

## II. NOTAS CRITICAS

### Recensión y notas a la obra de Michel Cabrillac: «La protection du créancier dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession»

El mismo año 1954 en que fué aprobada y publicada la ley española sobre la Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento apareció en Francia la monografía objeto de este comentario: *La protection du créancier dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, interesante estudio de MICHEL CABRILLAC.

La obra en cuestión recoge todas las modalidades de garantías mobiliarias sin desposesión del deudor admitidas en Francia, e intenta ordenarlas y sistematizarlas desde el punto de vista de su naturaleza y de su eficacia.

Se trata de un trabajo ceñido al Derecho positivo francés. Su autor se aparta consciente y expresamente de todo estudio histórico y de derecho comparado. Pero, con gran finura crítica y visión eminentemente práctica, trata de poner orden en la serie de disposiciones, bastante dispares cronológica y dogmáticamente, que han ido siendo elaboradas en Francia para salvar la insuficiencia del dualismo, elevado a dogma hace unos años: hipoteca, inmuebles, inscripción y prenda, muebles, desposesión.

Para poder juzgar adecuadamente esta interesante monografía y deducir de ella las justas consecuencias se requiere, ante todo, el examen de las posiciones previas ius positivas y dogmáticas ante las que se ha situado su autor.

a) En el ámbito del Derecho positivo, es sabido que en Francia rige en toda su pujanza el principio proclamado en el artículo 2.279 del *Code de Napoléon*: «En fait de meubles possession vaut titre.» En España, aparte el artículo 85 del Código de comercio—de más limitado ámbito de aplicación, pero que salvaguarda plenamente el dinamismo del comercio en almacenes y tiendas abiertos al público—, el artículo 464 del Código civil es de efectos menos plenos, según lo ha interpretado la jurisprudencia (S. de 19 de junio de 1945, especialmente). En el § 2.º del artículo 464, según esta doctrina, el poseedor de buena fe—la buena fe se presume siempre—es considerado como dueño mientras el reclamante no prueba haber perdido la cosa o que ha sido privado de ella ilegalmente. Protección procesalmente importante, pero que no consagra ninguna adquisición *a non domino* (ver nuestro comentario: *El párrafo 1.º del artículo 464 del Código civil, según la sentencia de 19 de junio de 1945*, en «An. Dr. Civ.», V-IV, págs. 1477 y ss.). No obstante, el problema teleológico es parecido, aunque se plantea en términos distintos y, entre nosotros, se orienta a través de la falta de reipersecutoriedad autónoma contra terceros de buena fe en la prenda (ver en «Rev. de Der. Notarial», VIII, abril-junio 1955, *Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión*, IV, B, págs. 82 y ss.). En ese terreno teleológico puede aplicarse a nuestro Derecho el mismo planteamiento que sintetiza CABRILLAC (núm. 2, pág. 23) si se dejara plena libertad al ejercicio de la reipersecutoriedad en los derechos reales mobiliarios, aunque el posee-

dor o el detentador de la cosa ignorasen su existencia se abocaría en una situación particularmente dañina: la irregularidad dominaria en la vida jurídica y el régimen de la propiedad quedaría totalmente minado por el ejercicio eventual de derechos de insospechados interesados.

b) En el campo dogmático, CABRILLAC milita entre los autores que clasifican los derechos patrimoniales en las dos categorías generales de derechos reales y derechos de crédito y con quienes sitúan entre aquéllos la hipoteca y la prenda, que diferencian únicamente por el dato de la desposesión.

BEQUE, en cambio, en el Prefacio de la obra (pág. 7) que comentamos, observa que: «Cuando aparece la hipoteca ya no se puede hablar de derecho real impuesto directamente sobre la cosa: la hipoteca es una afección abstracta, inmateral, que realiza una separación total de la apropiación de la cosa y de la puesta en posesión de la misma, lo que induce a ciertos autores a calificarla como un derecho real menor, inferior, incompleto, de segunda clase, mientras que otros hablan de un significado limitativo, haciendo participar al crédito de las ventajas de la realidad.»

CABRILLAC, bajo su posición dogmática, intenta catalogar todas las garantías mobiliarias en las figuras de la hipoteca o de la prenda. La falta de posesión hace que se incline por la hipoteca: pero, al comprobar que la desposesión debilita la posición del titular de las garantías mobiliarias sin desplazamiento, afirma (págs. 15 y ss.) que se perciben netamente en ellas tres etapas diferentes y propone la siguiente sistematización:

- 1) Derechos reales de garantía en los que la plenitud de su funcionamiento ofrece al acreedor una seguridad suficiente.
- 2) Garantías que sólo pueden organizarse adjuntando al derecho real de garantía una obligación personal del deudor que lo refuerza y dota de la suficiente eficacia.
- 3) Garantías en las que incluso el nacimiento del derecho real está subordinado al cumplimiento de una obligación que necesariamente ha de imponerse al deudor y que constituirá el factor esencial de la seguridad.

Por ello BEQUE (pág. 6), en el Prefacio, anota que la concepción tradicional de la seguridad real se halla notablemente adulterada a consecuencia de esa debilitación de la posición del derecho real en la protección del acreedor y que se ha tenido que completar esa protección: por obligaciones personales impuestas al deudor, por la amenaza de sanciones penales, por la responsabilidad solidaria de un tercero encargado de la conservación de los bienes objeto de la garantía y, a veces, por una vigilancia administrativa.

c) Metodológicamente, CABRILLAC suele utilizar la inversión, tratando de averiguar la naturaleza de la garantía para aplicar las reglas correspondientes al tipo catalogado. Es decir, que no limita su labor a ordenar ideas e instituciones, sino que, conforme los cánones de la escuela dogmática, quiere deducir de aquella clasificación consecuencias para completar la reglamentación de la figura estudiada. Aun cuando ese método esté bastante desacreditado, pues olvida que un principio que sinteticamente contenidos particulares no puede dar lugar a un contenido distinto (ver HERNÁNDEZ GIL: *Metodología del Derecho*, Madrid, 1945, página 121), es lo cierto que CABRILLAC, como buen jurista francés, concluye

por limitar sus consecuencias con una fina percepción jurídica y clara visión de la realidad.

No puede olvidarse que el trabajo en cuestión trata de clasificar y ordenar sistemáticamente una serie variadísima de figuras de dispar orientación, obedientes a muy distintas concepciones a las que falta un planteamiento genérico, panorámico, por parte del legislador francés.

Hechas estas observaciones previas, intentaremos resumir y cotejar, mediante notas, la doctrina que MICHEL CABRILLAC expone e intenta sistematizar, con la posición adoptada por nuestra nueva ley. Para ello le seguiremos en su clasificación fundamental.

#### A) *Garantías mobiliarias plenamente reales*

El planteamiento teleológico, anteriormente expuesto, lleva a CABRILLAC al examen de la posibilidad de liberar, en ciertos casos, al derecho de persecución de esa parálisis que le afecta en el mundo de los bienes muebles (1). Al efecto observa dos caminos (núm. 2, pág. 25): 1.º Apartar al mueble del imperio de la regla «En fait de meubles, la possession vaut titre» y dotarlo de un régimen de propiedad organizado en el cual el derecho pueda imponerse independientemente del hecho posesorio. 2.º Invertir, en relación a las garantías reales en cuestión, la presunción de buena fe del poseedor (2).

a) El primer sistema requiere la organización de una publicidad suficiente para informar a los terceros de las mutaciones y cargas reales que puedan gravar al objeto (núm. 3, pág. 25). Pero para ello se requieren determinadas cualidades en el bien mueble que le hagan susceptible de dicha publicidad y le permitan escapar del dominio de la apariencia posesoria (pág. 26). Según CABRILLAC estos requisitos deben ser:

1.º *Individualización*, obtenida mediante una matrícula administrativa complementada con medidas apropiadas (núm. 4, pág. 26).

2.º *Uso notorio*, requisito que prefiere al de la *situación fija*, reclamada por otros autores (núm. 5, págs. 26 y 27). A su juicio, la matrícula administrativa, que asegura la individualización, el sistema de publicidad que organiza la propiedad, no se pueden aplicar más que a los muebles en los que su uso e incluso su posesión sean notorios. Pues es necesario que se pueda hallar el mueble, a pesar de sus desplazamientos, lo cual sólo es posible cuando por su propia naturaleza dicho bien sólo resulta utilizable en forma notoria (núm. 6, págs. 27 y ss.).

3.º *Valor económico importante*.—Los bienes muebles deben circular rápidamente. Cuanto menor es su valor económico más deben circular; el número de los adquirentes se eleva en razón inversa a su precio; pero esta circulación quedaría singularmente si, a cada desplazamiento patrimonial, los interesados debieran someterse a las formalidades de la publicidad. No obstante, estima CABRILLAC, esta

(1) La Ley española apunta este resultado para los bienes que reputa, en el art. 12 —con criterio de *numerus clausus*—susceptibles de hipoteca mobiliaria. (El examen de la posición en esta materia de la Ley de 16 de diciembre de 1954 puede verse en nuestro comentario en Rev. Dr. Not., VIII, ver. I, A., págs. 32 y ss.)

(2) De esos dos sistemas la Ley española elige el primero, pero limitado, como todo sistema registral de cargas, a la eficacia de la hipoteca inscrita frente a cualquier tercer adquirente posterior. El registro no informa de las transmisiones, sino tan sólo de los gravámenes.

importancia económica se halla deficientemente precisada como requisito (núm. 7, págs. 28 y ss.) y que en último análisis los requisitos esenciales pueden concretarse en los dos primeros (3).

b) El segundo sistema también requiere, para ser eficazmente aplicado, que los muebles que se sujeten al mismo se caractericen por su individualidad, uso notorio e importancia cierta (núm. 8, pág. 29). Exige, igualmente, una publicidad adecuada.

1.º El modo clásico para lograr la suficiente publicidad es la transcripción o inscripción en un registro. «Pero—objeta CABRILLAC—los imperativos de seguridad y de rapidez necesarios en la mayor parte de las transacciones inmobiliarias no soportarían que la reivindicación del acreedor fuera favorecida de este modo y que el poseedor resultara tachado de una presunción de mala fe por la sola existencia de una publicidad a la cual no tiene razón especial de atender» (núm. 9, página 30).

Además estima que, fuera de las matriculas administrativas, sólo se puede recurrir a una publicidad personal, a través de la cual sólo el primer adquirente podrá conocer la existencia de la garantía. Sería absurdo suponer de mala fe a los posteriores adquirentes por el solo hecho de la existencia de una inscripción que no les puede informar debidamente.

Por eso cree que ese sistema de publicidad sólo puede ser satisfactorio cuando los bienes muebles en cuestión requieran una formalidad administrativa obligatoria (necesidad de autorización para utilizar el bien mueble, necesidad de formalidades para su transmisión, etc.) que suponga una publicidad accesoria tal que el adquirente sometido a dicha formalidad no pueda ignorar el contenido de la inscripción (pág. 31) (4). Sistema aplicado en Francia en la transmisión de los automóviles.

---

(3) La Ley de 16 de diciembre de 1954, como hemos dicho, enumera con carácter limitativo los bienes que considera hipotecables. El criterio que ha imperado para señalarlos no resulta del texto de la Ley, aunque de la Exposición de motivos se deduce que se atendió a su identificabilidad más fácil o más difícil, y a sus cualidades específicas que hacen más o menos difícil su desaparición, transformación o confusión. La Exposición del Anteproyecto aludía, además, a la dificultad de aplicación del principio del párrafo 1.º del art. 464 C. c., y a la aptitud para la vida registral.

