

Anotación preventiva de créditos refaccionarios (*)

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES.—2. EL CONTRATO COMO TITULO OBJETO DE ANOTACION PREVENTIVA.—3. EL DESTINO A LA REFACCION COMO REQUISITO PARA LA ANOTACION.—4. LA ANOTACION DE CREDITOS REFACCIONARIOS QUE RECAIGAN SOBRE UN EDIFICIO EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.—5. LA ANOTACION Y LA CONSTITUCION DE HIPOTECA UNITARIA SOBRE TODA LA FINCA EN PROPIEDAD HORIZONTAL.—6. CADUCIDAD DE LA ANOTACION PREVENTIVA DE CREDITO REFACCIONARIO.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Puede parecer llamativo que uno de los preceptos, objeto de modificación en la última reforma del Reglamento Hipotecario de 4 de septiembre de 1998, haya sido, precisamente, el artículo 155 RH, dado que en la práctica esta figura es tan escasa que ha devenido, no ya en una rareza jurídica, sino en una mera anécdota. Sin embargo, no han debido pasar desapercibidas a las distintas Administraciones Públicas las excepcionales garantías establecidas en favor del acreedor refaccionario, tanto en el Código Civil como, principalmente, en la Ley Hipotecaria, pues no cabe duda de que es para aprovechar las ventajas de la anotación preventiva del crédito refaccionario, por lo que, en ciertas normas de carácter administrativo, determinados créditos en favor de Entidades Públicas son definidos como refaccionarios. Así, en el Decreto de la Generalidad de Cataluña, número 281, de 2 de agosto 1982, se establecen subvenciones para la rehabilitación de viviendas y se califican de refaccionarios los créditos nacidos por

(*) Para un estudio más detenido de los créditos refaccionarios, ver MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M.^a DOLORES, *Garantías del constructor: el crédito refaccionario*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.

tal causa en favor de la Administración; el Real Decreto de Presidencia del Gobierno 2329/1983, de 28 de julio, califica de refaccionarios los créditos derivados de las subvenciones públicas otorgadas por dicha norma para la rehabilitación de viviendas de protección oficial, antes de la terminación de las obras (art. 38-4); en sentido parecido, la Ley 1/1991, de 3 de julio, de la Junta de Andalucía sobre Patrimonio Histórico Andaluz, alude expresamente a que *la concesión de subvenciones o ayudas para la mejora o conservación de inmuebles podrá asumir la forma de crédito refaccionario* (art. 96); una prevención análoga a las anteriores se encuentra también en la ley de Patrimonio Histórico de 21-12-1998, de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Ahora bien, si no cabe albergar duda alguna en torno a que los créditos nacidos de financiar la mejora o rehabilitación de un inmueble son refaccionarios, ¿por qué se insiste en denominarlos así en las precitadas normas, tal como ya hiciera el artículo 311 RM al calificar de refaccionarios los créditos nacidos de los anticipos que el Patrimonio Forestal del Estado otorgue a los propietarios de montes para reforestar? Cabe, a mi juicio, apuntar dos razones: *a)* la ausencia de definición legal de lo que el crédito refaccionario sea; y *b)* el interés de las Administraciones Públicas por el privilegio refaccionario y, en especial, su deseo de obtener la garantía hipotecaria que comporta la anotación preventiva de un crédito refaccionario. A dicho interés responde también, sin duda, la última reforma del artículo 155 RH, pero, para comprender mejor su alcance, parece preciso definir, siquiera brevemente, la naturaleza, requisitos y efectos de la anotación preventiva de un crédito refaccionario.

Al disponer el artículo 59-2.º LH que esta anotación surtirá todos los efectos de la hipoteca, el acreedor refaccionario anotante al amparo del artículo 42-8.º LH queda revestido de la cualidad de hipotecario (art. 93 *in fine* LH). Podría pensarse que el escasísimo uso que de la anotación hacen los acreedores refaccionarios se debe a la inutilidad de disponer una garantía hipotecaria a la que sólo pueden acceder los acreedores refaccionarios, cuando la misma ley ya se ha ocupado de regular, con casi total perfección, la hipoteca como garantía de cualquier crédito. Sin embargo, si repasamos las ventajas que, respecto de la hipoteca convencional, otorga la refaccionaria a su titular, quizá nos preguntemos por los motivos de que esta institución venga siendo objeto de un casi total desprecio en la práctica. Efectivamente, frente a la necesidad de otorgamiento de escritura pública e inscripción de la misma, como requisitos para la constitución de hipoteca en garantía de un crédito, dispone el artículo 59 LH, que podrán anotarse los créditos refaccionarios que consten por escrito, cualquiera que sea la forma (pública o privada) del contrato objeto de la anotación. Por otro lado, el acreedor refaccionario puede **exigir** la anotación (art. 59-1.º LH), por lo que puede constituir hipo-

teca aunque no obtenga, para ello, el consentimiento del deudor. Además, dicha hipoteca será privilegiada si cumple los requisitos del artículo 61 LH, conforme a lo dispuesto en el artículo 64 LH, de modo que obtendrá preferencia sobre otras hipotecas anteriores, ostentando el acreedor refaccionario anotante una hipoteca de mejor rango que aquéllos sobre el aumento de valor por él introducido en la finca sobre la cual se practique la anotación.

Admitido hoy, conforme demostrara DE ANGEL (1), que es crédito refaccionario todo el que derive de la realización de una obra, ya sea de rehabilitación, ya de nueva construcción, tanto como el del financiador que adelanta fondos para llevarla a cabo, no cabe duda de la importancia de la exoneración de otorgamiento de escritura pública como requisito para la anotación. Es un hecho indiscutido que el contrato de obra se formaliza, normalmente, por escrito, pero casi nunca en documento público. De este modo, es cierto que las grandes entidades financieras se aseguran de garantizar con hipoteca la restitución de sus préstamos, pero también lo es que tanto los distintos agentes de la edificación (desde el arquitecto hasta el último suministrador, pasando por el contratista) como los modestos inversores que adelantan fondos para la realización de una obra ajena, se ven excluidos de la garantía hipotecaria como consecuencia, tanto de la carestía de la misma como de la necesidad de formalizar en documento público el contrato del que derive su crédito. Sin embargo, pueden lograr una garantía suficiente para sus créditos, anotándolos al amparo del artículo 42-8.º LH, sin necesidad de elevar a públicos sus respectivos contratos. No debe olvidarse, tampoco, que la constitución de hipoteca mediante la anotación del crédito refaccionario abarata considerablemente los costes de aquélla. Efectivamente, no sólo se evitan los gastos de otorgamiento de escritura pública sino, lo que es más importante desde el punto de vista económico, la carga impositiva. Como es sabido, todos los préstamos entre particulares están exentos del impuesto de Transmisiones Patrimoniales (art. 45 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en adelante **TRITP**) y, además, del impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, dado que, según el artículo 10 **TRTP**, los préstamos entre particulares están sujetos al **ITP** (Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales) y, conforme al artículo 72 de su Reglamento, los actos sujetos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales no pueden estarlo al de Actos Jurídicos Documentados (en adelante **AJD**) (2). Sin embargo, los préstamos empresariales gozan de exención por el IVA (art. 20-1-18, Ley 37/1992, de

(1) *Los créditos derivados del contrato de obra*, Tecnos, Madrid, 1969, págs. 147 y 148; y «Comentario al artículo 1.923 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, obra colectiva dirigida por DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO e IRIARTE ANGEL, JOSÉ LUIS, Tomo IX, E. Bosch, Barcelona (en prensa).

(2) MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ, *El impuesto sobre las transmisiones patrimoniales*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 540.

28 de diciembre) pero no del impuesto de Actos Jurídicos Documentados por no haber incompatibilidad entre ellos, de modo que los préstamos de las entidades financieras deben satisfacer este último tributo cuando se consignan en documento público. La consecuencia de todo lo anterior es que, siendo la inscripción requisito para la constitución de hipoteca convencional como presupuesto para la inscripción de la misma, todos los préstamos hipotecarios deben documentarse en escritura pública quedando, por ello, sujetos al impuesto de AJD. Ahora bien, si el préstamo con destino a la refacción realizado por una entidad financiera al constructor se formalizara en documento privado, haciéndose constar en el mismo su destino a la refacción, quedaría exento de este tributo, pero se podría anotar al amparo del número 8.º del artículo 42 LH constituyendo, en favor de su titular, la garantía hipotecaria. Es cierto que, si se dejara pasar el plazo de sesenta días (a contar desde la terminación de las obras) otorgado por el artículo 92 LH para exigir el pago, sería preciso convertir la anotación en inscripción y, en tal caso, habría que otorgar documento público para inscribir, pero también es cierto que si no se agota tal plazo, el acreedor refaccionario puede ejecutar su crédito como cualquier otro acreedor hipotecario (art. 93 LH) por el precio de la simple anotación registral.

