

consecuencia de circunstancias extrañas al propio crédito, o dejar en manos del acreedor más diligente, o del deudor más parcial, la anticipación de un fallo que habría de perjuiciar al crédito preferente, prevención de que advierte la STS de 9 de julio de 1990 para resolver el conflicto preferencial entre la fecha de la escritura y la sentencia de remate recaída en el caso controvertido.

Reprocha el profesor ÁLVAREZ CAPEROCHIPI que en la elaboración de la Ley Concursal haya sido preocupación principal la criba de privilegios con descuido de importantes aspectos civiles, entre ellos no tener en cuenta la elaboración jurisprudencial de la preferencia escrituraria.

En definitiva, en el esquema, metodología y desarrollo de este estudio se dan cita los tres oficios del autor. El oficio de un profesor experto en la investigación y docencia, de un juez adiestrado en la realidad conflictual, y en conjunto de un civilista que maneja la exégesis de los textos a la luz de instituciones básicas como la propiedad y la posesión enlazadas a la causa del crédito, que dan razón de las prerrogativas y preferencias más allá de las puntualizaciones sobre aspectos secundarios. La lectura atenta del libro acredita esta valoración personal que ilustra la problemática que suscita el crédito entre el proceso ejecutivo y el concursal.

José CERDÁ GIMENO, *Medios indirectos de protección del derecho de crédito*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 229 págs.

por

JOSÉ ANTONIO DORAL GARCÍA
Catedrático de Derecho Civil

Este libro, que lleva por título *Medios indirectos de protección del derecho de crédito*, versa sobre una materia que atrae la atención doctrinal y de gran repercusión en la vida económica actual. Forma parte de las monografías editadas por la Editorial Tirant lo Blanch, 510.

En una «Nota previa», en la que nos da cuenta de la historia de la redacción, origen y fuentes en que se apoya el propio autor, indica el «propósito ensayístico» que la obra representaba inicialmente y que todavía por su amplitud le representa. Emplea el término ensayo, entendido como un estudio «sin ánimo dogmático», lo que a primera vista puede parecer contradictorio, ¿un ensayo no dogmático? Pero, ciertamente, no lo es. El autor pretende ofrecer a «futuros investigadores» los frutos de este estudio y por lo tanto anuncia que lo hace «sin ninguna pretensión dogmática». Este trabajo adquiere forma definitiva en el año 2006, pero como fecha de composición remonta a un proyecto de investigación previo al curso de doctorado en que siendo entonces notario ejerciente, académico y doctorando, indagaba ya como base de partida en la configuración teórica de la protección del derecho de crédito. Defendido el proyecto en la Facultad de Derecho de Valencia el año 2001 ha sido objeto de retoques sucesivos. A estos avances alude en dicha nota.

El trabajo en comentario readapta anteriores reflexiones sobre los medios de protección y defensa del derecho de crédito desde que en 1995 publicó la monografía titulada *La protección del crédito en la jurisprudencia*. Precisamente a este estudio remite en el libro en comentario, pero ahora con particular

insistencia en las modalidades de protección indirectas. Con el enfoque general de la protección del crédito plantea la cuestión primordial de si es posible la configuración unitaria de las diferentes medidas indirectas. El tema básico de investigación gira en torno a una pregunta, ¿de qué modo puede configurarse jurídicamente un nuevo «topos» (como ocurre con las figuras tradicionales y conocidas) con este conjunto de otras medidas indirectas «no tópicas», más bien atípicas, de protección del derecho de crédito? Medidas que, efectivamente, esparcidas y dispersas abundan en los diversos sectores de nuestro ordenamiento.

A tal efecto el autor se detiene como punto de partida en los medios tradicionales de tutela del crédito, tanto directos como indirectos, con el fin de establecer desde un lugar común criterios distintivos entre ellos. Responde este «pequeño ensayo» (así lo califica) a vertebrar de modo plausible o coherente la variada tipología de supuestos fácticos y normativos que pueden dar lugar a la protección del derecho de crédito.

En sede preliminar del trabajo recoge exposiciones doctrinales autorizadas sobre el tratamiento dogmático y conceptual y selecciona la ubicación normativa en el Código Civil. De este primer análisis resulta que la nota común que presentan es la dispersión. Precisamente de la dispersión se sirve el autor para justificar la oportunidad de su estudio, basado en vertebrar los medios indirectos dotándoles, como ya se dijo, de una configuración jurídica unitaria.

