

José Antonio ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *El Registro de la Propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso*, Editorial Comares, Colección de Estudios de Derecho Privado, Granada, 2004, 270 págs.

por

JOSE ANTONIO DORAL GARCÍA  
*Catedrático de Derecho Civil*

El sistema de las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso sobre el que versa este libro abarca una problemática compleja, difícil de sistematizar en un estudio unitario y coherente. Con mayor motivo ante las sucesivas reformas legislativas de la LEC y Ley concursal. Al reunir a la vez tradición y actualidad en los diferentes campos, material, registral, procesal, se presta a un enfoque amplio desde la perspectiva multidisciplinar. El autor nos indica en la *Introducción* de la obra que con este enfoque multidisciplinar pretende ofrecer un estudio práctico: Lo que pretendo, dice, es el estudio dinámico del privilegio, como preferencia, en la ejecución y en el concurso, esto es, su dinámica en el régimen procesal y registral del crédito.

A lo largo de los ocho capítulos en que el autor distribuye la materia tratada, se ponen de relieve estos tres aspectos que, por su indudable interés, invitan a la lectura detenida del libro que ahora comento. En primer lugar, por contar con un estudio sistemático enfocado sobre el crédito hipotecario en relación con la ley de concurso. En ese contexto fronterizo nos presenta el profesor y magistrado, Doctor ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, un minucioso análisis de la protección preferente de los créditos dentro del actual sistema financiero.

En segundo término, por el enfoque desde una perspectiva realista. De la afición real y efectiva se sirve el autor como guía para resolver los espinosos problemas que suscitan las colisiones y conflictos en la aplicación práctica de los principios informadores.

Finalmente por su preocupación de facilitar al lector un razonable fundamento y valoración de los medios de tutela del crédito en la vertiente registral.

Su posición personal ante debatidos criterios de preferencia suele venir acompañada de incisos con reservas tales como: «en mi opinión» (pág. 66); «a mí me parece» (pág. 79); «yo entiendo» (pág. 65)..., que atribuyen al libro un estilo dialogante, lo que es de notar tanto por modestia del autor como respeto a la opinión de otras autorizadas en los diferentes ámbitos civiles, mercantiles, procesales, hipotecarios, sobre los temas tratados.

La lectura atenta del libro facilita, en efecto, la comprensión de numerosos problemas que suscitan en la práctica el crédito en el ámbito objetivo de la titularidad del derecho y la ejecución, parte importante del Derecho patri-

monial en general. Sería suficiente ese esfuerzo de poner sobre el tapete la coordinación ante el registro del proceso concursal y el proceso ejecutivo para justificar lo atractivo del trabajo. Pero, a mayor abundamiento, el autor presenta en el rico escenario del derecho patrimonial el régimen de los privilegios del crédito con un modo de ver siempre sugerente, documentado y entramado. En todo momento se aúnan la síntesis con la tesis en que fundamenta la línea principal que traza la dinámica. Ciertamente se trata de un estudio según sus palabras «dinámico», pero, ante todo, de un estudio precedido de mucha lectura, abundante aportación de la doctrina, de la jurisprudencia y glosa de las sucesivas reformas legislativas. En cada caso se acompaña una valoración concreta con su posición personal.

Con este enfoque, el Profesor ÁLVAREZ CAPEROCHIPI distribuye la materia en ocho capítulos a partir de la incorporación de los principios de especialidad y rango a la ordenación racional del sistema financiero. Dichos principios acreditan la relevancia jurídica del Registro por contraste con los privilegios especiales y los generales donde no rige la especialidad ni por tanto la reserva de rango. Con los créditos escriturarios en el concurso culmina el estudio donde recoge las conclusiones alusivas a la nueva Ley concursal.

En el desarrollo del libro, el autor describe los diversos cauces de las preferencias crediticias y selecciona sus cotas en el procedimiento ejecutivo hasta la eficacia del remate y adjudicación en el proceso concursal y registral; se detiene en el fundamento y naturaleza del privilegio en un sistema crediticio fundado en el principio de publicidad para enfocar desde allí los diversos privilegios especiales («superprivilegios»), el privilegio refaccionario, y seguidamente los privilegios generales: tributario, seguridad social, salariales, escriturario. Bastaría ese elenco de cuestiones tratadas (extracto del sumario) para comprobar el interés del libro. Desde el punto de vista práctico aclara el protagonismo del Registro en la ejecución y concurso, los efectos de la declaración del concurso como afección concreta de bienes.