Nuestro punto de vista lo expusimos en Rev. Dr. Priv., vol. XXXVII (junio 1953), páginas 505 y sig. Concretamos allí, en dos los requisitos indispensables al efecto: uno físico, referente a la identificabilidad material de la cosa; otro económico-jurídico, relativo a la repercusión que para el comercio jurídico representaría el imponer la publicidad registral a la posesoria tratándose de bienes de la especie cuestionada.

(4) Es excesivo el criterio expuesto por el autor. En la misma Francia no se sigue para el *nantissement du fonds de commerce*. La matricula y las formalidades administrativas pueden facilitar el régimen de la hipoteca mobiliaria, pero no cabe considerarlas imprescindibles. Son un signo de que el bien en cuestión puede desglosarse del régimen mobiliario común, pero no constituyen el único factor determinante de dicha posibilidad.

La Ley española de 1954 admite entre los bienes susceptibles de hipoteca varios que están sujetos a matricula administrativa y otros que no lo están. Es decir, no sigue aquel criterio exclusivo.

Por otra parte, la Ley española no se ha decidido a dar sustancia jurídica a los registros administrativos, sino que ha creado registros jurídicos de gravámenes. Ciertamente entre unos y otros registros se ordenan medidas de conexión. Pero su relación apenas excede de la que media entre el Catastro y el Registro de la Propiedad inmueble. Los registros administrativos son la base de la identificación física a través de la matricula y otros datos;

2.º Además de esta publicidad puede utilizarse otra forma totalmente diferente: la estigmatización o colocación de un signo material o marca visible que manifieste el derecho real de garantía y acuse la mala fe del poseedor. Este sistema ha sido utilizado por la ley de 18 de enero de 1951 sobre el *nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement* (núm. 10, págs. 31 y 38.).

Pero ese régimen no carece de defectos (5), subrayados por CARRILLAC:

Si la marca o la placa no han sido colocadas de un modo definitivo e indeleble pueden ser borradas y retiradas. Y el deudor podrá hacerlo, aunque con ello cometa un delito, y transferir el bien a un tercero, ante el cual el acreedor habrá perdido su derecho de persecución. Por lo tanto, la protección del acreedor reposará en la honestidad del deudor y no funcionará por el exclusivo juego del derecho real (núm. 11, pág. 33).

Si la marca pudiera colocarse por algún procedimiento técnico de modo indeleble, la solución no dejaría de presentar inconvenientes. Claro que la placa llevaría una referencia de la inscripción (así lo regula la ley de 1951) y por ella los interesados podrán constatar si la deuda se halla pagada y el gravamen cancelado. Pero ello les obligaría a realizar trámites perjudiciales para la circulación mobiliaria. Además, el mantenimiento de esa placa, fuera de toda deuda, arrastraría el peligro de disminuir el crédito general del poseedor del mueble, reduciría en valor como mercancía y dificultaría la circulación del mueble así marcado. Peligro que tampoco se evita en las marcas susceptibles de ser borradas o retiradas cuando de ellas quede algún rastro (v. gr.: los agujeros de los tornillos, ciertas soldaduras, etc.).

La insuficiencia de la publicidad de esas placas o marcas se patentiza en la ley de 1951 que debe acudir a la sanción penal para defender la garantía a través del mantenimiento de dichos signos de publicidad (pág. 34).

Como seguridades dotadas de derecho de persecución en Derecho francés, el autor cataloga las siguientes (6):

1.º La hipoteca marítima, regulada por las leyes de 10 de diciembre de 1874, 10 de julio de 1885 y 19 de febrero de 1949.

el Registro de la hipoteca mobiliaria publica las cargas con efectos administrativos respecto a terceros adquirentes. La unificación de unos y otros registros resultará dificultada en España por el separatismo interministerial de los Ministerios predominantemente técnicos.

(5) Los señalamos en Rev. Dr. Priv., XXXVII, pág. 523.

(6) La Ley de 16 de diciembre de 1954, en su art. 12, determina los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria. La Ley de 21 de agosto de 1893 reguló la hipoteca naval apoyándose en la ficción de considerar como inmuebles a los buques a los solos efectos de su hipotecabilidad.

Obsérvese que nuestra Ley (art. 12, 2.º) no sólo considera susceptibles de hipoteca a los automóviles y otros vehículos de motor, sino también a los tranvías y vagones de ferrocarril, de propiedad particular. En cambio, la Ley francesa de 29 de diciembre de 1938 es incluso restrictiva con relación a los créditos garantizables, ya que sólo aplica su garantía para asegurar el precio aplazado de la venta del automóvil dado en *gage*.

La hipoteca de la maquinaria industrial de nuestra Ley tiene un ámbito más limitado, pero mayor eficacia—sin necesidad de colocación de placa alguna—que el *nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement*, clasificado por Cabrillac en el grupo segundo.

Además de la hipotecabilidad de las películas, se regula en la Ley española la hipoteca de la propiedad industrial y de la intelectual (art. 12, núm. 5).

2.º La hipoteca fluvial, regida por las leyes de 5 de julio de 1917 y 19 de julio de 1934.

3.º La hipoteca aérea, para la cual la ley de 31 de mayo de 1924 se remitió a la citada de 1917 sobre hipoteca fluvial.

4.º El *nantissement du fonds de commerce*, regido por ley de 17 de marzo de 1909. Se apoya en la consideración del *fonds de commerce* estimada por CABRILLAC como por ESCARRÁ como una unidad incorporal independiente de los bienes que la componen y que tiene un valor propio (núms. 19 y 20, págs. 44 y siguientes) (7).

5.º La prenda del vendedor a crédito de un vehículo automóvil, reglamentada por la ley de 29 de diciembre de 1934.

6.º El *nantissement* de los films cinematográficos, regulado por la ley de 22 de febrero de 1944, que recae sobre tres elementos: el film propiamente dicho, considerado como un mueble corporal con todos los aspectos que puede revestir; el derecho a explotar el film, y—salvo pacto en contrario—los créditos derivados de su explotación, por el mecanismo llamado *délégation de recettes* (núm. 29, pág. 58). Este tercer elemento es el fundamental en esta garantía. Subraya CABRILLAC que la naturaleza del film es tal que su explotación agota su valor de modo que, al cabo de cierto tiempo, el acreedor sólo hallaría un bien con su valor en venta nulo o ínfimo. Con la *délégation de recettes* el acreedor garantizado logra un privilegio sobre los productos del film, es dotado de acción directa contra los deudores de estos productos. La inscripción bastará para conferir estas prerrogativas con una oponibilidad absoluta y determinará su rango. En virtud de esa publicidad no será necesaria la notificación a los deudores del titular del film (núm. 30, pág. 59). Por ello—concluye—que gracias a esas tituladas *délégations de recettes*, al sistema de publicidad muy completo y a los efectos que se le han asignado, así como también a la intervención eficaz de los poderes públicos en la materia, este *nantissement* de los films ofrece a los acreedores una seguridad suficiente, que no compromete la ausencia de desposesión del deudor (pág. 60) (8).

(7) La consideración del *fonds de commerce* como unidad incorporal independiente de los bienes que lo componen y con valor propio—que sostienen Escarra y Cabrillac—, no nos parece rigurosamente aplicables al establecimiento mercantil contemplado en nuestra Ley de 1954. En ésta la hipoteca gira fundamentalmente sobre su base físico jurídica, el local de negocio con su afección negocial, con el cual se integran, para constituir la garantía unificada, determinados elementos del activo susceptibles de ofrecer garantía real. Esa diversa posición básica puede dar lugar a consecuencias distintas. Por la misma razón, algunas de las conclusiones a las que llega Cabrillac al examinar diversos problemas planteados en el *nantissement du fonds de commerce*, no pueden trasladarse a nuestra hipoteca de establecimiento mercantil.

(8) La Ley española pretende asegurar ese tercer elemento de la garantía, fundamental en las películas y en otros derechos de la propiedad industrial y de la propiedad intelectual. Así se comprueba en el art. 48 §§ 2 y 3 e incluso en el art. 49. Es de especial interés el párrafo 3.º del art. 48: "La cesión hecha sin la previa cancelación parcial, no perjudicará los derechos del acreedor y hará al cedente y al cesionario responsables *in solidum* hasta el importe de la indicada proporción". (La correspondiente a la zona de distribución cinematográfica.)

La afirmación de que la cesión "no perjudicará los derechos del acreedor" presupone la prelación en el cobro del precio correspondiente, pues de lo contrario el perjuicio podrá existir. Notemos—además—que la redacción del art. 59 del Anteproyecto era más expresiva que la del art. 49 de la Ley.

No nos interesan demasiado, en sus términos generales, los epígrafes que CABRILLAC dedica al problema dogmático del encuadramiento de estas garantías en la hipoteca o en la prenda. Pero sí, en cambio, resultan de especial interés práctico algunos de los problemas que con dicho motivo plantea con referencia al *nantissement des fonds de commerce* y a la prenda del vendedor a crédito de automóviles (el valor de la obra es bastante más elevado desde el punto de vista práctico que en sus elucubraciones teóricas).

a) Protección del acreedor *nanti* contra la enajenación del *fonds* anterior a la inscripción de la garantía.

Ante el silencio de la ley de 1909, la doctrina ha ofrecido diversas soluciones. Se ha defendido que la inscripción de uno y otro acto determinará la prelación, pero esa tesis choca con el inconveniente de no hallarse sometida a inscripción la transmisión. Otros autores han considerado decisiva la prioridad entre la inscripción del *nantissement* y la toma de posesión efectiva del adquirente (WAHL)—a lo que se objeta que la naturaleza incorporal del *fonds de commerce* no autoriza a aceptarla—. Otros, atienden a la publicación de los anuncios legales requeridos a la transmisión por el artículo 3 de la ley de 1909, o a la determinación de la fecha cierta de transmisión sin otra formalidad (COHEN), estimando que el privilegio del acreedor *nanti* no tiene fecha cierta con respecto a terceros sino desde el día de la inscripción. CABRILLAC rechaza todas esas opiniones (núm. 38, págs. 69 y ss.) y sostiene—por analogía a lo dispuesto en el artículo 2 al. 1.—que la inscripción verificada dentro del reducido plazo señalado por la ley afecta a quienes hayan adquirido durante el mismo, los cuales pudieron haberse garantizado reteniendo el precio durante dicho plazo (número 39, págs. 71 y ss.) (9).

A diferencia de la ley francesa, establece la española una responsabilidad solidaria del adquirente que no puede entenderse extinguida por el pago hecho al deudor.

Ese defecto se produce por la sola virtud de la publicidad de la inscripción sin necesidad de notificaciones previas, que no exige el art. 48 (lo contrario, por un *lapsus*, dijimos en Rev. Dr. Not., VIII, pág. 43, líneas 9 y 10). En cambio, es necesaria la comunicación a la Sociedad de Autores para la eficacia del pacto previsto en el art. 49.