Las consideraciones sobre la indeterminación, que emplea de propósito en la «indefinición del título del trabajo», enuncian la temática central expuesta en este libro que, en su conjunto, invita a repensar puntos clave del Derecho de obligaciones sobre la relación obligatoria desde los diferentes ámbitos y en particular en la fase dinámica. Por tratarse de una relación bipolar, se contempla de una parte el alcance del deber de prestación del deudor, con el elemento integrante de la responsabilidad patrimonial, y de otra parte el derecho del acreedor a la satisfacción, con el refuerzo de la defensa frente a los actos de contravención o el peligro de que pueda producirse la insatisfacción. De manera que la vida del crédito animada con la energía interna de la garantía y la elección de medidas reparadoras o sancionadoras que asisten al acreedor con apoyo en la reacción del ordenamiento frente a la lesión diseñan el marco principal en que se desarrolla este estudio.

Como puede advertirse, el autor presenta una panorámica espaciosa. La problemática general le sirve de esquema para la orientación general metodológica que consiste en el paso de una perspectiva, que llama *subjetivista*, de impronta legalista o normativista («de concesión por la ley de facultades, poderes, medios y acciones al titular del derecho de crédito»), a otra *objetivista*, que se centra en la garantía patrimonial del deudor (pág. 37). Esta nueva perspectiva es rica en consecuencias jurídicas en el plano de la aplicación de los supuestos normativos e interpretación de las medidas indirectas.

Las precedentes orientaciones explican que la lectura atenta del libro provoque, a su vez, interrogantes que inducen a reconsiderar nociones básicas en torno a la garantía patrimonial, qué entender por protección y por defensa, qué se protege, qué tipos de protección, qué alcance tiene la conservación de la garantía y la guarda de las cosas dadas en garantía, en qué se fundamenta la tutela indirecta, hasta dónde el control de los actos perjudiciales para impedir la merma con salidas de bienes, fraudes y daños, entre tantas otras cuestiones implicadas.

En su totalidad se trata de una materia de investigación a que el propio autor, como antes se dijo, ha dedicado anteriores estudios y a ellos se remite con frecuencia en este libro. El libro muestra cómo la protección del crédito no está encerrada en los medios directos. Los puntos agrupados (al estilo del autor) en conjuntos y subconjuntos confluyen en el que puede ser titulado «protección del acreedor», título que evoca la aportación y el interés de la obra que ahora se presenta. En definitiva, en qué puntos se unen los medios de protección y en qué notas se separan para establecer la diferencia entre los supuestos normativos de protección directa e indirecta.

Para dar respuesta a la pregunta inicial, estructura el libro dividido no en capítulos y secciones como es usual sino en epígrafes con sus correspondientes recopilaciones. La parte central del trabajo compendia los tipos de «reacción» del ordenamiento solicitados por el acreedor ante el temor fundado (medidas de tutela preventiva) y las consecuencias desfavorables de la contravención, perturbación o lesión del crédito. Al examen de las medidas tradicionales sobre la protección del derecho de crédito, según la doctrina y jurisprudencia en relación con el modelo o idea global, dedica el epígrafe II. En este epígrafe sitúa el ángulo de observación sobre la distinción entre los medios directos de protección del crédito, procesales (embargo, secuestro conservativo, medidas aseguradoras) y sustantivos (las acciones subrogatoria, revocatoria o pauliana, rescisoria), y los llamados indirectos, que componen el asunto de estudio. La contraposición entre ambas modalidades es objeto de análisis en el apartado III (en particular, pág. 34 y sigs.) donde observa que, pese a la dispersión de remedios variados, estos tienen en común una función unitaria: la tutela preventiva del derecho o interés patrimonial del acreedor en la realización del crédito. Insiste en ese riesgo del crédito que consiste en la insolvencia del deudor, adhiriéndose, no sin cierto reparo, a las aportaciones del profesor ORDUÑA MORENO en la presentación de un elenco de supuestos. Con la elección puntual de algunos supuestos enfoca el apartado III desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial prevista en el artículo 1.911, precepto que fija el núcleo material duro, «vertebrador», que se refleja en diversos campos normativos, tanto en el Derecho Público como en el área del Código Civil. En el epígrafe V adelanta su posición personal sobre los criterios distintivos en las medidas cautelares a través de la exposición seleccionada de textos normativos sistematizados por materias con la recapitulación en orden a los supuestos seleccionados que compone el epígrafe VI. En el epígrafe VII condensa el «tema básico de la investigación» con la recapitulación final que desemboca en el «gran tema» de si cabe la reconducción unitaria a un «nuevo topos». Finaliza la obra con el Apéndice de Bibliografía y Jurisprudencia sobre los medios de protección y defensa del derecho de crédito. En este epígrafe destacan 77 artículos seleccionados del Código Civil, cada uno de ellos acompañado de sus correspondencias, bibliografía y jurisprudencia, ordenados según la distribución sistemática clásica de materias de Derecho Civil. Dicho Apéndice abarca las páginas 81 a 223.