El autor precisa y concreta como objeto del trabajo la ordenación de las preferencias, tanto en su aspecto material como registral y procesal. Se propone, por tanto, una tarea de suyo ambiciosa, aunque según los términos de su planteamiento la lectura resulta accesible y hasta sencilla. De esa lectura detenida se desprende, en efecto, que rebasa con creces el único objeto según el autor pretendido.

A lo largo de las páginas abundan sugerencias también en otros sectores. Abundan las que pudiéramos llamar acotaciones marginales que responden y explican ese particular «modo de ver» a que con frecuencia alude el autor. Las notas a pie de página, por ejemplo, son, en su mayoría, extensas y detalladas. Bastaría detenerse con atención en la elocuente síntesis histórica del derecho patrimonial contenida en las notas 1 y 3. En ellas describe el tránsito del antiguo régimen del crédito territorial —con las llamadas cargas ocultas— a la reforma operada en la revolución burguesa con la libertad del dominio y de comercio. Las «perspectivas históricas» que recoge en estas notas son muestra de un dilatado y minucioso estudio del autor sobre la literatura española y alemana referentes al Derecho Patrimonial.

En el enfoque de la responsabilidad y la realización de preferencias crediticias expuesto en la nota 19, página 62, después de agudas observaciones críticas sobre el planteamiento de la responsabilidad patrimonial universal en su versión abstracta e idealista («el paraíso perdido») se inclina por la preferencia sobre bienes concretos, *hic et nunc*, que destaca y acoge como esquema

y metodología en el libro. Esos materiales que contienen sedimentos de historia se recogen también en la noción de hipoteca y su protagonismo para la formación del sistema financiero liberal. Es expresiva su atención por la génesis histórica al explicar la organización del Derecho Patrimonial en los sistemas consensualistas (pág. 150). Con la valoración crítica del sistema napoleónico: «crédito sin título es un alma en pena». El Código Civil, la legislación hipotecaria y la Ley del notariado incorporan la preferencia del crédito territorial con base en el principio de especialidad y la concepción del rango.

Especial interés ofrece el análisis del sistema crediticio en el Código Civil, los «tres escalones»: escritura, registro y crédito refaccionario, y el origen histórico de la escritura como raíz y fundamento del privilegio del crédito (pág. 267). Estas connotaciones marginales, de ordinario expuestas en notas a pie de página son, como ya se dijo, arrastre de una previa labor de investigación realizada por el autor en otros destacados trabajos.

La eficacia y/o la ineficacia del embargo «desde que se decreta» y las cuestiones implícitas, quizás sea uno de los puntos más sobresalientes en la construcción del libro. Como es sabido, la anotación de embargo no cierra el Registro a otros derechos sobre el bien embargado, a lo que responden los problemas relativos a la eficacia de los actos dispositivos respecto a terceros. La anotación de embargo y la posterior inscripción o anotación de derechos incompatibles, que el autor califica de «conflicto ontológico» (pág. 91), confirma que la función del Registro no radica en ordenar documentos sino, sobre todo, en la reserva de derechos, siempre al abrigo de la tutela judicial efectiva por cauces del procedimiento declarativo ordinario.

Insiste en el innegable interés de armonizar la función judicial con la función del Registro que queda a su amparo. A tal efecto rememora que la ampliación de la función judicial formulada en el artículo 118 CE y 17 LOPJ resuelve numerosas dudas que dejó pendientes la LEC de 1881. Basta pensar en la eficacia de la tercería de dominio en cuanto a la titularidad e identificación de la finca. A ella alude la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 5 de mayo de 2006 (*BOE* de 19 de junio de 2006), que invocando el «respeto a la función jurisdiccional que compete en exclusiva a Jueces y Tribunales» acoge el recurso en que el juez, en sentencia dictada sobre el dominio en juicio de tercería, decide el levantamiento de embargo, declara ser el dominio de la demandante y además ordena la inscripción. Es criterio reiterado en la jurisprudencia que la inscripción en el Registro de la Propiedad no constituye en nuestra legislación título de derecho, sino corroboración y garantía del existente (STS de 22 de diciembre de 1940).