(9) La Ley española no plantea este problema. Para resolverlo hay que partir de que el Registro de hipoteca mobiliaria no es sino un registro de cargas que no garantiza la titularidad del hipotecante. La inscripción no puede convalidar, por tanto, la constitución a *non domino*. Ahora bien, el problema examinado por Cabrillac, con relación al Derecho francés, se concreta al supuesto de transmisión dominical y constitución de *nantissement* por parte de un mismo titular transmitente y constituyente. Trasladada en estos términos la cuestión al Derecho español, debemos distinguir:

a) Si el titular del establecimiento es arrendatario del local donde lo tenga instalado, debe resolverse aquella cuestión teniendo en cuenta las siguientes premisas: La hipoteca del establecimiento gravita en torno al derecho arrendaticio de su titular sobre el local de negocio en que se halle establecido. Tanto el traspaso del local de negocio como la hipoteca del establecimiento tiene asignada determinada forma legal: los arts. 45 y ss. de la L. A. U. regulan las del traspaso; el art. 3.º de la Ley de 16 de diciembre de 1954, las de la hipoteca. La prioridad entre la fecha de la escritura pública de traspaso y la fecha de la inscripción de la hipoteca (que será la del asiento de presentación de la escritura de constitución si esta llega a inscribirse en vigencia de aquél) determinarán respectivamente la ineficacia de la hipoteca, en el primer supuesto, o la sujeción a ésta del establecimiento, aunque haya pasado a manos del adquirente, en el segundo supuesto.

b) Si el titular del establecimiento es dueño del local donde ubique, puede plantearse el problema tanto para el caso de venta del establecimiento como en los supuestos de arrenda-

b) Protección del acreedor entre la fragilidad material del objeto de la hipoteca mobiliaria (10).

2) El Derecho sobre la indemnización por seguro.

El fundamento del mismo se ha buscado por diversos caminos:

1.º Unos a través de la noción de *subrogación real* (PLANCHOL, RIPPERT y BECQUE, JOSSERAND, COLIN y CAPITANT, etc.). Aplicación rechazada por los que afirman que no es al objeto asegurado, sino a las primas a las que sinálgmáticamente corresponde la indemnización en virtud del contrato de seguro (RIPPERT, en su *Derecho mercantil*), (núm. 63, págs. 105 y ss.).

2.º Otros a través de lo que llaman delegación legal (RIPPERT, AUBRY ET RAU, SEQUELA); que hacen derivar de la frecuencia de esa estipulación, por el camino de la cláusula de estilo, hasta llegar a ser regla legal. Pero, objeta CABRILLAC—además de lo discutible que es la interpretación del artículo 37—que la delegación no puede justificar que la atribución sea hecha a los acreedores según su rango—ya que sus efectos deberían producirse según el orden de fechas de las sucesivas delegaciones—y que carece de explicación para cuando la póliza del seguro es posterior al contrato originador de la garantía—hipótesis en la cual éste no puede entrañar la cesión de un crédito que aún no existía (DEMOGUE)—(núm. 64, pág. 106 y ss.).

3.º En fin, se busca el fundamento de la prioridad del acreedor hipotecario a cobrar la indemnización del seguro en la asimilación, hecha por el legislador, entre esta indemnización y el precio de la venta de la cosa (LABICHE, BAUDRY, LACANTINARIE, DE LOYNES), CABRILLAC (núm. 65, pág. 107), inclinado a considerar la hipoteca como un derecho al valor de la cosa más que como derecho sobre esta misma, recoge esta analogía, considerando ambas consecuencias como aplicación del derecho normal de hipoteca. Es decir, como consecuencia institucional que no requiere declaración expresa del legislador.

Para prevenir el pago hecho de buena fe al asegurado y la posibilidad de oponer al acreedor las sanciones en que el asegurado hubiera incurrido, caben respectivamente la notificación de la hipoteca, pues a este efecto no basta la publicidad registral (núm. 66, pág. 109), y la cláusula por la cual el asegurador se obliga a no hacer valer contra el acreedor ciertas excepciones que le pudieran corresponder frente al asegurado (núm. 67, págs. 110 y ss.) (11).

---

miento de éste o del local de negocio sede del mismo. En todos estos supuestos, la prioridad entre la consumación de uno y otro acto determinará la preferencia. Ahora bien, tratándose de cuestiones entre terceros, la demostración de la prioridad debe concretarse, por parte del adquirente, a la prueba de la fecha de su posesión pública y evidente o a la determinación de la fecha de la transmisión fehacientemente, por la fecha de la escritura o por cualquier otra de los modos previstos en el art. 1.227 C. c., de suerte que se acredite así que son anteriores a la fecha de la inscripción de la hipoteca.

En todo caso no puede olvidarse que el párrafo final del art. 3.º de la Ley, en su apartado 1.º, afirma que: "La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes." Principio correspondiente al del art. 33 de la Ley Hipotecaria, pero sin la excepción que, respecto a éste, establece el art. 34 de la misma Ley inmobiliaria.

(10) La fragilidad material del objeto es especialmente contemplada en los arts. 18 y 44 de la Ley española.

(11) El art. 5.º de la Ley de 16 de diciembre de 1954, dispone que: "La hipoteca y la prenda se extenderán a toda clase de indemnizaciones que correspondan al hipotecante o

β) Derechos respecto la indemnización en virtud de la responsabilidad por la pérdida.

Una decisión del Tribunal de Comercio del Seine de 14 de marzo de 1940 aceptó ese efecto para el *nantissement del fonds de commerce* en un caso de incendio. CABRILLAC, señala que la naturaleza del *fonds de commerce*—que subsiste sin perder su individualidad, pese a la modificación sufrida por sus elementos, que considera como fungibles dentro de la universalidad que constituyen—justifica ese fallo. En cambio, la generalización de esa extensión—fuera de la hipoteca marítima—le parece que legalmente se halla falta de apoyo positivo, aunque la estima deseable para fortalecer la garantía del acreedor garantizado (núm. 70, págs. 113 y ss.) (12).

c) Protección del acreedor contra la fragilidad jurídica del objeto.

Esa fragilidad depende de que el objeto de la garantía lo constituyen unidades compuestas que al desintegrarse pueden perder el valor asegurado al acreedor (núm. 71, pág. 105 (13). Bajo ese aspecto cabe distinguir:

α) Disociación de un mueble corporal.

El navío, la aeronave, el automóvil no son bienes simples y sus componentes pueden ser desintegrados. La reipersecutoriedad de la garantía sólo alcanza al bien asegurado como unidad, pero no a los elementos que se separen del mismo. Estos escapan del régimen especial de la hipoteca mobiliaria y se registrarán por las reglas comunes a los bienes muebles (núm. 73, pág. 116).

Como remedio, aparte de las disposiciones penales, se señalan en los automóviles: el control administrativo y la identificación por su numeración de las piezas esenciales de modo que se excluya la buena fe del adquirente (núm. 75, págs. 117 y ss.). Por ese camino, el derecho americano, tratándose de las garantías aeronáuticas, exige que el acreedor inscriba en el Registro no sólo su derecho sobre la aeronave, sino además el correspondiente sobre los motores de propulsión si tienen una potencia superior a 750 H. P., con lo que le permite oponer su derecho a los terceros adquirentes de los motores (núm. 76, página 119) (14).

---

pignorante, concedidas o debidas por razón de los bienes hipotecados o pignorados, si el siniestro o hecho que los motive acaeciere después de la constitución de la hipoteca o prenda. Si dichas indemnizaciones hubieren de pagarse antes del vencimiento de la obligación garantizada el que haya de satisfacerlas entregará su importe con arreglo a lo convenido; en defecto de convenio se consignará en la forma establecida en los arts. 1.176 y ss. C. c., siempre que en uno y otro caso hubiera sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca o de la prenda”.

(12) El art. 5.º, transcrito en la nota anterior, comprende no sólo las indemnizaciones por razón de seguro, sino todas, de cualquier clase que sean, las que corresponda por razón de los bienes hipotecados, con tal de que el hecho que las motive sea posterior a la constitución de la garantía. Con relación a la hipoteca de establecimiento mercantil, el artículo 23 desarrolla la norma del art. 5.º y declara incluidas las indemnizaciones que al arrendatario se le deban con arreglo a la Ley de Arrendamientos Urbanos.

(13) La interdicción de la disociación de los elementos integrados en la hipoteca de establecimiento mercantil, inclusive la del cambio de local, va comprendida entre las obligaciones que el art. 27 de la Ley española, impone al hipotecante.

(14) Véase lo que sobre este punto hemos expuesto en Rev. Dr. Not., cit. (IV A, b), páginas 80 y sig.

### 3) Desmembramiento de los elementos de un *fonds de commerce*.

Aquí el vínculo es inmaterial—al contrario que en los anteriores supuestos— y por ello requiere especiales medidas (núm. 47, pág. 119). Cabe subdistinguir:

#### 3 1) Extinción del arrendamiento.

El arrendamiento—necesariamente comprendido en el *nantissement*—suele ser de importancia primordial para la garantía y su pérdida muy grave para la misma. No obstante, su existencia resulta incierta (núm. 78, pág. 120) pese a las medidas adoptadas por el legislador, que son:

1.º El arrendador no puede oponer la resolución del arrendamiento—sea judicial o amistosa—si no la notifica al acreedor con un mes de anticipación (artículo 14, ley 1909). Pero la ley no precisa cuáles son los medios de acción ofrecidos al acreedor *nantí* para evitar esa resolución. La jurisprudencia le reconoce el derecho de ejecutar las obligaciones de arrendatario (Cass. Reg. 17 abril 1934, Pau 11 junio 1930). Generalmente se tratará del pago del alquiler. Ciertas decisiones incluso han admitido que el acreedor pueda evitar la resolución instando la venta global del *fonds*, pero la mayor parte de los Tribunales ha rechazado esa posibilidad, que por su carácter exorbitante del derecho común requeriría un texto que expresamente admitiera su posibilidad. En defecto del mismo, señala CABRILLAC que el acreedor, por el camino de la acción pauliana, puede interceptar combinaciones fraudulentas entre deudor y arrendador. En cambio, estima que no puede evitar la resolución derivada de abusos en el goce por el arrendatario (núm. 79, pág. 121) (15).

2.º Ante la negativa de prórroga por el arrendador, se debe distinguir, en Derecho francés, según el propietario tenga o no que indemnizar al locatario, discutiéndose si en este caso el acreedor tiene derecho a esa indemnización. CABRILLAC, basándose en la naturaleza del *fonds* se inclina a concedérsela como extensión de la garantía (núm. 81, págs. 123 y ss.) (16).

3.º Frente al traspaso del derecho arrendaticio a un tercero, no se le concede al acreedor—según CABRILLAC (núm. 82, págs. 124 y ss.)—más que acción contra el cesionario de mala fe y derecho de preferencia sobre el precio pendiente de la enajenación. Para lograr el primer resultado puede utilizar la acción pauliana o la acción de simulación, probando que la cesión del derecho arrendaticio encubrió una cesión del *fonds* por razón de la cual juega el derecho de persecución (núm. 82, pág. 125) (17).

(15) La Ley española en sus arts. 30, 31, 32 y 33 se ocupa de las consecuencias para la hipoteca de la rescisión del arrendamiento. Ningún precepto de la Ley exige al arrendador que notifique al acreedor hipotecario la iniciación del procedimiento. Al discutirse el Anteproyecto fué muy debatido este punto, habiendo disparidad de criterios en el seno de la comisión.