Lo hasta aquí expuesto patentiza el dilatado esfuerzo para relanzar una idea incompletamente desarrollada y abrir puertas a nuevos interesados en lo dicho. Es de agradecer la abundante información para ese «saber más» que entrega con ánimo de liberalidad a la investigación futura. Por cierto que también a la suya propia, como se comprueba en la colaboración al libro homenaje del Profesor AMORÓS GUARDIOLA con el título *En torno a la garantía patrimonial (releyendo un texto del Profesor Doctor don Manuel Amorós Guardiola)*, pág. 2161.

En uso de la invitación del autor a hacer sugerencias y valoraciones personales, me limitaría a intercalar dos incisos. Uno de ellos, de carácter objetivo, sobre el significado del crédito como elemento activo del patrimonio del acreedor, y otro subjetivo, acerca del ámbito de protección del acreedor como destinatario de la tutela efectiva en esa selección de medios indirectos con los cuales hacer frente a la agresión o salir al paso de los actos perjudiciales de conservación de la garantía o de los bienes integrantes del patrimonio del deudor. Estos aspectos forman el núcleo fundamental de los medios tradicionales en un contexto que actualmente ha variado.

Con relación al aspecto objetivo conviene recordar, para evitar confusiones, que la definición de crédito tropieza con el significado que se da a esa palabra. El significado etimológico del término *creditum* se entiende a partir del esquema clásico del préstamo como *certum dare* dirigido hacia la restitución. Pero no hay que perder de vista la plurivalencia atribuible hoy a ese término. Ni tampoco se reduce al acto unilateral expresivo de una deuda de restitución correlativa a la *datio* o entrega de una suma, con pacto de intereses si estos se estipulan, ni a un solo acto sino a operaciones con base en la movilidad que en su circulación rebasa la esfera originaria de bipolaridad de la relación obligatoria. Hoy se admite sin dificultad que el crédito con interés no reposa sobre la técnica del préstamo, a lo que sin duda responde la «indefinición» que el autor señala en el título del trabajo. En otro contexto de economía de mercado, la expansión del crédito abarca los títulos de crédito, las operaciones de crédito, la considerable intervención de los bancos en el acceso al crédito, la fácil circulación de los títulos hipotecarios, las garantías autónomas, etc. Por eso el título de la obra que comentó se centra en los medios específicos de defensa y fija la protección para preservar o realizar el acreedor su interés precisamente en la fase dinámica de la relación obligatoria, entendida como relación jurídica de colaboración, no de subordinación o supeditación entre los titulares de los dos polos. La responsabilidad como elemento integrante de la relación obligatoria sirve de *relatio* o referencia tanto a los medios directos como indirectos. Que la responsabilidad patrimonial pueda considerarse como universal no implica que no sea ordenada, por lo que admite la preferencia entre título y los medios de defensa.

Se trata aquí, por consiguiente, de la protección tal como se presenta en la relación obligatoria total el sector del derecho de crédito, lo que no excluye la referencia genérica a la tutela jurídica dispensada al crédito en las nuevas formas y diferentes tipos de garantías o refuerzos para incitar al deudor a cumplir. Formas de tutela coactiva e indirecta de las obligaciones accesorias (por ejemplo, cada día de retraso), en mayor medida los derechos del acreedor que requieren en cada caso determinar a quién se imputa la responsabilidad, la legitimación y la inoponibilidad a terceros. Aparte la dificultad de concretar cómo reducir a unidad y organizar una masa patrimonial en los nuevos tipos de patrimonio finalizado. Baste pensar en los nuevos problemas en torno a las «fugas» de bienes del patrimonio personal conforme a las nuevas hipótesis de patrimonio independiente como masa de garantía. El acto de afectación de bienes a una finalidad atrae las exigencias económicas de gestión y conservación de la autonomía, como la fiducia en la esfera contractual o en el patrimonio separado para operaciones financieras complejas, tipificado dentro del margen de autonomía en la determinación del fin y el estatuto de la responsabilidad patrimonial. Las relaciones entre masas patrimoniales del mismo titular llegan a poner en duda esa vigencia del principio de universal que se toma en el estudio como

base de la garantía genérica, «la clave de bóveda» de las medidas protectoras (pág. 38) e incluso de unidad del patrimonio. La nueva tipología con el efecto de la segregación patrimonial comprende acciones típicas si pero para cada clase de acreedores o si los acreedores concurren en interés colectivo sobre la masa. Con mayor motivo la merma o el recorte de privilegios en la nueva ley concursal cuando el peligro que amenaza conduce a negarse a la protección preferente, si llega el caso, porque la posición del deudor o la situación económica no le permite la satisfacción conforme al título.