Cierto que dicha ampliación supone que el espíritu de justicia no ponga en duda la selección de intereses merecedores de tutela judicial efectiva, que lleva a precisar aspectos de difícil cabida en el sistema registral, tales como las debidas garantías procesales en relación a los posibles interesados, la posibilidad de defenderse aquel contra quien se dirige la demanda frente al acreedor ejecutante, el ejecutado y el titular registral, aparte que en el objeto no haya dudas sobre identidad de la finca, dudas que sólo pueden resolverse judicialmente no en recurso gubernativo, como también los posibles daños y perjuicios en responsabilidad civil, que tienen su cauce adecuado en procedimiento judicial (art. 225 LH). La legitimación para ejercitar la acción de tercería radica en la titularidad de un derecho que se oponga al embargo y convierte en lícita la ejecución (STS 293/2002, de 21 de marzo, sobre el orden prelatorio entre créditos y tercería de mejor derecho).

De especial interés resulta la exégesis del artículo 670.5 de la LEC, que se refiere al procedimiento ejecutivo común, no al hipotecario. Este es más riguroso en la cancelación de cargas posteriores. El artículo 647 LEC es un precepto excepcional que debe ser interpretado por el juez para cancelar «con respeto a lo subsistente», y por consiguiente atender a la causa de la subsistencia. Lo que no tiene sentido que subsista, afirma el profesor Álvarez Caperochipi, debe cancelarse por el juez en uso de la potestad excepcional, que ha de ejercer moderadamente.

Digno de encomio es el modo de plantear cuestiones y la lectura de las resoluciones que comenta, que denota el avezado manejo de la praxis judicial. Abundan en este libro planteamientos precedidos de preguntas tales como: ¿qué se cuestiona?, ¿qué constancia registral tienen las preferencias crediticias?, ¿qué asientos posteriores deben subsistir tras el remate y la adjudicación?, ¿cómo se determina la preferencia? En particular son expresivas las respuestas dadas en los conflictos suscitados por la pluralidad de anotaciones preventivas con efectos positivos y negativos, o sobre los conflictos entre adjudicaciones con base en la preferencia extrarregional.

El planteamiento de la eficacia de la ejecución de la hipoteca y la diferencia entre embargo e hipoteca con el alcance de la expresión «purga», aplicada a la tradicional cancelación de cargas posteriores (arts. 134 LH y 1.923 CC) es también exponente de la idea central que defiende el autor entre las relaciones entre la realidad registral y extraregisteral sobre el sistema de purga (pág. 66). Ser purgadas las cargas, advierte, no equivale a extinguirse el derecho necesariamente sin un juicio plenario correspondiente. La pérdida de derechos es distinta del efecto registral de la modificación del folio. De manera que la inscripción de adjudicación en las anotaciones preventivas no garantiza la titularidad del embargado, ni la identidad de la finca, ni la existencia de derechos reales manifiestos no inscritos ni situaciones extraregistrales. La hipoteca tiene eficacia aun frente a los actos anteriores de enajenación o gravamen no inscritos por la eficacia ofensiva que sólo se detiene ante los inscritos, a diferencia de los privilegios (pág. 156).

Al concurso y el sistema registral dedica propiamente los capítulos IV y sucesivos. El análisis de la ley concursal, su ámbito de aplicación y los criterios interpretativos viene precedido de una introducción. En ella insiste en la preferencia de la afección singular. La valoración de la nueva ley merece al autor un juicio favorable al colocar el centro de gravedad en la insolvencia, no en la autonomía de la voluntad, sino en la preferencia por la afección singular. A su vez, le merece otro desfavorable por la desatención a la especialidad y prioridad del crédito escriturario. A su modo de ver se trata de una ley procesal y no sustantiva, por lo que el criterio de interpretación no innova en el régimen de las preferencias del crédito. Los créditos acreditados y los bienes identificados dentro del concurso son el ámbito de aplicación, con la doble eficacia solutoria y traslativa del concurso.