(16) La negativa de la prórroga en virtud de la causa 1.ª del art. 76 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con los arts. 90 y ss. de la misma, dará lugar al juego del art. 23 de la Ley de 1954. La que se funde en la causa 2.ª producirá el efecto previsto en el art. 90 L. H. M.; además, en este caso, el art. 26 obliga al propietario a trasladar al acreedor las notificaciones previstas en los arts. 102 y ss. de la L. A. U.

(17) El traspaso del establecimiento hipotecado, verificado después de la fecha de la inscripción de la hipoteca, además de ser un acto prohibido por la Ley (art. 4.º), que da lugar al vencimiento de la hipoteca (art. 29, causa 3.ª), no afecta al derecho de hipoteca,

### § 2) Dispersión del material o del utillaje.

La casi totalidad de la doctrina (COHEN, ESCARRA y RAULT, DEMONTES y JAUFRET, CENDRIER, etc.) y la jurisprudencia sin vacilación, rechazan al acreedor *nanti* el derecho de persecución contra los terceros detentadores del material o del utillaje en virtud de una enajenación separada. Los Tribunales consideran que el artículo 22 de la ley de 1909 contiene una excepción al derecho común aplicable únicamente al *fonds* como conjunto, pero no extensiva a los elementos individuales que lo integran. Por otra parte—y esa razón le parece más decisiva a CABRILLAC—la renovación del material y el utillaje es indispensable para mantener el valor del *fonds*, y ello es razón suficiente para excluir toda reipersecutoriedad por razón de una enajenación que en principio no puede impedirse al deudor (núm. 84, pág. 127) (18). A falta del derecho de persecución, en este caso, el acreedor puede: 1.º Ejercitar su derecho de preferencia sobre el precio aún no satisfecho (19); 2.º Obtener el vencimiento del plazo en virtud del artículo 1.188 del Codex (20); 3.º Ejercitar la acción pauliana a condición de poder demostrar el *consilium fraudi* y el *eventus damni*, es decir, la agravación de la insolvencia del deudor por dicha enajenación (21); 4.º Y, finalmente, si la venta del material y del utillaje se hubiera hecho globalmente le cabe solicitar de los Tribunales que se consideren que la enajenación comprende al *fonds* propiamente dicho (núm. 85, pág. 128) (22). Además podrá acudir al Derecho penal contra el deudor, si bien resulta difícil el encuadramiento de la figura de débito en cuestión con peligro de chocar con el principio *nullum crimen sine lege* (núm. 86, pág. 129) (23).

---

ya que conforme al art. 16: "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".

(18) Ver nota 14. Respecto los elementos comprendidos en la hipoteca del establecimiento, deben distinguirse aquellos que son individualmente identificables (como máquinas, automóviles, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc.) y los que no lo son. Los primeros conforme al art. 13, 2.º, deberán describirse en la escritura y en la inscripción. (Además, a juicio nuestro, deben incluirse en los correspondientes índices regulados en el artículo 8.º del Reglamento de 17 de junio de 1955—índices de automóviles y demás vehículos, propiedad industrial, propiedad intelectual, maquinaria industrial, en el Registro respectivo. Y de radicar los Registros de automóviles o propiedad intelectual o industrial en distinto Registro de la propiedad, deberá inscribirse también dichos elementos en estos últimos.) Respecto a éstos, actuará el art. 16: Para los demás fallará la reipersecutoriedad de la hipoteca por faltar la debida individualización en la publicidad registral.

(19) Creemos que el precio de la venta ilegítima de un bien adeudado al vendedor, puede considerarse comprendido en la hipoteca, incluido entre las indemnizaciones referidas en el art. 5.º de la Ley. La razón teleológica es la misma y, además, encaja en el principio de subrogación real a título singular *pretium succedit loco rei* reconocido en el art. 1.186 del Código civil.

(20) Lo determina expresamente el art. 29, causa 3.ª. Aun sin esta disposición podría derivar del art. 1.129, núm. 3.º, del Código civil, siempre que dicha enajenación suponga disminución efectiva de la garantía.

(21) Opinión aplicable, sin duda, a nuestro Derecho, siempre que el supuesto encaje en los arts. 1.291 y ss. del Código civil.

(22) Todo depende—en nuestro Derecho—de que la publicidad de la inscripción, dado el volumen de la enajenación y conforme un criterio de buena fe, pueda considerarse suficiente para afectar al adquirente, aunque éste no adquiera bien individualizado.

(23) Lo mismo puede decirse con respecto al Derecho español.

β3) La disgregación de los elementos incorporales diferentes del derecho de arrendamiento.

La acción reipersecutoria del acreedor frente a terceros adquirentes de patentes, marcas, rótulos y modelos es, en cambio, plenamente eficaz si han sido suficientemente individualizados y sometida la constitución de la garantía a la especial publicidad prevista por la ley de 26 de junio de 1920 y realizada por l'*Office National de la Propriété Industrielle*, de acuerdo con lo que había previsto el art. 24, ap. 5 de la ley de 1909 (núm. 87, pág. 130) (24).

γ) Protección del acreedor contra los desplazamientos del objeto.

γ 1) El desplazamiento al extranjero de los navíos, los bajeles de ribera y las aeronaves hipotecadas ha sido tratado y solucionado en las Convenciones internacionales de Bruselas, 1926, Ginebra, 1930, y Ginebra, 1948, respectivamente.

γ 2) En los automóviles se plantean dos problemas: el derivado del desplazamiento físico al extranjero del automóvil hipotecado, evitable a través de las obligaciones administrativas impuestas a las autoridades de las fronteras (núm. 89, pág. 134) (25). Y el problema del desplazamiento de su matrícula de un departamento a otro—modificando así la base de la identificación del vehículo hipotecado—solucionado por la Circular de 1935, al ordenar que, al cambiar la matrícula de departamento, la prefectura deberá exigir un certificado de si el vehículo ha sido o no objeto de garantía inscrita, para transcribirla en la nueva inmatriculación. CABRILLAC sugiere la posibilidad de mejorar este sistema, colocándose en la tarjeta del vehículo (*carte grise*) una mención del apazamiento del precio. Sistema que califica de estigmatización de segundo grado, más discreta que la colocación de la placa en el automóvil (núm. 24, págs. 50 y ss.) (26).

γ 3) *Desplazamiento del fonds de commerce.*

Su cambio de local puede atender no sólo a su valor, sino incluso a su identificación (núm. 102, pág. 148).

Para defender al acreedor del perjuicio económico del traslado del establecimiento, el art. 13, ap. 1, impone al deudor la obligación de notificar al acreedor inscrito su proyecto de trasladarlo con una antelación mínima de quince días. La falta de notificación produce automáticamente como sanción el vencimiento del plazo (núm. 105, pág. 151). Pese a la notificación, también vence el plazo, según el ap. 3 del art. 13, cuando se da la doble circunstancia de que el acreedor no preste su consentimiento al traslado y el traslado deprecie el

(24) Véase la nota 18.

(25) El párrafo final del art. 35 de la Ley de 1954 dispone que: "El Notario, en el momento del otorgamiento de la escritura, hará la anotación correspondiente en el permiso de circulación del vehículo." Y el art. 37 ordena que: "Los vehículos que tuvieren anotada la hipoteca en el permiso de circulación no podrán salir del territorio nacional sin consentimiento del acreedor. Las Aduanas españolas exigirán, a tal efecto, el permiso de circulación".

(26) Así se debe verificar conforme el § final del art. 35, transcrito en la nota anterior.

establecimiento. Por pacto expreso puede prevenirse, al convenir el *nantissement*, que el mero hecho del traslado produzca el vencimiento del plazo, sin necesidad de otra condición o requisito (núm. 104, pág. 150) (27).

El peligro que el traslado supone para la identificación del *fonds nanti*, de riva de que puede escapar a la publicidad establecida y acarrear la pérdida para el acreedor de su derecho de persecución (núm. 106, pág. 152). El artículo 13, ap. 2.º, previniendo ese supuesto, señala al acreedor un plazo de quince días para mencionar el cambio al margen de la inscripción si el traslado se verifica en territorio de la jurisdicción del mismo Tribunal y para trasladar la inscripción al nuevo Tribunal si el traslado supone cambio de jurisdicción.

En caso de que el acreedor *nanti* hubiese regularizado la inscripción dentro de dicho plazo, pero en el intermedio desde el desplazamiento a la regularización de la inscripción se hubiera inscrito otro *nantissement*, se plantea un problema de preferencia entre ambos. La doctrina por unanimidad se la concede al anterior acreedor que, además de no ser responsable del cambio de local, ha cumplido en el breve plazo señalado por la ley sus obligaciones de publicidad (núm. 107, págs. 153 y ss.).

Si, por el contrario, la inscripción no se regularizó en el plazo legal, la interposición del nuevo *nantissement* plantea la cuestión en otros términos. Ante todo debe distinguirse si el primer acreedor conoció o ignoró el traslado. En este segundo supuesto la cuestión es especialmente delicada (núm. 108, página 155). CHARÓN y COHEN entienden que el primer acreedor no pierde su preferencia, porque las formalidades del art. 13, ap. 2, sólo pueden exigir al acreedor cuando conozca el traslado.

En cambio, CABRILLAC (núm. 110, pág. 153) opina que la línea lógica de los principios que dominan el mundo de la publicidad, a la que están sometidos los privilegios que gravan a los *fonds de commerce*, impone la solución contraria. Si la oponibilidad de un derecho está condicinada a requisitos de publicidad determinados, si éstos no son cumplidos, sea por la razón que fuere, no es posible que su titular pueda oponerlo. La consideración subjetiva y algo sentimental, de la actitud irreprochable del acreedor primitivo no puede ser de consideración en un sistema regido por el signo del rigor formal y la objetividad. Aparte de que la prueba de la ignorancia del desplazamiento—que contra la opinión de COHEN, cree CABRILLAC que corresponde al acreedor anterior, según ha aceptado *La Cour de Paris*, en 29 de mayo de 1934—es muy difícil, como toda prueba negativa (núm. 111, págs. 156 y ss.) (28).

#### B) *Garantías en las que se añade al derecho real una obligación personal del deudor.*

Señala el autor que, excluidos los supuestos excepcionales anteriormente expuestos, en los que el derecho de persecución reviste toda plenitud, no parece

(27) Ver: art. 29 causa 2.ª en relación con el art. 27, que lo señala como causa del vencimiento de la hipoteca y los arts. 16 y 33 de la Ley de 1954 de los que resulta que continúa la sujeción del local.

(28) En nuestro Derecho, podría ocurrir que el establecimiento hipotecado se trasladase a otro lugar, o que se instalase en otro distinto la maquinaria incluida en la hipoteca, y, a su vez, que ese nuevo establecimiento se hipotecase incluyendo dicha maquinaria en Re-

que en materia mobiliaria sea posible que el derecho real separado de la posesión pueda por sí solo conferir al acreedor una garantía suficiente.

Toda garantía requiere la seguridad dada al acreedor de que podrá aprehender el objeto en el momento querido. Pues bien; si no puede reivindicar el mueble dado a garantía por impedido el artículo 2.279, falta la suficiente seguridad. Y, si en perjuicio de la rapidez y seguridad de las transacciones, se suprimiera esa limitación, su situación no mejoraría gran cosa, pues normalmente no sabría a quien reclamar el objeto de cuya posesión el deudor se hubiera desprendido. Por ello, no ha habido más remedio que recurrir al mundo de los derechos personales e imponer al deudor la obligación de conservar la cosa objeto de la garantía. De ese modo— a su juicio— la protección del acreedor reposa en la coexistencia de dos derechos de naturaleza dispar: un derecho real y un derecho de crédito (núm. 112, pág. 161) (29).