Hemos afirmado que la referida anotación es constitutiva de hipoteca y también que puede exigirse aquélla sin necesidad de obtener el consentimiento del deudor, lo que se deriva de los artículos 42-8.º, 59 y 93 de la Ley Hipotecaria y la convierte en una hipoteca legal. Es una hipoteca, por cuanto conforme a la dicción literal del artículo 59-2.º LH esta anotación surtirá *todos los efectos de la hipoteca*, lo que comporta, no sólo los efectos reales propios de dicha garantía, sino también la obtención de la preferencia satisfactiva que corresponde a la hipoteca. Consecuente con lo anterior, el artículo 1.923-3.º del Código Civil confiere al crédito refaccionario anotado la prelación de la hipoteca, mientras que el crédito refaccionario no anotado goza de un mero privilegio que le confiere preferencia especial, pero en grado inferior que al acreedor hipotecario (1.923-5.º y 1.927-2.º y 3.º del Código Civil) y, además, ordena que los créditos refaccionarios anotados se gradúen entre sí, como las hipotecas, conforme al rango que les otorgue la antigüedad de su anotación (art. 1.927-2.º del Código Civil). El artículo 93-2.º LH permite al acreedor refaccionario anotante, siempre que haya vencido el plazo, exigir el pago desde luego, sin necesidad de convertir la anotación en inscripción, para lo cual la anotación deberá surtir *todos los efectos de la hipoteca*. Por su parte, el artículo 64-2.º LH establece, a su vez, que el acreedor refaccionario sea tenido como hipotecario respecto a lo que exceda el valor de la finca al de los derechos reales anteriores y, *en todo caso*, respecto a la diferencia entre el precio dado a la finca antes de las obras y el valor que alcanzare en la enajenación judicial. Si, como afirma la doctrina mayoritaria, la

anotación preventiva de crédito refaccionario es constitutiva de un derecho real (3) cuyos efectos son todos los de la hipoteca (4). Si, además, confiere el derecho de preferencia de la hipoteca, superior al del simple privilegio refaccionario no anotado, siendo que el único derecho real inmobiliario que lleva aparejada preferencia es la hipoteca. Si tenemos en cuenta que todo lo anterior se produce, no sólo tras la conversión en inscripción sino sin necesidad de ello, pues se puede ejecutar el crédito simplemente anotado como una hipoteca (art. 93 LH) y además, que el artículo 1.923-3.º confiere la prelación de la hipoteca tanto al crédito refaccionario anotado como al inscrito, se impone concluir que la anotación del crédito refaccionario es constitutiva de hipoteca, siquiera sea ésta «provisional» como consecuencia de la propia naturaleza temporal del asiento que la origina.

Además, tal como afirmé con anterioridad, esta hipoteca es legal, pues el acreedor refaccionario no precisa, para su constitución, del consentimiento del deudor. Efectivamente, ninguno de los diez supuestos de anotación preventiva previstos en el artículo 42 LH requiere la aquiescencia del deudor. El artículo 59 LH expresamente dice que el acreedor refaccionario podrá «exigir» anotación sobre la finca, forma verbal que implica un poder de coacción sobre el deudor, de modo que aunque el artículo 42 LH alude, tan sólo, a la posibilidad de «pedir» el acreedor la anotación preventiva de su derecho en el Registro, ello se explica porque en la retórica forense, mientras que al deudor se le exige, al juez se le ruega o suplica, y es el juez quien manda al registrador practicar la anotación solicitada, naturalmente, sin el consentimiento del deudor, porque de tenerlo sobraría la solicitud judicial de la anotación. Pues bien, si las hipotecas sólo pueden ser convencionales o legales, considerando las segundas en el poder que tiene el acreedor de exigir hipoteca en garantía de su derecho (art. 158 LH), no se puede negar que la del acreedor refaccionario es una hipoteca legal, aun cuando no se enumere en el artículo 168 LH, pues son legales todas las hipotecas admitidas *expresamente* por las leyes con tal carácter y, la del acreedor refaccionario no es menos expresa que la prevista en el artículo 9-e) LPH (que, además, es oculta) o la del primer ordinal del artículo 1.923 del Código Civil. Cabe, por último, recordar

(3) CAPÓ BONNAFOUS, EDUARDO, «Apuntes sobre la anotación preventiva en el Derecho Hipotecario español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, T. IX, 1933, pág. 200; DE LA RICA MARITORENA, «La anotación preventiva en general», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1977, núm. 519, págs. 402 a 404; Díez-PICAZO, LUIS, «Las anotaciones preventivas», en *Revista de Derecho Notarial*, 1964, pág. 23.

En el mismo sentido, las SSTs de 2 de julio de 1868 (JC 187); STS de 16 de octubre de 1886 (JC 126); STS de 10 de febrero (JC 47); la STS de 9 de febrero de 1884 (JC 53) deniega la cualidad hipotecaria refaccionaria a un crédito refaccionario porque «podían haberlo anotado».

(4) La reciente RDGRN, de 10 de diciembre de 1999, afirma que «la anotación del crédito refaccionario otorga a éste toda la protección jurídica de la hipoteca».

la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, cuando afirmaba que «*Si digno es de ser considerado como hipotecario el crédito del que da su dinero para la construcción o reparación de un edificio, después de invertirse en la obra toda la cantidad convenida, aun en el caso de que expresamente no se haya pactado la hipoteca, digno es también de ser considerado como hipotecario por las cantidades que parcialmente vaya anticipando mientras dure la edificación, concediéndole al efecto el derecho de exigir una anotación preventiva sobre la finca refaccionada por las cantidades que hubiere anticipado*» (5).

Pues bien, dado que el acreedor refaccionario puede exigir la constitución de hipoteca a su deudor sobre la finca en la cual ha realizado su inversión, es evidente que el manto protector de la hipoteca podrá envolver a todos aquellos que, como consecuencia de su escaso poder en el mercado, se vean normalmente impedidos de acceder a tal garantía, de modo que los créditos de los más débiles quedarán suficientemente protegidos. Tal es el caso de los pequeños contratistas que intervienen en una obra, pero también el de los modestos inversores que financian, total o parcialmente, una obra ajena. Naturalmente, también las grandes entidades financieras pueden acogerse a estos beneficios, pero en su caso no es tan importante la constitución de una hipoteca legal porque, dada su posición de fuerza en el mercado, están en situación de obtener la hipoteca convencional y, en su caso, experimentar con una garantía poco conocida equivale a obtener menos seguridad que con la consolidada hipoteca convencional, sin que la cualidad privilegiada de la hipoteca refaccionaria sea por sí sola suficientemente atractiva, pues su interés se reduce a un error en el cálculo o a un inesperado, e infrecuente, descenso en los precios del mercado inmobiliario.

En esta tesitura, ni las ventajas impositivas que se derivan de la posibilidad de anotar un crédito refaccionario, ni el ahorro en gastos de Notaría, ni la especial prelación que otorga el artículo 64 LH al acreedor refaccionario anotado, son suficientes atractivos para mover, a quienes gozan de la seguridad de la hipoteca convencional, a preferir la anotación del crédito refaccionario. Uno de los principales motivos de su desconfianza es esa provisionabilidad de la hipoteca constituida mediante anotación preventiva. Efectivamente, dispone el artículo 92 LH que la anotación en favor del acreedor refaccionario caducará a los sesenta días de concluida la obra objeto de la refacción y, aunque conforme al artículo 93 LH puede ejecutarse la hipoteca del acreedor anotante si el plazo estuviera vencido, estos preceptos disparan dos señales de

(5) Nótese como la referencia a la ausencia de pacto de hipoteca *expresa* alude, por oposición, a la existencia de una hipoteca *tácita* en favor del acreedor refaccionario. La ley pretende evitar el ocultismo de la hipoteca llamada tácita, imponiendo al titular de la misma, la obligación de exigir su anotación para darle publicidad.

alarma para el acreedor refaccionario anotante. ¿Qué pasa si se terminan las obras antes de que venza el plazo otorgado al deudor para realizar el pago? y ¿qué ocurre si el acreedor anotante no se entera de que se han terminado las obras y deja pasar los sesenta días establecidos en el artículo 92 LH para que se produzca la caducidad del asiento de anotación?