En relación al aspecto subjetivo es importante atender las medidas y límites de protección, no ya del crédito en sí sino del acreedor para asegurar que su razonable arbitrio en la elección se manifieste con claridad y precisión en los actos de renuncia, plazo de gracia, reducción de deuda, suspender la ejecución, renovar o revisar, o sin exceso en el ejercicio del derecho sobre la parte en principio más débil en la relación obligatoria. De otro lado, en el polo de la sanción del comportamiento del deudor y los actos en contravención enlazan con específicos deberes de colaborar el acreedor para elegir como solución adecuada la más ajustada no la más gravosa. Lo que en términos económicos se predica como la máxima eficiencia con el mínimo coste, y en términos usuales conductas que hay que seguir o comportamientos que hay que evitar. No le pasa inadvertido al autor al preferir en el análisis el término «medios» al de «medidas», que conceptualmente, dice, siempre apuntan a una idea de proporción o proporcionalidad que, por principio, añade, no parece esencial al tema (pág. 31).

Pero es indudable que una vertebración —vertebrar es dar consistencia y armonía coherente— de los medios indirectos de protección debe acomodarse *per relationem* a los elementos constitutivos del crédito en lenguaje jurídico y económico. En particular, la adaptación de las cláusulas a la duración, *ex ante* o en fase de realización, a la confianza o fiducia, que influye en los actos de conservación de la garantía y de las cosas dadas en garantía y gestión del patrimonio o de los bienes individualizados, y al riesgo del crédito en función del carácter patrimonial o extrapatrimonial del daño o contravención, sin desatender el riesgo de las cosas ni del contrato, no subsumible en los aleatorios donde las garantías enlazan por naturaleza con el objeto o con la causa. Basta pensar en la propiedad fiduciaria, en las transmisiones de propiedad en garantía de un crédito a través de medios indirectos, que son origen de no pocos conflictos sobre pactos no admisibles, como suele ocurrir en la venta en garantía de una deuda como negocio fiduciario o la venta con pacto de retro en la frontera con la prohibición de pacto comisorio (STS de 26 de abril de 2001, R. 2037).

En definitiva, despejado el campo de observación, queda expedito para nuevas rutas de investigación a las que aporta este libro sugerencias de pasado, de presente y orientaciones de futuro al servicio de la protección y defensa del crédito. Particularmente adopta *vis atractiva* la propuesta del paso de una perspectiva legalista, de «concesiones legales», a una cualificación personal que acomoda la posición del acreedor en el centro de la garantía patrimonial del deudor. No deja de ser un paso adelante partir de que las leyes no pueden ser completas y no constituyen todo el Derecho. Dejar lugar al ejercicio razonable del derecho por el acreedor conforme a las verdaderas exigencias del crédito, de manera que la vida del crédito quede abierta a razones de justicia en las circunstancias de los máximos y los días da cumplida su función primaria. No deja de serlo ponerse al servicio de la capacidad de compromiso

patrimonial del deudor para hacer frente a sus obligaciones sin agravar el cumplimiento razonable, sin empobrecer al deudor ni enriquecer al acreedor.

La insolvencia como perjuicio del crédito puede provenir de lesión provocada, lo que traslada la carga de la prueba al deudor, o fortuita, más cercana al riesgo inherente al crédito. El riesgo del crédito es la duda imprevisible de insolvencia y las operaciones económicas en principio tienen alergia a dicha duda, por lo que es más frecuente el empleo de medios indirectos. La actividad comercial necesita certeza y la garantía supone reducir la cota de riesgo. En la autonomía privada y sus limitaciones, intrínsecas y extrínsecas, se encuentra un arsenal propicio para la selección de criterios distintivos al contar con ese núcleo de principios generales adecuado a la coherencia y armonía, atender lo que se pacta y la puesta en marcha de correcciones *ad casum* para excluir o limitar las medidas restrictivas por quien solicite su aplicación.

En el actual desplazamiento hacia lo atípico, por el que atraviesan los contratos, encajan variados supuestos específicos de protección indirecta del crédito en uso del principio regulador básico de la libertad contractual. De manera que si con base en la autonomía se configuran los contratos atípicos, nada obsta a buscar en el marco general de la garantía genérica la razón de los medios y medidas indirectos a atípicos de protección del crédito. Los medios de protección, en definitiva como mecanismos de «reacción», no desatienden los que otro pueda argüir en sentido opuesto. De aquí que en los supuestos fácticos la misma tutela jurídica del crédito en la vertiente negativa impida a una parte obtener ventajas desproporcionadas o exceso de beneficio obtenido a costa de la posición de debilidad de la otra. A esto contribuyen las cláusulas contra su voluntad o sin darle la razonable oportunidad de conocer su contenido. Aunque ciertamente este modo de reaccionar sería más propio de las «medidas» desproporcionadas que de los «medios», según la distinción del autor. En último término sería desviarse o salir del objetivo concreto marcado como finalidad de esta obra: el *quid conceptus*.