Gracias a su derecho real, el acreedor puede escapar de la ley del concurso y beneficiarse con un rango preferente. Pero, para oponer esa preferencia a los demás acreedores, se requiere una especial publicidad, que en su forma es semejante a la que se aplica a las garantías dotadas de reipersecutoriedad, pero que se apoya en bases muy diferentes. La publicidad no sigue un sistema real, sino personal. No se dirige ni impone a los adquirentes sucesivos de la cosa, sino a los demás posibles acreedores del mismo deudor (núm. 113, pág. 161 y ss.) (30).

Gracias a su derecho personal el acreedor puede beneficiarse de las ventajas del derecho real. La obligación del deudor de no enajenar, o por lo menos, de no transferir la posesión del bien gravado, permite— si es cumplida— al acreedor aprehender el objeto de la seguridad y hacerlo vender a su provecho. Por ello, ese derecho de crédito es piedra angular de la garantía (núm. 114, pág. 162). Asimismo, esa conservación de la posesión por parte del deudor, es el medio de identificar el objeto del gravamen, dada la dificultad de individualizarlo objetivamente. Ahora bien, para que esos efectos se consigan a través del cumplimiento de dicha obligación del deudor, es necesario que los objetos de la garantía sean cuerpos ciertos y no cosas genéricamente determinadas (núm. 115, página 163).

Como garantías mobiliarias que a su juicio reúnen esas características, entre las reguladas por el Derecho francés, el autor clasifica a las siguientes (31).

1.º *El Warrant agricole* (Ley 18 julio 1898, L. 30 abril 1906 y D. 28 abril 1935) cuando recae sobre cuerpos ciertos.

registro de otra demarcación. ¿Qué solución deberá darse a la concurrencia de ambas hipotecas con respecto a dicha maquinaria? Si la maquinaria estaba individualizada debidamente en la inscripción de la primera hipoteca, creemos que no puede negarse la preferencia del titular de ésta.

(29) Evidentemente, en este caso, tendríamos al jinete de plomo cabalgando en el caballo de papel. Ello por sí sólo hace dudar de la naturaleza real de esa garantía y de la realidad de ese llamado elemento real de tan frágil contextura.

La naturaleza de las garantías de esta especie la estudiamos en Rev. Dr. Priv. volumen cit., núm. IV, págs. 508 a 520.

(30) Ver, Rev. Dr. Priv., vol. cit., núm. 28, págs. 535 y sig. y Rev. Dr. Not., cit., número VI B, c, pág. 111.

(31) Ver arts. 52, 53 y 54 de la Ley de 16 de diciembre de 1954.

2.º *El Warrant hotelier* (Ley 8 agosto 1913. L. 17 marzo 1915).

3.º *El nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel* (Ley 18 enero 1951). El objeto de esta garantía, material o utillaje, debe comprender bienes del equipo profesional del deudor. Es decir: debe estar destinado a la producción, no a la reventa y deben estar vinculadas a la actividad profesional del adquirente (32). Además, sólo puede constituirse seguidamente a un contrato de venta, o lo más tarde en el plazo de un mes, y a favor del vendedor o del prestamista que hubiera anticipado fondos para su pago. Los bienes gravados deben describirse de modo preciso para su individualización respecto de los otros bienes de la misma naturaleza, pertenecientes a la empresa, y, además, debe indicarse el lugar donde los bienes tienen su asiento fijo o mencionar, en caso contrario, que son susceptibles de ser desplazados (art. 2.º ap. 5.º, núm. 125, págs. 177 y ss.). Este *nantissement* debe inscribirse bajo pena de nulidad en un registro especial en el plazo de quince días. Pero, además de esta publicidad, el acreedor puede reforzar su posición, con la colocación de una placa denunciadora del *nantissement* en los bienes gravados, de cuya colocación depende la reipersecutoriedad de la garantía del acreedor. Por eso, concluye CABRILLAC (núm. 126, pág. 180), que el factor personal no queda eliminado, pues el derecho real reposa en la obligación del deudor de respetar la placa, ya que su retirada puede paralizar su reipersecutoriedad.

El autor del volumen que comentamos estudia las modalidades del grupo de que ahora nos ocupamos distinguiendo el elemento real y el elemento personal de las mismas.

a) *El elemento real y sus límites:*

Estudia CABRILLAC su encuadramiento en las figuras de la hipoteca o de la prenda, a través de la doctrina (núm. 158 y ss., págs. 211 y ss.), de la legislación (núms. 167 y ss., págs. 218 y ss.) y de la jurisprudencia (núms. 170 y ss., págs. 221 y ss.).

Desde el punto de vista doctrinal examina las posiciones de quienes señalan la nota diferencial en la retención posesoria del acreedor como característica de la prenda o bien en la reipersecutoriedad como dato esencial de la hipoteca. CABRILLAC (núm. 161, pág. 213), se define a favor de la primera nota distintiva. A su juicio, todo derecho real presupone por definición la reipersecutoriedad; los límites puestos a su ejercicio son—a su juicio—extrínsecos tanto a la noción de la prenda como de la hipoteca. Ambos derechos están dotados de reipersecutoriedad—como corolario de la facultad de disponer—limitada externamente por el art. 2.279 (núm. 161, pág. 213). Entiende que la posesión marca una nítida distinción entre la prenda y las garantías que pueden constituirse sin necesidad de su desplazamiento (núm. 164, pág. 215). No cree que existan diferencias internas entre la hipoteca tradicional y esas otras garantías mobiliarias sin desposesión: la diferencia no la halla en su naturaleza, sino en que

(32) Este criterio coincide con el del § 1 del art. 42 de la Ley española. Ahora bien, la Ley francesa de 1951, concede al *nantissement* una eficacia más limitada—en cuanto depende de la colocación y permanencia de la placa que dicha Ley determina—que la otorgada por la Ley española a la hipoteca de la maquinaria industrial.

sus objetos no obedecen a reglas jurídicas idénticas. Consecuencia de las reglas divergentes que de un modo genérico rigen la propiedad y los derechos que reales inmobiliarios de una parte y la propiedad y los derechos reales mobiliarios de otra (núm. 166, págs. 216 y ss.) (33).

En el terreno legislativo, reconoce evidente que tanto en el *warrant* agrícola como en el hotelero, se quiso sustituir la posesión física de la cosa por su posesión jurídica a través del *warrant* representativo, con cuya entrega vendría a operarse una especie de tradición *brevi manu*. Pero, la propia ley no se atrevió a contrariar la realidad y se detuvo sin agotar las últimas consecuencias de esa idea creadora inicial. Su resultado final hubiese sido el considerar al poseedor fáctico como mero detentador, a favor del cual no podría actuar el artículo 2.279, y al poseedor del *warrant* como verdadero poseedor jurídico de la cosa, con justo título, *corpus* y *animus*. WAHL ha sido el único que se ha atrevido a defender ese resultado para el *warrant* hotelier ante el silencio legal. Pero lo cierto es—como destaca CABRILLAC—que el legislador no ha podido ni querido introducir una regla tan exorbitante con respecto a las normas de su derecho común mobiliario. Ha tenido que sacrificar en este punto su ficción, tan frágil, que no estima oponible a la verdadera posesión (art. 168, páginas 168 y ss.).

Para la jurisprudencia ha pesado notablemente esa circunstancia de no haber agotado el legislador las consecuencias de la ficción de posesión, y por ello, determina en cada caso la medida en que se debe hacer jugar esa ficción de posesión (núm. 170, pág. 222).

Los efectos *ex re* de las garantías de ese tipo pueden examinarse en los siguientes aspectos:

a) Constitución por quien anteriormente hubiera enajenado la cosa sin desposeerse de ella.

La *Court Supreme de Cassation*, en 3 de diciembre de 1919, señaló que en este caso se imponía la eficacia del *warrant* regularmente constituido.

CABRILLAC, critica ese resultado, que cree sin otro apoyo que la ficción de posesión del acreedor *warranté*. Considera tanto más injusta la solución cuanto que, en este caso, se hace jugar contra un adquirente anterior una publicidad posterior a dicha adquisición. Solución tanto más paradójica, cuanto que dicha publicidad no es eficaz contra los ulteriores adquirentes (núm. 172, página 224) (34).

(33) Cabrillac viene a establecer esta ecuación:

$$\frac{\text{propiedad inmobiliaria}}{\text{hipoteca inmobiliaria}} = \frac{\text{propiedad mobiliaria}}{\text{hipoteca mobiliaria}}$$

Su regla fundamental es: que la naturaleza del derecho queda afectada por la naturaleza del objeto.

Sin considerar totalmente inexacta esa proposición, y aparte de ella, creemos que toda garantía real presupone la sujeción de la cosa, que no se logra con las garantías de este segundo grupo.

Nuestra opinión puede verse en Rev. Dr. Priv., cit.

(34) En nuestro Derecho la cuestión debe resolverse de acuerdo con el § final del artículo 3.º en relación con el art. 56 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 (el art. 56 lo hemos comentado en nota III en la cit. Rev. Dr. Not., págs. 88 y sig.). Cuando el cons-

Resultado que aprovecha para atacar la ficción de posesión y la asimilación de esa figura a la prenda normal (núms. 171 y ss., págs. 223 a 225).

### 3 Reipersecutoriedad limitada :

1) Frente al poseedor de mala fe. Pero esa eficacia contra el tercer adquirente de mala fe, ¿es fruto de la reipersecutoriedad de la garantía o consecuencia negativa de la mala fe del tercero, apoyada por la acción pauliana? Siguiendo a GROUBER, observa el autor, que esa eficacia reipersecutoria contra los terceros de mala fe no precisa de los mismos requisitos de la acción pauliana. El perjuicio no se produce cuando el deudor queda insolvente, sino desde que dispuso del objeto para paralizar las prerrogativas del acreedor; el fraude del adquirente existe desde que conoce que el acto tiende a dicho fin y la complicidad del tercero radica en el conocimiento de esta situación (núm. 148, página 202). Para defender esa tesis, CABRILLAC tiene que luchar contra la letra del artículo 2.119: *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque* (35).

2) Frente al poseedor del mueble estigmatizado conforme al art. 7 de la ley de 1951. Aun cuando la retirada de la placa soslaya esa eficacia, no deja de ampliarse en este caso la eficacia de la garantía. Por lo menos, se desplaza la carga de la prueba. Al acreedor *nanti* ya no le es necesario demostrar que el adquirente conoció la carga antes de su adquisición. Le basta comprobar

---

tituyente de la prenda sin desplazamiento, posea la cosa pignorada sólo pueden oponérsele, por tercero, los derechos legítimamente adquiridos en virtud de documento de fecha auténtica anterior.

(35) Dos hipótesis caben para explicar la ausencia de reipersecutoriedad de la prenda sin desplazamiento con respecto a terceros adquirentes de buena fe. Una: la reipersecutoriedad corresponde al derecho pignoraticio, pero queda enervada, en virtud del principio protector del tráfico jurídico, frente a los terceros adquirentes del buena fe. Otra: dicho derecho carece de reipersecutoriedad, pero la mala fe del tercer adquirente da lugar a que sea ejercitable aunque la cosa haya pasado a su poder, debido a la actuación antijurídica de dicho tercero, del mismo modo que, en el caso de doble venta, puede oponerse una venta anterior aun no consumada contra el comprador de otra posterior y consumada, si éste conocía el contrato anterior.