La respuesta al primer interrogante es que, necesariamente, el acreedor anotante debe convertir la anotación en inscripción de hipoteca. En consecuencia, no sólo debe aquél otorgar documento público para poder practicar la inscripción (art. 94 LH) sino que el acreedor refaccionario anotante precisará estar pendiente de la marcha de las obras para evitar que transcurra el plazo de caducidad sin realizar la conversión pues, aunque tal caducidad no es automática, sí podría solicitarla el deudor y, una vez justificada, debería el registrador proceder a la cancelación del asiento de anotación con la consiguiente extinción de la garantía hipotecaria. Si a ello se le suma que, terminadas las obras, ya no es posible practicar un nuevo asiento de anotación (art. 42-8.º LH), no es de extrañar que las entidades financieras que disponen de la posibilidad de pactar hipoteca desconfíen de esta garantía.

Pues bien, parece claro que la reforma del artículo 155 RH de septiembre de 1998 pretendía solucionar alguno de los problemas apuntados, con objeto de fomentar la anotación preventiva de determinados créditos refaccionarios.

2. EL CONTRATO COMO TITULO OBJETO DE ANOTACION PREVENTIVA

Con expresa remisión al artículo 59 LH, dispone el artículo 155-1.º RH que podrá solicitarse la anotación en virtud de documento privado que conste por escrito. Hay que precisar que, prácticamente, la única modificación sufrida por el actual párrafo primero de este precepto (6), al que se han adicionado otros tres completamente nuevos, consiste en la sustitución del término «contrato» por el más lato de «documento». Es preciso preguntarse, ante todo, por el sentido que tenga esta modificación, pero también si es posible que un reglamento altere, de algún modo, el contenido de una ley, pues se ha introducido una discordancia con la Ley Hipotecaria. Efectivamente, el artículo 59 LH exige «*contrato por escrito*» para que se pueda practicar la anotación, mientras que el artículo 155 LH contrae la exigencia a la presentación de «*documento priva-*

(6) Se sustituye también la dicción «concurrir al Registro» por la de «concurrir ante el Registrador».

(7) «Comentario al artículo 155 del Reglamento Hipotecario, modificado por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 222.

do», considerando NIETO GARCÍA (7) que es adecuado el cambio por cuanto se refiere esta expresión al contrato del que deriva el crédito refaccionario suscrito en documento privado. Esta interpretación hace concordar el valor semántico del término documento, empleado por el reglamento, con el de contrato empleado por la ley, y para salvar el principio de jerarquía entiende que se emplea el término «documento» en un sentido restringido como sinónimo de «contrato escrito» de modo que no habría discordancia semántica alguna y sí, sólo, terminológica. Sin embargo, dado que no había duda de que pudiera practicarse la anotación de un contrato privado y que todo contrato por escrito es un documento, ¿por qué cambiar la dicción, si no era necesaria precisión alguna? Todo ello nos lleva a plantearnos la posibilidad de que la reforma pretendiera, precisamente, abrir paso a la anotación de un documento privado que no sea un contrato. Partiendo de la base de que a una norma reglamentaria le está vedado modificar una ley, se trataría de saber si cuando el artículo 59 LH emplea el término «contrato», lo hace en su sentido estricto o en otro más lato, como sinónimo de «título», ya que se inscriben títulos, aunque se publiquen derechos y, en este caso, se publica el derecho del acreedor refaccionario que, normalmente pero no necesariamente, derivará de un contrato de préstamo o de obra, expresando que deberá constar por escrito en cualquier caso el documento en que se formalice el título como requisito *sine qua non* para que se pueda practicar la anotación. En tal caso, no se trataría de que una norma de rango inferior modificara la de rango superior, sino de realizar la interpretación gramatical y sistemática del término «contrato» en el artículo 59 LH, teniendo en cuenta, también, lo dispuesto en el artículo 155 RH, pues parece que lo que sí puede un reglamento, como integrante del conjunto de normas del Ordenamiento Jurídico, es colaborar en la interpretación sistemática de un término legal que admita varios sentidos. A mi parecer, el artículo 59 LH se refiere al contrato como el título del que se deriva el crédito y al precisar que debe constar por escrito lo equipara a «documento», pues este último no es sino un título escrito, mientras que todo contrato que consta por escrito es un documento. Ahora bien, el término «contrato» hace también referencia a la causa (el mismo contrato) que origina el crédito refaccionario, por lo que el documento cuya anotación se solicite deberá ser, precisamente, aquél del cual derive el crédito refaccionario. Confirma este sentido de la interpretación el precepto inmediatamente siguiente de la misma Ley Hipotecaria. Efectivamente, se refiere expresamente el artículo 60 LH, a «los títulos en cuya virtud se pida la anotación preventiva de créditos refaccionarios», de modo que si no es necesario que en los mismos conste fijamente la cantidad de dinero o efectos en que consistan los mismos créditos es porque asimila el término «contrato» del artículo 59 al más amplio de «título» empleado en el artículo 60 LH. Pues bien, si el legislador de 1861 no distinguió en el artículo 59 LH entre el significado de los términos título y contrato fue, probablemente, porque le interesaba dejar claro que no era preciso

el otorgamiento de escritura pública, pudiendo anotarse el «contrato por escrito que, en cualquier forma legal haya celebrado (el acreedor) con el deudor» y, siendo lo normal que tal título sea un contrato, utilizó este último término que le dispensaba de referirse al origen del título, como confirma el hecho de que en el artículo 60 LH al término título se añada «en cuya virtud». En consonancia con lo anterior, el artículo 1.875 del Código Civil dispone que quienes tengan atribuido el derecho de hipoteca legal pueden exigir el otorgamiento e inscripción del **documento** en que haya de formalizarse la hipoteca. Más criticable me parece la redacción redundante: «documento privado que conste por escrito» del precepto reglamentario reformado ya que, por definición, un «documento» es un título escrito.

Sea como fuere, no hay que olvidar que el artículo 3 del Código Civil ordena interpretar las normas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, así como a la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas. Pues bien, si interpretamos el término contrato en su sentido estricto, como negocio jurídico bilateral que origine, en este caso, un crédito refaccionario, no será posible anotar ninguno de aquéllos cuyo origen directo no sea un contrato entre acreedor refaccionario y propietario de la finca refaccionada, lo que lleva al absurdo de impedir la anotación preventiva del crédito refaccionario expresamente prevista en el artículo 64 LAR cuando establece que el arrendatario *podrá pedir la anotación preventiva presentando el contrato escrito*. Efectivamente, si el crédito refaccionario del arrendatario nace como consecuencia de las mejoras introducidas en la finca, a cuyo reembolso tenga derecho el arrendatario al expirar el arrendamiento conforme a lo prevenido en el artículo 61 de la propia ley, no hay contrato alguno que pueda anotarse, pues del de arrendamiento no se deriva el crédito refaccionario y el de obra (si existe, pues, también será refaccionario el crédito del arrendatario que realice las mejoras por sí) no se habrá celebrado con el hipotético deudor, dueño de la finca, sino con el contratista. Tampoco puede referirse el precepto al convenio por el cual, al finalizar el contrato, ex-arrendador y ex-arrendatario valoren las obras realizadas y convengan la indemnización (si es que lo hacen), por cuanto la anotación sólo puede practicarse **antes** de la conclusión de las obras y, por definición, carece el arrendatario de derecho a indemnización si no hay mejora, lo que implica que la obra ya ha sido realizada (8). El único documento que podría anotarse para garantizar al arrendatario la devolución de las cantidades a que tenga derecho, en su caso, sería la autorización escrita del arrendador o del IRYDA (9) para llevar a cabo las obras, que sólo se concederá por esta entidad en el supuesto de que se aumente en

(8) CILVETI GUBIA, BELÉN, *Mejoras útiles en contratos sujetos a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 328.

(9) En la actualidad, Dirección General de Planificación y Desarrollo Rural.

un 50 por 100 el valor agrario de la finca, y no ofrece duda que tal autorización no es un contrato, en el sentido estricto del término, aunque sí un documento escrito del que derivará el crédito refaccionario si llega a existir. La consecuencia es que, de una interpretación sistemática del artículo 59 LH, 64 LAR y 155 RH, se sigue que el término contrato se ha utilizado en las normas de rango superior en un sentido muy lato, como sinónimo de título, mientras que el cambio introducido en la reforma del artículo 155 RH constituye una mayor precisión terminológica, pero no una alteración semántica, pues otra interpretación de los preceptos legales implicados llevaría al absurdo de vaciar de sentido al artículo 64 LAR y privar del derecho a la anotación a ciertos créditos que, siendo refaccionarios y constando en documento escrito, no derivan de un contrato en el sentido estricto del término.