Es de especial interés el análisis del que llama «sistema de privilegios» donde examina la titulación pública: no hay privilegio sin título público, la idea de rango como ordenación del título público, y con estas notas la distinción entre privilegio y publicidad, con la valoración sugerente del debatido tema de la eficacia de la hipoteca.

Se detiene en la interpretación de la ley con agudos criterios de integración para llenar lagunas, entre otras, sobre la posesión de bienes del concursado, y aporta nuevos criterios de interpretación y de integración con base en

la coordinación con el Registro y la LEC. La nueva regulación del concurso con la eficacia dispositiva de los bienes plantea, en efecto, numerosos problemas de interpretación. La resolución de estos problemas debe hacerse, según sugiere, partiendo, en primer lugar, de la preferencia de la afección singular, que es el principio central del Derecho Patrimonial Civil después de la codificación y adquiere protagonismo en la nueva ley concursal.

En este punto desdeña los veteranos conceptos de responsabilidad patrimonial universal, etc., en aras de la realidad innegable de unos bienes y de unas deudas o cargas tal y como existen aquí y ahora. En concreto forman el concurso créditos desiguales y de distinto rango. El Registro fundado en la afección singular garantiza la eficacia del concurso y el derecho de terceros anteriores o posteriores a la declaración de concurso. De manera que más que a un procedimiento universal se aproxima a una ejecución singular con pluralidad de ejecutantes.

Después de un examen detallado de los principios institucionales del concurso en la Ley Concursal y sus aplicaciones a situaciones concretas, como la enajenación de los bienes adjudicados y responsabilidad de los adjudicados por deudas anteriores o preferentes del concursado, afirma que la versión crítica de la ley concursal se manifiesta en que la prioridad escrituraria ha sido siempre el mecanismo preferente de resolución de los problemas concursales, mientras que la nueva ley olvida el valor de la causa exigible y cierta.

Las leyes especiales en el régimen de privilegios son objeto de detallado examen. Los privilegios especiales inmobiliarios: los superprivilegios, que permiten perseguir los bienes, aunque ya no se encuentren en el patrimonio del deudor, como de la hacienda pública, de los aseguradores, del crédito salarial. Analiza el conflicto entre privilegios y superprivilegios en el concurso, los de rango registral fundados en la inscripción, y los inmobiliarios refaccionarios, sus clases en particular los no registrados.

Reserva para el final de la obra la atención a los privilegios generales. Allí se detiene en el crédito escriturario y abunda en la opinión de que los créditos escriturarios sean reconocidos en el concurso. Esta opinión se sustenta con una argumentación detallada. La preferencia del crédito escriturario, privilegios escriturarios, responde, dice, a una razón de justicia que favorece los créditos más antiguos y de ordinario menos sospechosos de fraude al sentirse la insolvencia. Por otra parte, la prioridad presta importancia y seguridad al tráfico por la fehaciencia y garantías que se incorporan al documento en el acto de otorgamiento. En efecto, en el acto del otorgamiento se incorpora el crédito a la causa del documento y adquiere un juicio de verosimilitud en que se justifica su preferencia. Su cumplimiento es más que un título de prueba y su ejecutividad es inmediata. En la conclusión confirma que en el documento escriturario ha de constar el testimonio de la causa exigible y cierta, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.277 del Código Civil. Los créditos escriturarios deben siempre testimoniar sobre la causa. Como el crédito escriturario es privilegio general, no rige el principio de especialidad y no se aplican los principios de reserva de rango que se establecen por la publicidad. En operaciones meramente formales siempre cabe la sospecha de fraude y supone conflictos entre otorgamiento, vencimiento y exigibilidad.

Cabría destacar además, a efectos de preferencia, la importancia de la fecha en un crédito escriturario según la jurisprudencia. No puede quedar un crédito escriturario indubitable de fecha anterior en peor condición que otros posteriores en el tiempo por efecto de una sentencia que puede ser ganada a

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