El fenómeno jurídico, correspondiente a esta segunda explicación, es paralelo al que da lugar al ejercicio de la acción Pauliana, pero no se confunde con él: En una deuda ordinaria el daño sólo se produce con la insolvencia del deudor (*eventus damni* de la acción Pauliana); en el caso de enajenación de la cosa vendida y no traída, o del objeto dado en garantía, el daño es producido por la transmisión de la cosa si frustra la adquisición del primer comprador, o da lugar a la pérdida de las ventajas que reporta la garantía al acreedor.

La posición de la Ley de 14 de diciembre de 1954 con respecto a la reipersecutoriedad de la prenda sin desplazamiento (que corresponde al tipo de garantías que Cabrillac clasifica en el grupo segundo) no resulta clara. Hemos dedicado a desentrañar esta cuestión varias páginas de la *Rev. Dr. Not.* (vol. cit. IV, B y C, págs. 82 y ss.). Allí concluimos que su eficacia sólo actuaba *erga omnes* mientras los bienes pignorados no salieran de su *status loci*, y que fuera del mismo sólo era oponible a los terceros adquirentes cuando éstos fueran de mala fe. Criterio paralelo al que sostuvimos para la prenda normal—sustituída la retención del acreedor por la conservación por el deudor en el *status loci*—como habíamos expuesto anteriormente (en *Rev. Dr. Priv.*, cit., págs. 502 y ss. y 516; antes, en "La hipoteca del derecho arrendaticio", págs. 69 y ss., y recientemente en *Rev. Dr. Not.* cit., IV, c. 6.º, págs. 95 y ss.).

que la placa estaba colocada en el momento de su adquisición (núm. 154, páginas 206 y ss.) (36).

γ) Preferencia:

Resulta evidente la prelación de los acreedores dotados de tales garantías con respecto a los acreedores quirografarios (núm. 129, pág. 184). Estudia especialmente el autor la oponibilidad en caso de quiebra (núms. 130 y ss., págs. 184 y ss.), frente a los arrendatarios del inmueble (núms. 135 y ss., págs. 188 y ss.) y con respecto a los acreedores garantizados con hipoteca (núms. 139 y ss., págs. 193 y ss.) o con otro privilegio mobiliario sin desposesión, de diferente clase (núms. 143 y ss., págs. 197 y ss.) o de la misma (núms. 146 y ss., págs. 200 y ss.) (37).

La eficacia de esa garantía sufre, naturalmente, los peligros derivados de la utilización del objeto por el deudor, especialmente la posibilidad de su pérdida o de su desplazamiento.

Como remedio al primer peligro se requiere igualmente, como en las seguridades del grupo anterior, que el privilegio se conserve sobre las indemnizaciones debidas por razón de la destrucción o deterioro del objeto de la garantía (núm. 176, pág. 230) (38).

La eficacia respecto terceros de esas garantías puede peligrar por el desplazamiento material de su objeto. Esa eficacia está subordinada a la publicidad que la dote de suficiente notoriedad. Ahora bien, la organización de esta publicidad en esas garantías se apoya en el lugar donde se halla ubicada la cosa gravada en el acto del contrato y que debe indicarse en el documento constitutivo (núm. 178, págs. 231 y ss.). Ese desplazamiento puede estimarse que no desvirtúa la prelación del acreedor garantizado contra los quirografarios, pero sí que dará lugar a que pierda su prelación contra los ulteriores acreedores hipotecarios o garantizados con garantías constituidas posteriormente sin desposesión sobre la base de la nueva situación de lugar o del objeto (núm. 182, páginas 238 y ss.) (39).

b) *El elemento personal en la protección del acreedor.*

Se concreta en una obligación del deudor, que puede descomponerse en dos

(36) ¿Qué efecto produciría en nuestro Derecho la colocación de marcas en los bienes pignoralos? ¿Bastaría para invertir la presunción de buena fe del tercer adquirente? ¿La invertiría, por lo menos, en el caso de que la transmisión se hubiese verificado por quien en el Registro, correspondiente al *status loci* de los bienes gravados, figure como pignorante de los mismos? Pero ¿puede estimarse siquiera que la colocación de la marca obliga a todo adquirente a examinar el registro, cuando por razones teleológicas no se le imponga legalmente dada la naturaleza de los bienes gravados?

(37) Ver artículos 10 y 66 de la Ley de 1954. No obstante la limitación de las excepciones, referidas en el artículo 66, cabe anteponer a este acreedor pignoralicio, en ciertas circunstancias, el crédito por el precio aplazado de la cosa pignoralada y alguno otro (véase *Rev. Dr. Not. cit.*, V, págs. 100 y ss.).

(38) Resuelto favorablemente en el artículo 3.º de la Ley de 14 de diciembre de 1954. (39) De acuerdo con la exigencia de la determinación de lugar en la prenda sin desplazamiento (ver *Rev. Dr. Not. cit.*, II, D, págs. 51 y ss.), ésta, fuera de su *status loci*, puede perder en parte su prelación ante la prenda manual o el embargo material, así como en los supuestos de los números 1, 4 y 5 del artículo 1.922 C. c. (ver *Rev. Dr. Not.*, V, B. b. C y D, págs. 103 y ss.).

elementos: uno positivo y otro negativo (núm. 180, pág. 242). El primero se refiere a la conservación material del objeto (núms. 187 y ss., págs. 242 y siguientes) (40). El segundo reclama la abstención—piedra angular de la institución—de todo acto de desposesión de la cosa gravada (núms. 190 y ss., páginas 244 y ss.) (41). Tratándose del *nantissement du matériel et de l'outillage professionnel*, ese segundo aspecto de la obligación se amplía a la conservación de la placa colocada en el bien *nauti* (núm. 197, pág. 249).

El incumplimiento de esta obligación produce efectos civiles y penales:

1) En derecho civil provoca el vencimiento del crédito asegurado, conforme al artículo 1.188 del *Code civil*, que previene la pérdida del beneficio del plazo por disminución de las seguridades prometidas al acreedor (núm. 200, página 253) (42).

2) El derecho penal pone en juego su aparato represivo por delito de abuso de confianza con las penas previstas en los artículos 406 y 408 del *Code pénal* (núms. 204 y ss., págs. 256 y ss.) (43).

C) *Garantías del acreedor mediante la asociación de un derecho real condicional y de una obligación personal del deudor.*

Cuando el objeto de la garantía es una cosa fungible y se deja en manos del deudor de modo que conserve su fungibilidad, la misma existencia del derecho real se halla comprometida. CABRILLAC (núm. 210, pág. 265) reconoce que no puede haber derecho real si no recae sobre una cosa material individualmente designada. El vínculo directo establecido entre la cosa y el objeto implica una precisión absoluta del objeto. Mientras la fungibilidad se mantenga, falta tal precisión y el acreedor sólo puede tener un simple derecho personal a su constitución.

Por eso estima que el *warrantage a domicile* de cosas fungibles no puede conferir más que un derecho real sometido a la condición suspensiva de la especificación de su objeto. Gracias al efecto retroactivo del cumplimiento de la condición, el nacimiento del derecho puede retrotraerse a la fecha del contrato (núm. 211, pág. 266). Pero la consolidación de ese derecho real requiere la conservación por el deudor de la cantidad *warrantée* para que, en su caso, pueda ser concretada como objeto específico de la garantía (núm. 212, págs. 266 y siguientes) (44).

(40) Ver artículos 59 y ss. de la Ley española. Incluso respecto a la hipoteca de maquinaria, ver el artículo 44.

(41) Artículos 4.º (respecto a la enajenación) y 60 (para la traslación material fuera del lugar establecido) de la Ley española de 1954. La prohibición del artículo 4.º no es objetiva, sino subjetiva, y no oponible a terceros de buena fe (*Rev. Dr. Not. cit.*, IV, B. d. oc., páginas 88 y ss.).

(42) Ver artículo 62 de la Ley de 1954. Aun sin este precepto habría lugar al vencimiento del término, en virtud de la norma del artículo 1.129, número 3.º C. c., siempre que la enajenación suponga, por la causa que sea, disminución de la garantía.

(43) Del artículo 59 parece deducirse que en nuestro Derecho el delito será normalmente el de quebrantamiento de depósito.

(44) ¿Qué nos queda entre las manos con esa construcción de un derecho real bajo condición suspensiva y potestativa de su sujeto pasivo?

Suele ser necesario que esta obligación de conservar vaya unida a una facultad del deudor de renovar los elementos que integran el conjunto, impuesto no solo por necesidades del deudor, sino incluso por la naturaleza deteriorable de dichos elementos (45). Por todo ello, cuando el objeto de un *warrant a domicile* lo integran cosas que se cuentan, miden o pesan, la protección del acreedor se organiza, a juicio del autor, por el mecanismo de combinar un derecho real bajo condición suspensiva y una obligación personal del deudor (núm. 213, páginas 270 y ss.; núm. 232, pág. 293).

En este tercer grupo de garantías mobiliarias CABRILLAC cataloga las siguientes:

1) El *warrant agrícola*, si recae sobre cosas fungibles. A juicio del autor así ocurre en el supuesto de constituirse sobre ganado con estipulación de que la garantía se extienda a los animales nuevos que sustituyan a los inicialmente *warrantes* (art. 1, ap. 11 de la ley de 1935) (46). Y también, aunque la ley no lo prevea, cree que de la naturaleza del objeto así resulta, en el supuesto de que la garantía recaiga sobre una cantidad de productos conservados juntamente con otros del mismo género en los locales del deudor (núm. 216, págs. 274 y ss.) (47).

(45) Esta fué la *ratio* de la Ley *Cum tabernam* de Scaevola (Dig. XX-I, 34). Recordemos que Merlino ("De Pignoribus et Hypothecis tractatus absolutissimus", L. II, tit II, Quaest. XLIV, núm. 28, ed. Venetiis, 1649, pág. 141), siguiendo la opinión inveterada de los autores de Derecho común, explicó que "per hypothecam mercium non censetur sublata facultas debitori eas alienandi, sed tacita actum censetur, ut possit eas alienare".

(46) Esta cuestión tiene igualmente viejos precedentes en la discutida Ley *Gregy* de Marciano (Dig. XX-I, 13, pr.). En la Ley española se plantea en el número 3 del artículo 52, que admite la pignoración de los animales así como de sus crías y productos. ¿Se refiere únicamente a animales específicamente determinados y a las crías y productos de los mismos, o puede aplicarse igualmente de modo genérico a un rebaño, una vacada, una yeguada, etc.? Es decir: ¿La extensión de la prenda es sólo consecuencia de comprenderse pignorados los frutos de los animales pignorados, o bien es resultado de la determinación de su objeto *sub specie universalitatis*? ¿Cabe la posibilidad de enajenar algunas cabezas si se las sustituye por las nacidas o con otras agregadas al rebaño? ¿Está obligado el pignorante a reponer las cabezas perdidas fortuitamente? La Ley no lo determina, por lo cual parece autorizar a los constituyentes para regular en una u otra forma la garantía.