Si ponemos en relación el cambio operado en el párrafo 1.º del artículo 155 RH con los demás introducidos, se evidencia la voluntad del legislador de acercar a la Administración Pública la garantía refaccionaria hipotecaria. Así, dice el segundo párrafo que *podrá solicitarse en la misma forma la anotación preventiva en virtud de los documentos de concesión de subvenciones*, quizá porque el legislador es consciente de que muchas de las subvenciones otorgadas por la Administración para la rehabilitación de viviendas no derivan de verdaderos contratos, sino de actos de disposición de la Entidad Pública que resuelve en favor de los particulares que cumplan la condición de invertir los fondos recibidos en la rehabilitación de su vivienda, siendo el crédito refaccionario que se quiere garantizar el derecho al reembolso de todo o parte de los fondos entregados al particular. Ahora bien, cuando la Administración financie sólo en parte las obras de rehabilitación, es evidente que nos encontramos ante un crédito refaccionario, nazca o no de un contrato; sin embargo, cuando el derecho a reembolso nazca del incumplimiento de la obligación de invertir los fondos públicos en la rehabilitación de la vivienda, por definición, la garantía refaccionaria decaerá, por más que esté anotada, ya que no se habrá producido el requisito básico para la existencia de un crédito refaccionario: que se haya verificado la inversión que produce refacción o aumento en el patrimonio del deudor. Sea como fuere, es evidente la intención del legislador de que se anoten «documentos» y no sólo «contratos escritos». Abundando en lo dicho, tampoco es un contrato la certificación contemplada en el artículo 155-3.º RH, acreditativa de que los presupuestos de las obras no son inferiores a la subvención concedida por una resolución administrativa (que tampoco es un contrato), así como de que tales presupuestos han sido aceptados por la comunidad.

De otro lado, y para finalizar este punto, no parece que haya razón de peso para exigir que la anotación de crédito refaccionario se produzca exclusivamente si hay contrato, y no cuando se aporte un documento escrito, como el reconocimiento unilateral de deuda refaccionaria que, sin ser contrato, eviden-

cie la existencia del derecho cuya anotación se pretenda. Así, el artículo 42 LH contempla la anotación de demanda (documento privado distinto del contrato), de mandamiento de embargo y de sentencia ejecutoria (documentos públicos pero no contratos) y, el apartado 9.º del citado precepto permite anotar preventivamente los *títulos* cuya inscripción no pueda practicarse por falta de algún requisito subsanable. Pues bien, si además de contratos se inscriben sentencias, declaraciones de obra nueva y también certificaciones administrativas, documentos todos ellos que el artículo 65 LH denomina «títulos», no parece de sentido común negar la posibilidad de anotar un crédito refaccionario documentado en un título que, sin ser contrato, evidencie la existencia del derecho. En conclusión, lo que el artículo 59 LH permite, conforme a una interpretación adecuada y útil al uso social de esta institución en nuestros días, es anotar cualquier título escrito del que se derive la existencia de un crédito refaccionario contra el dueño de la finca objeto de la anotación, sin necesidad de que tal documento haya sido autorizado por un notario o funcionario público competente (art. 1.216 del Código Civil). Téngase en cuenta, por otra parte, que para anotar cualquier documento privado, sea o no un contrato, será preciso que tanto deudor como acreedor comparezcan ante el registrador (art. 155-1.º), con lo que viene a exigirse la presencia de este último en el acto, tras la modificación de la dicción anterior que exigía sólo la *concurrencia al Registro* por la reforma de 1998. Tal comparecencia no será precisa, sin embargo, siempre que las firmas estuvieren legitimadas notarialmente. Esta última exigencia, unida a la de otorgamiento de escritura pública para convertir la anotación en inscripción de hipoteca, parece suficiente garantía para el deudor, pues no parece haber razones para que el registrador deba denegar la anotación preventiva de un crédito refaccionario documentado, por ejemplo, en una escritura pública de reconocimiento unilateral de deuda.

3. EL DESTINO A LA REFACCION, COMO REQUISITO PARA LA ANOTACION

El párrafo 2.º del artículo 155 RH permite solicitar la anotación preventiva de los documentos justificativos de la concesión de subvenciones públicas o de créditos en favor de entidades públicas destinados a la refacción. La dicción legal es perfectamente correcta ya que, para anotar un crédito refaccionario, no es preciso ser acreedor refaccionario en el momento de la solicitud de aquélla, bastando acreditar, *documentalmente*, que se ha obligado el anotante a realizar obras por sí o a financiarlas, siendo el objeto de las mismas la finca sobre la cual se practique la anotación. Efectivamente, cuando el crédito refaccionario derive de un contrato de obra, el contratista anotante no

será todavía acreedor, pues el derecho al cobro nacerá cuando termine y entregue la obra conforme a lo prometido y, por definición, para practicar la anotación la obra no puede haber terminado (art. 42-8.º LH) aunque sí es posible que no haya comenzado todavía. De modo parecido, si el anotante fuera quien prestó dinero para la realización de las obras, queda claro que es acreedor pero no se sabe todavía si será refaccionario, pues debe justificar en el documento que se quiera anotar el destino a la refacción, pero su inversión en la misma se apreciará sólo al liquidar el crédito como presupuesto para exigir el pago como acreedor hipotecario, o al solicitar la conversión de la anotación en inscripción. Estas son las razones de que se exija sólo la justificación documental de que el objeto del crédito es la refacción, sin que sea necesario haber realizado ya la inversión, y ello es lo que justifica, precisamente, que se haya recurrido a la vía de la anotación y no de la inscripción, puesto que la anotación es un asiento eventual, frente al carácter definitivo de la inscripción.

Sin embargo, por más que lo diga el párrafo 2.º del artículo 155 RH, es imposible que cuando los fondos adelantados por la entidad pública o Administración no sean invertidos en las obras de rehabilitación o mejora, nazca un crédito refaccionario en favor de aquéllas, y ello porque lo que sea un crédito refaccionario no puede determinarlo el reglamento contra la razón de ser o fundamento de aquel crédito privilegiado. La doctrina mayoritaria ha mantenido desde antiguo, y mantiene en la actualidad, que el titular de un crédito refaccionario debe su derecho de preferencia al hecho de haber incrementado o conservado el valor del patrimonio del deudor, pues aumenta con ello la garantía de los demás acreedores, por lo que no sería justo permitir que, con el valor introducido por el acreedor refaccionario, cobraran antes que éste quienes no lo procuraron. De este modo, siempre que se pueda determinar la cosa o bien concreto que ha producido un acreedor para el deudor, aquél tendrá el derecho de preferencia satisfactiva sobre la misma cosa, de modo que al realizarse su valor tendrá derecho a cobrar antes que los demás acreedores, pero sólo con el valor del objeto introducido, conservado, mejorado o construido. Del mismo modo, si no se puede concretar sobre un objeto determinado el aumento de valor producido, no habrá preferencia porque no se podrá ejercitar ésta (10). En consecuencia, y a pesar de que ni el Código Civil ni la Ley Hipotecaria definen lo que el crédito refaccionario sea, sí imponen unos límites, el principal de los cuales es el fundamento del privilegio: el aumento de valor introducido por el acreedor refaccionario en el patrimonio del deudor. Pues bien, dado que ningún reglamento puede, ni crear privilegios, pues contravendría la reserva de ley establecida en el artícu-

(10) En contra, CORDERO LOBATO, ENCARNA, *El privilegio del crédito refaccionario*, Tecnos, Madrid, 1995.

lo 1.921 del Código Civil, ni alterar los límites establecidos por una norma de rango superior contrariando la finalidad de la misma, siempre que la obligación de reembolsar a la Administración se origine como consecuencia de no haberse invertido los fondos en la rehabilitación de la vivienda o inmueble objeto de la anotación, ésta deberá denegarse por el registrador, porque si el derecho de crédito llegara a nacer no sería refaccionario y, si se produjera la refacción, no habría derecho de crédito. Así, en el artículo 1 del Decreto de la Generalidad de Cataluña, de 2 de agosto de 1982, se establecen subvenciones a fondo perdido para la rehabilitación de viviendas y se dispone que éstas tendrán el carácter de crédito refaccionario *especial*, que se entenderá legalmente **condonado** si el beneficiario cumple con las obligaciones que impone el Decreto. También la Ley de Patrimonio Histórico de las Islas Baleares, de 21-12-1998, afirma que las ayudas para la conservación son **condonables** al finalizar satisfactoriamente las obras que se financien a su cargo (art. 83-3.º). Se trata, evidentemente, de sendas donaciones modales, siendo la carga impuesta al donatario que se lleve a cabo la rehabilitación del inmueble en la forma prevenida. En consecuencia, si el donatario cumple no llega a nacer derecho de crédito alguno en favor de la Administración y, si no cumple, el derecho de crédito será consecuencia de no haberse practicado la refacción prometida y, precisamente por ello, no puede ser refaccionario.

