local, o venta del nombre comercial, rótulo, etc., así como la de la maquinaria de un establecimiento industrial, o la de un vehículo de motor, o la de los restantes bienes susceptibles de esta modalidad de hipoteca, en el supuesto de que estuviesen afectos a alguna de ellas, estas ventas quedan prohibidas por el artículo 4.º y a ellas no les será aplicable el contenido del artículo 85 del citado Código.

Parece que hemos dejado fuera del anterior resumen los casos de venta de uno de los elementos de una instalación industrial, de un automóvil, etc., que estén sujetos a alguna hipoteca mobiliaria y que se realice en un establecimiento dedicado a la enajenación de mercaderías análogas; pero este supuesto está incluido en el que

hemos expuesto en último lugar, ya que para que pueda efectuarse alguna de estas ventas se requerirá el que previamente haya sido transmitida la cosa de que se trate al titular del establecimiento por el hipotecante de ella, con lo que en ese momento estaremos en el supuesto previsto.

BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ CAÑETE,

Registrador de la Propiedad

(Continuará.)

ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

POR

D. JERONIMO GONZALEZ Y MARTINEZ

Prólogo del Excelentísimo Señor Don José Castán Tobeña,
Presidente del Tribunal Supremo

Precio de la obra: 175 pesetas

Publicados los tres tomos.

Envíos contra reembolso, con aumento de dos pesetas.

Los pedidos a la Administración de

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

ALCALÁ, 16, 5.º, n.º 11 - MADRID