(47) La Ley española, en su artículo 52, números 1.º y 2.º, autoriza la constitución en prenda sin desplazamiento de los frutos pendientes y las cosechas esperadas dentro del año agrícola en que se celebre el contrato y de los frutos separados o productos de dichas explotaciones. Si no estuvieren almacenados, se determinará el lugar en que hubieren de depositarse.

Supongamos—tal como, con referencia a la Ley francesa, plantea Cabrillac en el texto—que se pretenda pignorar sin desposesión una cantidad aritméticamente determinada o una parte alícuota de los frutos pendientes o de la cosecha del año agrícola corriente sin determinación física de las parcelas de la finca a que deban corresponder, o bien, que se quiera pignorar cierta cantidad de los frutos separados o de los productos de una explotación agrícola, forestal o pecuniaria, sin determinar específicamente las cubas, haces, sacos, etc., en que se coloquen.

En primer lugar, podría plantearse si es posible esa determinación de una parte genérica, atendidos los tres requisitos primeros exigidos por el artículo 57 para la constitución de la prenda sin desplazamiento. Son éstos: *Descripción de los bienes que se pignoran, con expresión de su naturaleza, cantidad, calidad, estado y demás circunstancias que contribuyan a individualizarlos o calificarlos; determinación, en su caso, del inmueble en que se situaren los bienes por su origen, aplicación, almacenamiento o depósito; la obligación del dueño de los bienes de conservarlos y de tenerlos a disposición del acreedor para que éste pueda en cualquier momento inspeccionarlos y comprobar la existencia y estado de los mismos...*

2) El «engagement de garantie» sobre vinos y el alcohol procedente de su destilación eventual (D. L. de 21 de agosto de 1937) (núm. 218, pág. 276) (48).

Aunque la identificación sería menos perfecta con las fórmulas antes propuestas, no creemos que se hallen en contradicción con los transcritos del artículo 57.

Admitida la posibilidad, hay que preguntar si conforme explica su construcción «abril-lac» el objeto de la garantía queda indeterminado y, en consecuencia, ésta se halla pendiente, bajo la condición suspensiva de que a su vencimiento quede cantidad suficiente del género pactado en el lugar de origen, aplicación o depósito determinados.

Notemos que la indeterminación objetiva que supone la determinación *sub specie universitatis*, v. gr., en el *pignus tabernae*, no es igual a la resultante de la determinación *cuantitativa dentro de un género delimitado por la situación de lugar*. En el primer caso, los bienes existentes en el almacén al vencer el crédito garantizado, pueden lícitamente ser otros distintos de los que existían en la fecha de la pignoración; en el segundo supuesto, una parte de los mismos bienes almacenados al constituirse la prenda deben permanecer el día del vencimiento en su mismo *status loci*. En el *pignus tabernae* existe la facultad de sustituir los bienes que integran el conjunto, de renovarlos. En los casos examinados del artículo 52, números 1.º y 2.º, el pignorante sólo puede lícitamente enajenar bienes del género pignorado en cuanto sus existencias excedan del volumen prefijado al efecto. En el primer supuesto, la determinación *sub specie universitate mercionium* sólo se traducirá en una efectiva determinación específica el objeto de la garantía al hacerse ésta efectiva; en el segundo supuesto, el objeto de la garantía se halla delimitado por su *status loci* desde el instante de la constitución de la garantía.

(Ya que hemos transcrito el número 2.º del artículo 52 y el número 2.º del 57 de la Ley española, vamos a aprovechar esta ocasión para comentar el valor de ciertos incisos de uno y otro.)

α) El apartado final del número 2.º del artículo 52 dice que *si* (los frutos o productos) *no estuvieren almacenados, se determinará el lugar en que hubieran de depositarse*. ¿Se presupone con esto que no es esencial el cumplimiento del requisito segundo del artículo 57 o, por lo menos, que la constitución de la prenda puede ser anterior a la determinación del *status loci*? Creemos que ambos preceptos deben ser armónicamente interpretados atendiendo a las circunstancias fácticas a que puede responder el expresado apartado del artículo 52 en conexión con la referencia del artículo 57, número 2.º, al inmueble de *origen, aplicación, almacenamiento o depósito*. Con estos datos a la vista podemos fijar el presupuesto del apartado en cuestión y la norma que debe regir en dicho caso en relación con la del número 2.º del artículo 57.

Presupuesto: cosechas o frutos separados, pero no recogidos, o bien llevados provisionalmente al lugar de su transformación—molino, lagar, etc.—.

Norma aplicable: En estos supuestos los artículos 52, núm. 2.º y 57, número 2.º, implican la necesidad de determinar dos situaciones de lugar sucesivas: la del lugar de origen o transformación—*status loci* provisional—y la del lugar de almacenamiento y depósito—*status loci* definitivo—.

Esa doble determinación—en sustancia—significa la autorización al pignorante para trasladar los frutos o productos al lugar donde definitivamente se almacenen.

β) El número 2.º del artículo 57 intercala el inciso *en su caso* al ordenar la determinación del inmueble en el que se fija el *status loci*. Esta interpolación no figuraba en el anteproyecto.

¿Se quiso significar con este inciso que la determinación no es necesaria, o bien que en ciertos casos es imposible y que, por ello, no es impuesta en tales supuestos? Esa segunda interpretación parece más lógica que la primera, pues ésta supondría la *contradictio in terminis* de ordenar una determinación y de excluir su obligatoriedad. Por lo tanto, ese “en su caso” pudo intercalarse pensando en los supuestos excepcionales de pignorarse un rebaño trasumante, de caballos de carreras, o en cualquier otro caso semejante. Pero también cabe sostener que dicho inciso, sin demasiada precisión gramatical en el sentido, se refirió alternativamente a los lugares de su origen, aplicación, almacenamiento o depósito. A la vista de lo dispuesto en los artículos 31, 32 y 33 del Reglamento, puede afirmarse que esa última interpretación es la acertada.)

(48) Cualquier supuesto de pignoración sin desplazamiento de productos destinados a su transformación es posible en el régimen de la Ley de 14 de diciembre de 1954. Así

3) El *warrant petrolier*, creado para garantizar los créditos para la adquisición de stocks de petróleo con garantía sobre los mismos, cuando se trate de importadores de cantidades superiores a 300 toneladas mensuales (L. de 21 de abril de 1932) (núms. 219 y ss., págs. 279 y ss.).

4) El *warrant des stocks de guerre*, regulado en el D. L. de 24 de junio de 1939 (núms. 222 y ss., págs. 283 y ss.).

5) El *warrant industriel*, nacido con carácter provisional para reanimar la producción industrial después del desastre de 1940 (L. de 12 de septiembre de 1940), pero prorrogado sucesivamente, la última vez con carácter indefinido, para garantizar la satisfacción de las *lettres d'agrément* con los productos y mercancías concluidas (núms. 227 y ss., págs. 287 y ss.) (49).

En el examen de esa garantía distingue el autor :

a) *El elemento real de la garantía.*

A su juicio :

1.º La constitución de un *warrant a domicile* sobre una cierta cantidad de cosas fungibles no confiere por sí sola al acreedor derecho real alguno (número 234 y ss., págs. 295 y ss.) (50).

2.º Ese derecho real sólo aparece cuando el acreedor, por los medios de ejecución, determina el objeto con exactitud, es decir, verifica su especificación (núm. 236, págs. 298 y s.) (51).

3.º La realización de esta determinación actúa como el cumplimiento de una condición suspensiva (núm. 237, pág. 299) (52).

---

resulta del artículo 57, número 2.º, que habla del lugar de su *aplicación*. En este caso, como hemos visto en la nota anterior, deberá determinarse ese lugar y, en su caso, el de su almacenamiento definitivo. La posibilidad de transformar los bienes hipotecados, sin extinguirse por ello la garantía, ya había sido observada por Salgado Somoza ("*Labyrinthus creditorum concurrentium, inter illos causataem*", Pers. IV, cap. VIII, núm. 33, ed. Lugduni, 1672, pág. 57).

(49) En la Ley española no tiene equivalente exacto esa modalidad. En cambio, se admite: a) En el artículo 22, la posibilidad de extender la hipoteca de establecimiento mercantil a las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación del establecimiento. Injerto del *pignus tabernae*, con carácter accesorio, a la hipoteca del propio establecimiento. b) Y en el artículo 53, número 2.º, la pignoración sin desplazamiento de las mercaderías y materias primas almacenadas. Al decir *almacenadas*, el precepto excluye la posibilidad de aplicar la prenda sin desposesión a un conjunto variable, es decir, descarta el *pignus tabernae* fuera de la hipoteca del establecimiento.

(50) La afirmación es evidente respecto al *pignus tabernae*, como comprobamos en nuestro trabajo de este mismo nombre (An. Dr. Civ., VI-4), en sus números 14, 15 y 19 (págs. 816 y 826 y ss.).

(51) Con referencia del *pignus tabernae* se planteó en qué momento surgía la reipersecutoriedad. Descartado el momento *ortae hypoteca*, se centró la discusión entre el momento *natae actionis* (tesis de Jacobo de Arena y Baldo) y el momento *motae litis* (tesis de Bartolo, Salyceto y Merlino). (Ver Merlino, op., lib. y tit. cit., Quaest XLV, núms. 35, 38, 39, 40 y 50, págs. 141 y ss.) Cabrillac es más riguroso, pues refiere el nacimiento del derecho real a la especificación verificada ejecutoriamente. Por eso, a juicio nuestro, esa pretendida garantía se resuelve en una mera razón de prioridad, puesto que carece de sujeción mientras no se procede al efectivo embargo del objeto.

(52) Notemos que Cabrillac no alude sino a la determinación del objeto verificada por los medios de ejecución.

Pero ¿puede decirse que la especificación del objeto equivale al cumplimiento de una

4.º Ese cumplimiento tiene efecto retroactivo, apoyándose en la publicidad de su inscripción que determina su rango (núm. 238, págs. 300 y ss.) (53).

Es decir: según esa construcción se ofrece al acreedor la protección de un derecho real, pero el nacimiento de éste se subordina a la realización de un evento futuro e incierto aunque, una vez cumplido, su oponibilidad se haga retrotraer al instante de la transcripción del acuerdo de voluntades creador de esa posibilidad (núm. 239, pág. 301).

Al pretender precisar la calificación específica de ese elemento real, rechaza CABRILLAC su asimilación a la prenda (núm. 241 y ss., págs. 303 y ss.), así como el recurso de configurarlo como una subespecie de la llamada prenda de valor (núm. 244 y ss., págs. 306 y ss.) y se inclina por incluirla entre las hipotecas (núm. 248 y ss., págs. 309 y ss.) (54). A su juicio, tampoco aquí es la naturaleza del derecho si no la del objeto la que determina su diferencia de eficacia con respecto a las hipotecas inmobiliarias (núm. 250, pág. 311) (55).

Los efectos de ese pretendido derecho real condicionado, son:

1.º Preferencia retroactivamente referida—caso de cumplirse la condición— a la fecha de la transcripción del acto constitutivo (núm. 254, pág. 316). Sin embargo, se plantean problemas discutidos en caso de quiebra (núm. 259, página 322), embargo (núm. 260, pág. 323), en concurrencia con los arrendadores del inmueble donde se hallen los bienes gravados (núms. 261 y ss., págs. 234 y ss.) y con los beneficiarios de garantías mobiliarias sin desposesión (núm. 264 y ss., págs. 326 y ss.) (56).