Distinto es el caso en que se prevea una subvención parcial, o un préstamo con bajo interés, pues en tal supuesto queda clara la existencia del crédito y su destino, de modo que, realizadas las obras de rehabilitación debe presumirse la inversión de los fondos o materiales en las mismas.

En relación con lo expuesto, parece interesante recordar que los privilegios son de exclusiva creación legal, pero también las hipotecas legales y que no hay más causas de preferencia que el privilegio y la garantía real. Efectivamente, cuando la Ley 1/1991, de 3 de julio, de la Junta de Andalucía sobre Patrimonio Histórico Andaluz, se refiere a que *la concesión de subvenciones o ayudas para la mejora o conservación de inmuebles podrá asumir la forma de crédito refaccionario* (art. 96) parece presumir que la calificación refaccionaria de un crédito depende de la *forma* en que se constituya (¿pensando quizá en la anotación?) como si se pudiera «convertir» un crédito en refaccionario por la voluntad de las partes. En idéntico sentido, el artículo 83-3.º de la Ley de Patrimonio Histórico de las Islas Baleares, de 21-12-1998, afirma que *las ayudas para la conservación de bienes inmuebles podrán otorgarse en forma de crédito refaccionario*, añadiendo que *la Administración competente podrá instar la anotación preventiva del crédito refaccionario en el Registro de la Propiedad y la posterior conversión en hipoteca en los términos previstos en la legislación hipotecaria*. Pues bien, siendo un crédito refaccionario podrá, su titular, exigir que se anote al amparo del artículo 42-8.º LH, pero nunca dar a un crédito simple la *forma* (¿cali-

dad?) de refaccionario por voluntad de las partes. Está claro, por ello, que sólo podrá anotarse un crédito **conforme** a la legislación hipotecaria (art. 42-8.º) cuando se trate de una subvención parcial o de un préstamo, pero no cuando se pretenda anotar una donación (subvención total) con la carga de invertir, pues el artículo 42-8.º LH permite anotar créditos refaccionarios en formación, pero no eventuales derechos de crédito que, en **ningún** caso, puedan tener la calidad de refaccionarios. Lo contrario implicaría la creación de una nueva causa de preferencia en favor de la Administración para garantizar un crédito nacido de haber incumplido la carga de rehabilitar un inmueble, no siendo posible por razón de competencia, que una Administración autonómica disponga la anotación de un crédito no refaccionario «al amparo» de la legislación hipotecaria y contra lo dispuesto en los artículos 42-8.º y 59 LH de la misma Ley Hipotecaria que restringe dicha anotación a los créditos que ostenten tal cualidad.

Conviene, por tanto, dejar meridianamente claro que la calificación de un crédito como refaccionario depende, exclusivamente, de la ley, sin que las partes contratantes puedan alterar por pacto las condiciones y requisitos impuestos por aquella para que se origine su nacimiento y, asimismo, que el artículo 155 RH, como norma inferior, no puede declarar anotable al amparo del artículo 42-8.º LH un crédito que no es refaccionario, porque tal precepto sólo contempla la anotación de los que ostenten tal calidad, razón por la cual el precepto de rango inferior no será obligatorio como consecuencia del principio de jerarquía normativa y, en este caso concreto, de su oposición a los artículos 42-8.º, 59 y demás concordantes de la Ley Hipotecaria.

4. LA ANOTACION DE CREDITOS REFACCIONARIOS QUE RECAIGAN SOBRE UN EDIFICIO EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Es evidente que, junto a la razón de justicia distributiva que explica la preferencia del crédito refaccionario y la justifica, en el más puro sentido del término, frente a los demás acreedores del deudor insolvente y frente al principio de igualdad y no discriminación contenido en el artículo 14 CE, otras razones han pesado en el ánimo de los distintos legisladores para favorecer con privilegio (1.923-5 del Código Civil) y/o hipoteca (1.923-3.º del Código Civil y 59 LH) a los titulares de un crédito refaccionario. Se cuenta entre ellas, ya desde sus orígenes, el deseo de mantener la belleza de las ciudades potenciando la reconstrucción y mejora de los edificios (11). Si a esta última razón sumamos

(11) Parece indiscutido que Marco-Aurelio (emperador de Roma entre el año 160 y el 180), para potenciar la rehabilitación de los edificios dañados por un desbordamiento

el interés de potenciar el sector de la construcción, como motor fundamental de la riqueza de un país, siendo que una y otro son perfectamente compatibles y complementarios, se comprende perfectamente la adición del párrafo 3.º del artículo 155 RH. En efecto, habida cuenta de que la mayoría de los edificios de las grandes ciudades se encuentra, en nuestro país, en régimen de propiedad horizontal, se trata de favorecer tanto la rehabilitación a la que se hace referencia en el ordinal 2.º del citado precepto, cuanto de garantizar a la Administración correspondiente el recobro de los anticipos realizados con tal fin, todo lo cual contribuye, además, a potenciar la actividad en el sector de la construcción. Ahora bien, si cada vez que la Administración anticipara dinero para la rehabilitación de un edificio en propiedad horizontal, tuviera que entenderse con cada uno de los copropietarios y firmar un contrato con cada uno de ellos, aunque sea privado, con objeto de poder anotar su crédito refaccionario, tal garantía se haría inútil por la imposibilidad de llevarla a la práctica. Sin embargo, si como autoriza el artículo 155-3.º RH, cuando la finca refaccionada sea un edificio en régimen de propiedad horizontal, es suficiente para practicar la anotación de un crédito refaccionario en favor de la Administración o de una entidad pública, la comparecencia del presidente de la comunidad ante el registrador aportando la certificación acreditativa de que se han aprobado las obras por la comunidad y de que su importe no es inferior a la subvención concedida, parece que se facilita sensiblemente el camino para lograr esta hipoteca refaccionaria. Aun cuando el texto no es nada claro, parece deducirse que basta, para practicar esta anotación, la comparecencia del presidente, cursando excepción a lo establecido en el párrafo 1.º del mismo precepto que indica, claramente, el deber de comparecer ambas partes (salvo que las firmas estén legitimadas). No parece jurídicamente problemático que se pueda constituir hipoteca refaccionaria unilateral, mediante la sola comparecencia del deudor, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 141 LH, además de los del artículo 61 LH por ser ésta refaccionaria. Ahora bien, no parece de sentido común que siendo la anotación preventiva de crédito refaccionario una hipoteca legal, cuya ventaja deriva del derecho del acreedor a exigir su constitución al deudor, se delegue la solicitud de la misma al propio deudor. Hubiera sido más sensato habilitar a la Administración para realizar la solicitud de la anotación mediante la presentación de la meritada certificación, y ello no sólo porque sea

del Tíber, favoreció con un privilegio, además de con hipoteca legal privilegiada, al que prestara dinero para la reconstrucción de un edificio. Esta idea del embellecimiento de las ciudades se repite en *Lo Codi*, los *Furs* de Valencia, siendo también recogida por la doctrina de los siglos XVI y XVII. Ver SALGADO DE SOMOZA, FRANCISCO, *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos caufatam*, Lugduni, 1757; y AMADOR RODRÍGUEZ, *Tractatus de concurso, et privilegis creditorum*, Génova, 1665, primera parte, cap. VII, pág. 116, parágrafo 14: «*cum non tam ob illam publicae utilitatis rationem, quam ob aliam aequitatis causam*».

dudoso el interés del presidente de la comunidad (deudor) en practicar la anotación, sino también porque entendemos que no se debe anotar únicamente la certificación referida en el artículo 155-3.º RH, sino también el documento administrativo de concesión de la subvención, pues no hay que olvidar que, sin este último documento y la comparecencia del que lo autorizó, no puede acreditarse la existencia del crédito ni la autenticidad de la firma, salvo que fuere esta última legitimada por notario o hubiere sido objeto de publicación en un Diario Oficial la correspondiente resolución administrativa. Hubiera sido más sensato establecer que el funcionario autorizante del préstamo refaccionario, o cualquier representante de la Administración concedente, pudieran practicar la anotación presentando la meritada certificación de la comunidad, con la presencia del presidente de la comunidad o sin ella, si la firma obrante en la certificación hubiera sido legitimada notarialmente. Es cierto que, si el presidente de la comunidad practica por sí solo la anotación preventiva, ésta será constitutiva de hipoteca «voluntaria» y que, lo que prevé la ley es sólo la posibilidad de exigir la anotación por el acreedor cuando se niegue el deudor, no la imperatividad de que siempre su constitución sea legal. También es cierto que no es la Administración uno de esos acreedores que, encontrándose en inferioridad de condiciones respecto del otro contratante, se vea impedido de exigir garantías suficientes para asegurar su crédito. Parece, por ello, que lo que interesa a la Administración es obtener la hipoteca privilegiada refaccionaria. Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, cuando la anotación se **exija** por el acreedor, no será preciso el consentimiento del deudor ni, por tanto, cabrá hablar de capacidad del deudor para la práctica de la anotación. Más, si es el deudor quien voluntariamente la constituye por mediación del presidente de la comunidad, como sería el caso previsto en el párrafo 3.º del artículo 155 RH, parece claro que todos los comuneros necesitarán tener suficiente capacidad de obrar, además del poder de disposición para constituir válidamente hipoteca. Por lo que respecta a la obtención de la hipoteca privilegiada del artículo 164 LH el procedimiento para la anotación sólo podrá ser el previsto en el artículo 155-3.º RH cuando no haya acreedores hipotecarios anteriores, pero, en caso contrario, no será posible practicar la anotación sin renunciar el acreedor a la hipoteca privilegiada del artículo 64 LH (12). Efectivamente, cuando los artículos 55

(12) La necesidad de convenio o resolución judicial para la anotación cuando existan gravámenes inscritos y no cuando la finca esté libre de ellos, deriva del contenido del último párrafo del artículo 64 LH, que establece la prelación de la hipoteca refaccionaria sobre la anterior inscrita «*respecto a la diferencia entre el precio dado a la finca antes de las obras y el que alcanzare en su enajenación judicial*». Esta excepción a la regla *prior tempore*, establecida en favor del acreedor refaccionario anotado o inscrito, sólo puede materializarse cuando se ha valorado previamente la finca, y para ello se requiere el convenio unánime que, como el procedimiento judicial, tiene por objeto evitar que el deudor propietario de la finca y el acreedor refaccionario puedan ponerse de acuerdo en

y 61 de la Ley Hipotecaria disponen que la anotación, habiendo inscritos derechos reales sobre la finca refaccionada, sólo se llevará por acuerdo unánime con los titulares de los mismos sobre el valor de la finca y la necesidad de las obras o, en su defecto, por resolución judicial tras el expediente previsto en el artículo 157 RH, se está haciendo referencia a la hipoteca privilegiada regulada en el artículo 64 LH, pero nada impide practicar la anotación sin tales requisitos y obtener la garantía hipotecaria, pues el efecto de la anotación será la constitución de una hipoteca no privilegiada, tal como afirma la RDGRN de 10 de diciembre de 1999, al decir que *«no puede negarse dicha anotación aun cuando existan cargas anteriores y no aparezca fijado, con intervención de sus titulares, el valor de la finca antes de la refacción, pues esa anotación que, en tal caso se producirá, obviamente, sin perjuicio de la prioridad total de esas cargas anteriores, conferirá al crédito así anotado una fuerza superior a la que le confiere la mera anotación de embargo: ningún otro crédito del deudor no garantizado con hipoteca legal tácita [¿en referencia a la del art. 9-e) LPH?] podría anteponérsele en el cobro sobre la finca refaccionada aun cuando fuese anterior a la anotación misma»*.

Cabe preguntarse también si tales facilidades para la práctica de la anotación se extienden a quienes, sin ser una entidad pública, ostenten un crédito refaccionario contra la Comunidad de Propietarios. Es el caso del contratista que rehabilita la fachada, conserva elementos comunes o construye, para la comunidad una nueva planta sobre el edificio. En la medida en que aceptemos la posibilidad de anotar un documento privado distinto del contrato, no parece que haya inconveniente para que baste con la comparecencia del presidente y del contratista ante el registrador, aportando la certificación acreditativa de que la comunidad acordó las obras y su importe, bastando la comparecencia del contratista acreedor si las firmas se legitimaron.

5. LA ANOTACION Y LA CONSTITUCION DE HIPOTECA UNITARIA SOBRE TODA LA FINCA EN PROPIEDAD HORIZONTAL

La hipoteca refaccionaria recaerá, conforme dispone el artículo 155-3.º RH *in fine*, sobre la totalidad del edificio, por lo que entiende NIETO GAR-

la valoración de aquélla. Así, la RDGRN, de 9 de junio de 1911, permite la anotación sin tal convenio renunciando a la prelación del artículo 64 LH *in fine*, dado que tras la renuncia, ningún perjuicio se puede causar a los titulares de derechos reales anteriores e inscritos. En consecuencia, el convenio no es requisito para que se proceda a la anotación, sino para que se ejerza el derecho de prelación sobre el mayor valor dado a la finca por el acreedor refaccionario respecto del valor de la finca antes de su actividad. Por tanto, el acuerdo no es condición para la existencia de la hipoteca, sino para la derogación del principio *prior tempore*.

CÍA ((13) que *es claro que esta anotación (...) será una hipoteca unitaria sobre la totalidad del edificio que, conforme al artículo 218 RH, sólo podrá hacerse efectiva dirigiéndose sobre la totalidad del edificio*. Discrepo, sin embargo, del autor citado en este punto, por las siguientes razones:

1.º El texto legal literalmente dice que «*la anotación recaerá sobre la totalidad del edificio o finca*», pero ello no implica, necesariamente, que se hipoteque el edificio de forma unitaria. Efectivamente, la regla general, cuando se hipotecan varias fincas por un solo crédito, está contenida en el artículo 119 LH que exige el reparto de la responsabilidad hipotecaria. El hecho de que la finca esté en Propiedad Horizontal no significa que haya un único bien de la comunidad (que carece de patrimonio), pues tras la inscripción de la finca matriz se practica una inscripción en folio separado por cada una de las fincas independientes que integran el edificio y en las que se hacen constar los nombres de los titulares y las demás circunstancias. La excepción que realiza el artículo 218 RH a la regla enunciada, dispensando a los copropietarios de distribuir la responsabilidad cuando la finca esté en Propiedad Horizontal, además de no poder aplicarse por analogía por ser una norma excepcional, en ningún caso releva de la exigencia de que todos los copropietarios presten su consentimiento a la constitución de hipoteca convencional unitaria, de modo que, si quieren, aquéllos pueden pactar la hipoteca sin distribuir la responsabilidad, pero nunca se presumirá la hipoteca unitaria por el hecho de estar la finca en régimen de Propiedad Horizontal. Pues bien, esto es lo que ocurriría si interpretáramos que, como consecuencia de la anotación de crédito refaccionario en favor de la Administración sobre una finca en Propiedad Horizontal se constituye hipoteca unitaria. Naturalmente que podrán los copropietarios otorgar su consentimiento para que la anotación surta tal efecto, pero no puede el reglamento presumirlo otorgado. Efectivamente, el artículo 155-3.º RH sólo puede desarrollar el procedimiento para la constitución de una hipoteca legal (por tanto sin el consentimiento de los deudores) en la medida en que no vulnere lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, e imponer que esa hipoteca legal sea además unitaria, conculca tanto la Ley Hipotecaria como la Ley de Propiedad Horizontal. Efectivamente, los artículos 158-2.º y 160 LH limitan el derecho del titular de una hipoteca legal a exigir la constitución de una hipoteca suficiente en garantía de su derecho al obligado a prestarla, en este caso, mediante la posibilidad de exigir la anotación preventiva. Ello es así, porque: 1.º) la anotación contemplada por el artículo 155-3.º RH es constitutiva de hipoteca; 2.º) la deuda garantizada se asume, formalmente, por el presidente de la Comunidad de Propietarios, como mediador entre los distintos propietarios y la Administración o Entidad Pública acree-

(13) *Ob. cit.*, pág. 224.

dora, pero los verdaderos deudores son los copropietarios; 3.º) la hipoteca afecta a varios bienes pertenecientes a diferentes deudores que responden ante un acreedor común, individualmente y en diferente medida, pero no en atención a su número sino en proporción a sus respectivas cuotas, tal como dispone el artículo 9-e) LPH. No es posible, en este sentido, que el Reglamento Hipotecario amplíe la responsabilidad individual de los distintos copropietarios por razón de las obras de rehabilitación, contrariando lo dispuesto en la Ley de Propiedad Horizontal.