2.º Ausencia de reipersecutoriedad (núm. 266, págs. 328 y ss.). Sólo quedan

condición suspensiva? Sinceramente creemos que no. El objeto ni su determinación jamás pueden considerarse como elemento extrínseco marginal o accidental, notas características de la condición (ver nuestro trabajo "Donación, condición, etc.", en AN. DR. CIV., V.3, págs. 1.243 y ss.).

(53) Si el derecho real—según el autor—no nace hasta la especificación de su objeto, y si esta determinación—como hemos dicho en la nota anterior—no puede considerarse como el cumplimiento de una condición suspensiva, no es posible justificar por el fenómeno jurídico de la retroactividad la determinación del rango con referencia a la fecha de la inscripción. La prioridad anterior a la pretendida realidad de la garantía debe explicarse de otro modo, independizándola de esa tardía efectividad.

(54) Lo que hemos observado en las notas anteriores, nos lleva a la convicción de que ni la hipoteca ni la prenda explican esa forma de garantía, que nos parece mucho más próxima a un privilegio convencional, reforzado con medidas procesales de especial sumariedad.

(55) Cabrillac, a su ecuación:

bienes inmuebles	=	bienes muebles
hipoteca inmobiliaria	=	hipoteca mobiliaria

añade otra ecuación:

objeto especificado = objeto genérico pendiente de especificar

hipoteca = hipoteca bajo condición suspensiva (del tipo por él catalogado)

Pero esta segunda ecuación más que de la naturaleza del objeto (cosa genérica o cosa específica) depende de su determinación o indeterminación.

Si el concepto de la hipoteca se centra en la sujeción en garantía, toda indeterminación que impida la efectiva sujeción será incompatible con la constitución de dicha garantía real.

(56) Ver nota 37 en AN. DR. CIV., VI-4 (*Pignus Tabernae*, II, núms. 20 y sig., páginas 827 y ss.), examinamos los problemas de la prioridad entre los suministradores de mercaderías y los titulares del *pignus tabernae*.

al acreedor los recursos de la acción pauliana o la acción penal en sus casos (núm. 268, págs. 330 y ss.) (57).

En caso de pérdida de los bienes gravados entiende aplicable a estos supuestos lo dicho respecto a las garantías sobre cuerpos ciertos en lo referente a la conservación de la prelación sobre las indemnizaciones debidas por razón de la cosa. Si bien estima que la naturaleza fungible de los bienes, en este caso, deberá determinar ciertas especialidades. Así, si se destruyeran todas las mercancías almacenadas en el local convenido que sean del género de las gravadas, el acreedor podrá ejercer el privilegio sobre la parte de la indemnización correspondiente a la cantidad *warranté*, o incluso sobre la totalidad en caso de que el stock coincida exactamente con la cifra consignada en el *warrant*. Si el siniestro hubiera sido parcial, parece que el acreedor garantizado sólo tendrá derecho a la indemnización cuando al deudor no le resten mercancías del género *warranté* en cantidad suficiente para cubrir el crédito asegurado (núm. 270, págs. 332 y ss.).

Con mayor razón que en el supuesto de que el objeto lo constituyan cuerpos ciertos, el desplazamiento de las cosas del género gravado puede afectar totalmente a la identificación de la garantía. No olvidemos que el sistema de publicidad no puede apoyarse en la individualización de esos bienes—cantidades abstractas, a mayor abundamiento, en nuestro caso—y sólo descansa en la persona del deudor y en la localización de los bienes, a través de la inscripción en el Registro del correspondiente Tribunal (núms. 271 y 272, págs. 333 y ss.).

b) *El elemento obligacional: función de la obligación personal del deudor:*

La fungibilidad de los bienes, objeto de la garantía, hace depender la eficacia de ésta del cumplimiento de una obligación personal por la que el deudor se compromete a conservar la cantidad convenida.

«Aquí—dice el autor— no sólo ocurre que la permanencia de la garantía está subordinada a la regla *en fait de meubles la possession vaut titre*, de modo que su eficacia depende del cumplimiento de la obligación del deudor, sino que, además, en este caso, es incluso el nacimiento de la garantía lo que se hace depender del cumplimiento de esa obligación» (núm. 273, pág. 335).

La finalidad de esa garantía se concreta en posibilitar al acreedor al ejercicio de su privilegio sobre el precio de una cantidad de mercancías fungibles de un género determinado. Su protección requiere, por lo tanto, que al vencimiento del crédito se hallen en manos del deudor suficientes mercancías de ese género para que el acreedor garantizado pueda embargar la cantidad convenida (núm. 275, pág. 338). Ello presupone en el deudor la facultad de sustitución (núms. 278 y ss., págs. 340 y ss.), que las partes pueden concretar fijando un cuadro de disponibilidades y de renovaciones que precisan la obligación legal del deudor (núm. 280, págs. 342 y ss.) (58).

Además, esa obligación de mantener el volumen estipulado absorbe y sub-

(57) Artículo 22, § 2.º de la Ley de 1954: *Quedarán a salvo los derechos del comprador de conformidad con el artículo 85 del Código de Comercio...*

(58) Prosigue el § 2.º del artículo 22: *... pero el deudor tiene obligado a tener en el establecimiento mercaderías o materias primas en cantidad y valor igual o superior al que se haya determinado en la escritura de hipoteca, reponiéndolas debidamente con arreglo a los usos de comercio.*

sume la obligación de conservación característica de los supuestos en que el objeto de la garantía lo constituyen cuerpos ciertos (núm. 281, págs. 343 y ss.).

En algún supuesto *warrant petrolier* se exige al deudor no sólo la conservación de una cantidad de género, sino, además, de un valor mínimo (número 284, págs. 345 y ss.) (59). En algún otro supuesto se señala un plazo de renovación, es decir, no se obliga a mantener continuamente un *stock* convenido, sino a renovarlo en plazos determinados (núm. 285, págs. 346 y ss.).

La obligación que pesa sobre el deudor de los *warrants a domicile* de cantidades genéricas es una obligación de hacer, y su incumplimiento se resuelve normalmente en las indemnizaciones de los daños y perjuicios. Pero ese incumplimiento coloca al acreedor en la posición del mero acreedor quirografario, que precisamente se quiso superar con la garantía. El Derecho debe tomar sus medidas para que el acreedor no se vea burlado (núm. 286, págs. 349 y ss.) Pueden clasificarse así:

1) Garantías de derecho civil: indemnización de daños y perjuicios; pérdida del beneficio del plazo por aplicación del artículo 1.188 del *Code* (núm. 287, página 350) (60); control y vigilancia del acreedor (núm. 288, pág. 352) (61), acompañados de procedimientos rápidos y enérgicos para asegurar la garantía (núm. 290, págs. 352 y ss.) (62).

2) Garantías penales por delitos de estafa o de abuso de confianza (número 292, págs. 35 y ss.) (63). Estima CABRILLAC que, para el interés del acreedor, no constituyen sino un preventivo; su fuerza reside en el carácter que pueda revestir gracias a la severidad y notoriedad con que se aplique (número 294, pág. 357).

(59) El derogado artículo 1.805 bis exigía la sustitución de las enajenadas por otras de igual calidad y en cantidad y valor equivalente. Ante la paradoja que resulta al exigir igualdad de cantidad y de valor, en caso de variaciones en el valor de las mercaderías y materias primas, la comisión redactora del anteproyecto sólo exigió que se mantuviera valor igual o superior. En cambio, el texto definitivo del artículo 22 exige acumulativamente cantidad y valor igual o superior. De ese modo, en caso de aumento de valor de las mercancías, el mínimo exigido se determinará por la cantidad inicial de mercancías, aunque su valor sea mayor. En caso de disminución del valor de las mercancías, será el valor inicial lo que determinará el mínimo que se debe mantener, aunque para ello deba aumentarse la cantidad de mercancías.

Las partes pueden pactar en otra forma esa obligación de reponer y complementarla del modo que de común acuerdo estimen más conveniente.

(60) El artículo 29, número 8.º, señala como causa de vencimiento de la hipoteca de establecimiento mercantil extensiva a las mercaderías o materias primas: *La disminución en un veinticinco por ciento del valor de las mercaderías o materias primas hipotecadas si el deudor no las repusiere de conformidad con el artículo 22.*

(61) El § 3.º del artículo citado 22 dice que *el acreedor tendrá derecho a inspeccionar el giro y tráfico del establecimiento en la forma y plazo estipulados, sin estorbar en ningún caso su normal desenvolvimiento.*

(62) En el plazo de cinco días que debe mediar entre el requerimiento de pago al deudor y la petición de la posesión interina o administración de los bienes hipotecados (regla tercera del art. 84) puede bastar para que se diluya la garantía que al acreedor puedan ofrecerle las mercancías y las materias primas.

(63) ¿Puede aplicarse lo dispuesto en el artículo 59 al supuesto del artículo 22? Parece difícil encajar este caso en la figura del quebrantamiento de depósito, dada la disponibilidad de que goza el pignorante. La estafa—si la hubiere cometido el pignorante—deberá ser demostrada por el acreedor.

3) Garantías administrativas, en los casos de tratarse de artículos oficialmente controlados o intervenidos—alcoholes, petróleos, etc. (núms. 205 y ss., páginas 357 y ss.)

\* \* \*

Al cerrar las conclusiones de su trabajo pregunta CABRILLAC si resultará oportuno generalizar el uso de las garantías mobiliarias mediante la perfección de los medios de protección al acreedor que se acoja convencionalmente a ellas.

A su juicio, su generalización ocasionaría daños en el orden económico. Al efecto recuerda las opiniones de HAMEL, *Le gage sans dépossession*, D. 1945, chron., pág. 39; y en su Prólogo a la tesis de VASSEUR, *L'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, Paris, 1949, pág. 1 y DES ROTOURS, *Les privilèges du fisc et de la Sécurité Sociale*, Banque, 1951, pág. 72, que señalan sus peligros principales.

Para el deudor, que es incitado a realizar gastos superiores a sus medios (64). Para la economía nacional, en la que sectores improductivos absorberán capitales que harían falta a los sectores productivos. Para el crédito en general, al atacar su principio fundamental de que los bienes del deudor son la garantía común de sus acreedores, que queda tanto más limitado cuanto más se aumenten los privilegios que lo exceptúan (65). Las causas de preferencia se multiplican de un modo inquietante; el legislador se ha encerrado en una especie de círculo vicioso, creando nuevos privilegios hace más aguda la necesidad de otros nuevos (IV, págs. 372 y ss.).

Por eso, concluye, que aun cuando por medio de las garantías estudiadas fuera posible dotar a sus titulares de una seguridad seria, no convendría concederla si no con gran circunspección y cautela para no destruir aquella regla de igualdad entre los acreedores de la que HAMEL ha dicho que es «generatriz de orden y madre del crédito» (66).

JUAN VALLET DE GOYTISOLO  
Notario de Madrid

(64) Ver lo que expusimos en *Rev. Dr. Priv.*, vol. cit., pág. 528.

(65) Ver *Rev. Dr. Priv. cit.*, núm. 22, págs. 526 y sig.

(66) Ver *Rev. Dr. Priv. cit.*, núm. 24, págs. 530 y ss., y *Rev. Dr. Not. cit.*, pág. 113.