2.º Entender que la hipoteca refaccionaria es unitaria por imposición legal, implica la posibilidad de que el comunero que ya haya contribuido conforme a su cuota a los gastos de refacción y que, por tanto, ya no sea deudor, tenga que responder por los demás que no pagaron con el valor de su elemento privativo, estableciendo una suerte de fianza «real» con carácter legal, lo que no sólo parece una aberración jurídica sino también imposible por contravenir lo dispuesto en el artículo 1.827 del Código Civil. No debe olvidarse, además, que la hipoteca refaccionaria se debe a la existencia de un crédito que, por haber aumentado el patrimonio del deudor, debe ser reembolsado con preferencia al de otros acreedores. De este modo, no cabe hablar de hipotecante no deudor, pues siendo la anotación preventiva de crédito refaccionario una hipoteca legal, va contra su misma esencia constituirla sobre una finca de la que no sea propietario el deudor, además de que si el hipotecante es un tercero, no hay refacción sobre la finca hipotecada que justifique la anotación al amparo del artículo 42-8.º ni, mucho menos, la cualidad privilegiada que a esta hipoteca confiere el artículo 64 LH. Del mismo modo, cuando el deudor por refacción ya ha pagado a su acreedor, debe poder exigir la cancelación de la anotación (art. 124 LH). En el caso de que el acuerdo de rehabilitación se tome por mayoría, aún es más flagrante la situación de los disidentes que, dispensados por la Ley de Propiedad Horizontal de contribuir a los gastos, verían su elemento privativo hipotecado sin deuda (propia) que garantizar y sin su consentimiento, por lo que tal hipoteca sería nula. Además, la posibilidad de que el elemento privativo de los comuneros que pagaron o no consintieran las obras, quedase sujeto a la responsabilidad de los incumplidores, provocaría el retraimiento de los copropietarios a la hora de solicitar ayudas para la rehabilitación de los edificios, justamente lo contrario de lo que se quiere conseguir.

En conclusión, aunque formalmente se practique la anotación en el folio de la finca matriz, ello no implica que quede hipotecada la finca entera de forma unitaria, debiendo entenderse que las notas de referencia previstas en el citado precepto y que deberán practicarse en los folios correspondientes a cada uno de los elementos privativos, serán la forma de distribuir la responsabilidad hipotecaria, pues cualquier otra interpretación conculca el principio de jerarquía normativa.

3.º Es mucho más interesante para la Administración acreedora poder practicar la ejecución hipotecaria sobre el elemento privativo del comunero deudor, que asumir la obligación de dirigirse sobre la totalidad del inmueble, pues para llevar a cabo tal ejecución, aunque la hipoteca sea unitaria, tendrá que dirigirse contra cada uno de los titulares registrales, ya que los órganos colectivos de la comunidad no tienen ningún poder sobre ellos (14). Efectivamente, la «comunidad» no es propietaria del edificio refaccionado, sino que éste pertenece a los distintos copropietarios (15). En consecuencia, el patrimonio aumentado no es el de la comunidad, sino el particular de cada uno de los comuneros que se ve incrementado por el aumento de valor de su elemento privativo y de su cuota en los elementos comunes tras la refacción.

Pues bien, como el edificio está formado por varias fincas independientes, deberá hacerse constar en la anotación sobre la finca matriz, conforme a lo dispuesto en el artículo 119 LH, la cantidad de la que cada elemento privativo responde (que no será sino la parte proporcional a su cuota en los elementos comunes), haciéndose constar también en las respectivas notas de referencia que se practiquen en los folios correspondientes a los elementos privativos, de modo que quedará distribuida la responsabilidad sobre los distintos pisos y locales. La consecuencia es que la Administración acreedora podrá ejecutar su crédito, proporcionalmente, con la garantía hipotecaria de la anotación, sobre el piso o elemento privativo del comunero o comuneros que no hayan realizado el pago debido, pero no sobre los que sean propiedad de quienes hayan cumplido su obligación. Otra cosa distinta es que la comunidad verifique el pago completo a la Administración acreedora aunque alguno o algunos de los copropietarios no haya desembolsado su parte, porque tenga fondos suficientes para ello. En tal caso, podrá la comunidad ejercitar la hipoteca legal, privilegiada y oculta (16), que los artículos 9-e) y 10 LPH le confieren sobre el elemento privativo del copropietario deudor para recobrar la parte proporcional de las cantidades pagadas como consecuencia de la rehabilitación.

(14) Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de junio de 1986, de 30 de junio de 1986 y de 7 de julio de 1986.

(15) RRDGRN de 5 de mayo de 1970, 15 de junio de 1973, 1 de septiembre de 1981 y 7 de julio de 1986, entre otras.

(16) La Ley de Propiedad Horizontal en el artículo 9-e) establece que la comunidad goza de preferencia absoluta sobre cualquier otro crédito, excepto los salariales. Dado que dicha preferencia afecta de modo «real» al elemento del copropietario deudor, de forma que podrá ejecutarse aunque se haya transmitido a un tercero, dicha preferencia no es un simple privilegio, puesto que el privilegio carece de eficacia real y desaparece cuando los bienes afectos salen del patrimonio del deudor. Dado que la única causa de preferencia que goza, además, de eficacia real inmobiliaria es la hipoteca, que la impone la ley sin necesidad de pacto y que no es preciso inscribirla en el Registro de la Propiedad, hay que concluir que se trata de una hipoteca legal y oculta que, además, es privilegiada, pues se antepone incluso a los acreedores hipotecarios anteriores. Ver MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *ob. cit.*

6. CADUCIDAD DE LA ANOTACION PREVENTIVA DE CREDITO REFACCIONARIO

Dado que la anotación preventiva es, por su propia naturaleza, un asiento provisional, su duración está limitada en el tiempo y viene prefijada por la ley. Esta temporalidad es la causa de que la anotación preventiva de crédito refaccionario sea constitutiva de hipoteca «provisional», pues de no ejecutarse el crédito durante la vigencia de tal asiento, la anotación se extinguirá necesariamente: o por caducidad, o porque se convertirá en inscripción de hipoteca. Así, conforme dispone el artículo 92 LH, se producirá la caducidad de la anotación a los sesenta días de concluida la obra objeto de la refacción y, aunque la ley no es clara en este punto, entiendo que dicho plazo debe quedar dentro del general de cuatro años, prorrogable por otros tantos, establecido por el artículo 86 LH para la caducidad de todas las anotaciones preventivas, «cualquiera que sea su origen» (17). Ahora bien, mientras que la caducidad de toda anotación, incluida la del crédito refaccionario, se producirá automáticamente y de forma inexorable al cumplirse el plazo legal, salvo que se produzca la prórroga durante la vigencia del asiento, es mi parecer que la caducidad prevista en el artículo 92 LH no es automática, sino que deberá ser rogada por el deudor, salvo en casos excepcionales. Efectivamente, mientras que el registrador puede cancelar de oficio cualquier anotación cuando compruebe que han transcurrido los cuatro años de plazo legal desde la fecha del asiento, es poco probable que pueda llegar a tener el registrador la certeza del día exacto en que terminaron las obras para cancelar el asiento a los sesenta días de tal fecha. Digo poco probable porque no parece lógico excluir la posibilidad de que se haya anotado un crédito refaccionario en favor del constructor de un edificio destinado a vivienda y que el propietario lo venda. En tal caso, en la medida en que será preciso aportar la licencia de habitabilidad para poder inscribir la adquisición a favor del comprador, sería posible que el registrador cancelara el asiento de anotación si ya hubieran transcurrido los sesenta días del artículo 92 LH y siempre que, además, no se diera ninguna de las siguientes circunstancias: 1.^a) que se hubiera solicitado la ejecución del crédito conforme a lo previsto en el artículo 93-2.º LH; 2.^a) que hubiese pedido el acreedor la conversión en inscripción; 3.^a) que se hubiese interpuesto demanda de juicio declarativo para solventar alguna cuestión suscitada entre acreedor y deudor en torno a la liquidación del crédito o sobre la constitución de hipoteca (art. 95 LH), y ello sin necesi-

(17) En el mismo sentido, CHICO Y ORTIZ, JOSÉ M.^a, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, T. II, pág. 1099, Marcial Pons, Madrid, 1994, y GARCÍA-GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *Código de legislación hipotecaria*, Cívitas, Madrid, 1986, pág. 52, nota 28.

dad de solicitar la anotación preventiva de la demanda (18); 4.^a) que se hubiese interpuesto por el acreedor demanda solicitando la declaración de ser su crédito refaccionario y la consiguiente anotación, habiéndose anotado preventivamente tal demanda. 5.^a) que se hubiese instado la anotación preventiva en el procedimiento dispuesto en el artículo 157 RH en relación con el artículo 61 LH por haber derechos reales anteriores inscritos.

Pues bien, lo primero que hay que determinar, para que pueda producirse la caducidad del artículo 92 LH, es el día en que se **terminaron** las obras. Para ello se precisará, normalmente, una prueba pericial y un acta notarial de terminación de obra pero, cuando el crédito se haya originado como consecuencia de la construcción de una vivienda, deberá acompañarse de la licencia de habitabilidad, único documento que, a mi juicio, acredita la terminación, como parece derivarse de la exigencia registral de presentarla para poder inscribir la adquisición de una vivienda a favor de quien la compró al constructor.

Sea como fuere, el mayor temor de un acreedor refaccionario es que pueda terminarse la obra sin que llegue a su conocimiento tal hecho porque, en tal caso, corre el riesgo de que, vencido el plazo de sesenta días, solicite el deudor la cancelación de la anotación y el registrador la lleve a cabo sin enterarse el acreedor. Téngase en cuenta que, producida la caducidad, por definición, ya no puede prorrogarse el asiento, pero tampoco puede practicarse una nueva anotación porque, conforme al artículo 59 LH, ésta sólo es posible **antes** (19) de la terminación de las obras. Pues bien, parece claro que, cancelado el asiento de anotación, no podrá el acreedor ejecutar el crédito con las ventajas de la hipoteca si ya está vencido y que tampoco podrá solicitar la conversión de la anotación en inscripción. Sin embargo, cabe preguntarse si puede el registrador denegar la conversión en hipoteca de una anotación preventiva de crédito refaccionario, habiendo transcurrido más de sesenta días desde la terminación de las obras sin que se haya practicado la cancelación del asiento. Al decantarme en favor de que la caducidad del artículo 92 LH no es automática, tuve muy en cuenta la dicción literal del artículo 93-1.º LH, conforme al cual el acreedor refaccionario podrá pedir la conversión de su anotación preventiva en inscripción de hipoteca, **si al expirar el término señalado en el artículo anterior** (sesenta días tras la finalización de las obras) no estuviese aún pagado por completo, por no haber ven-

(18) GARCÍA-GARCÍA, JOSÉ MANUEL, en notas a «la legislación hipotecaria y del Registro Mercantil», nota 31, Cívitas, Madrid, 1999.

(19) Ver la RDGRN de 19 de febrero de 1896, según la cual no puede practicarse la anotación cuando del mismo documento presentado aparece que las obras debían estar terminadas mucho antes de haberse solicitado la anotación del crédito, porque «tal anotación sólo procede mientras duren las obras que sean objeto de la refacción, por lo que es lícito que el registrador dé por supuesto que lo están si no se le acredita lo contrario».

cido el plazo estipulado en el contrato. Es decir, que habiéndose aplazado el pago, el acreedor podría **convertir** la anotación en inscripción aun habiendo expirado el plazo de sesenta días fijado por el artículo 92 LH. A su vez, y reafirmando lo anterior, el artículo 93-2.º LH permite que, expirado el término del artículo 92 LH y si la deuda estuviere vencida, pueda el acreedor prorrogar el plazo mediante la conversión o exigir el pago, añadiendo que *para lo cual surtirá la anotación todos los efectos de la hipoteca* (20), de lo que resulta obvio que no puede haber caducado el asiento por el simple transcurso del referido plazo, pues lo que caduca se extingue y lo que se extingue no puede convertirse en nada, por lo que de estar el asiento caducado no podría producir efectos. En consecuencia con lo establecido en este precepto, y siempre a mi entender, para denegar la conversión en inscripción de una anotación preventiva de crédito refaccionario cuya cancelación no haya sido previamente rogada por el deudor, deberá el registrador basarse en el plazo de caducidad general de cuatro años no prorrogados, pero no en el previsto en el artículo 92 LH. Tampoco podrá el juez, congruentemente, denegar la ejecución de un crédito refaccionario anotado por el procedimiento previsto para las hipotecas, aunque haya transcurrido el plazo de sesenta días, si previamente el deudor no solicitó la cancelación del asiento, aunque sí deberá hacerlo cuando hayan transcurrido los cuatro (ocho) años del artículo 86 LH.

Sea como fuere, la inseguridad que estos preceptos generan en el acreedor refaccionario es intensa, pues a su oscuridad se añade la inexistencia de jurisprudencia que permita realizar un pronóstico sobre la interpretación adecuada. Se comprende por ello que quienes dispongan de la posibilidad de pactar garantías contrastadas en la práctica, renuncien a los beneficios de la anotación y omitan esta vía de obtención de la garantía hipotecaria. Paliar dicha inseguridad, así como fomentar la anotación del crédito refaccionario es, en parte, lo que ha pretendido la reforma del artículo 155-4.º RH al disponer que cuando una Administración o Entidad Pública ostente un crédito refaccionario, derivado de haber financiado la rehabilitación de un edificio en Propiedad Horizontal, el plazo de sesenta días establecido en el artículo 92 LH se computará *desde el vencimiento del crédito o del plazo expresamente previsto en la resolución... sin perjuicio de la duración máxima y, en su caso, de la prórroga prevista en el artículo 86 LH*. Precisamente este punto ha sido objeto de la sentencia de la Sala 3.ª del TS, de 24 de febrero de 2000, que declara nulo el párrafo 4.º del artículo 155 RH por cuanto, al alargar el plazo de vigencia de la anotación, conculca el principio de jerarquía normativa al modificar el precepto reglamentario el artículo 92 LH. Efectivamente, aun-

(20) En contra BARBER CÁRCAMO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 2000, tomo VII, vol. 5.º, págs. 735 a 738.

que no se produzca la caducidad automáticamente, el deudor debe poder exigir la cancelación si se dan las circunstancias previstas en el artículo 92 LH, pero la nueva redacción dada al artículo 155-4.º RH se lo impediría. La intención del legislador reformista es, a mi entender, doble. Por un lado, al disponer que el plazo se computará desde el vencimiento del crédito, deja a la Administración indemne frente al problema de que caduque la anotación por haberse terminado las obras sin saberlo el acreedor, ya que la caducidad se producirá sólo cuando además haya vencido el crédito. Esta ampliación de plazo es lo que la STS citada considera «ilegal» (21), criterio que comparto en este punto pues, aunque sería conveniente que todos los créditos refaccionarios caducaran sólo cuando hubieran vencido y pudieran, por tanto, ejecutarse, entiendo que esta reforma jamás debiera haberse acometido por vía reglamentaria.

Ahora bien, por otro lado, dispone el precepto que se produzca la caducidad de la anotación al concluir el *plazo expresamente previsto en la resolución por la que se otorgue la subvención para el cumplimiento de las condiciones u obligaciones que en ella se impongan*. Parece obvio, por tanto, que era también intención del legislador asegurar a la Administración la devolución de las cantidades adelantadas para rehabilitar cuando no se produzca tal inversión dentro de los plazos marcados por la Administración y, como dije en líneas anteriores, tal cosa es completamente imposible, no porque el precepto reglamentario vulnere el artículo 92 LH, sino porque, en tal caso, el crédito no puede nunca ser refaccionario. El problema, a mi juicio, deriva del escaso conocimiento existente en torno a lo que sea un crédito refaccionario. Una equivocada concepción de esta institución ha llevado al legislador a intentar dotar de asegurar con eficacia real el cumplimiento de las condiciones impuestas por la Administración a los particulares, seguramente procurando eludir la necesidad de pactar e inscribir la condición resolutoria expresa en garantía de la obligación. Así, siendo indudable que la anotación preventiva del crédito refaccionario permite ejecutarlo con todas las ventajas de la hipoteca y que, para ello, no es preciso otorgar escritura pública, el legislador parece creer que, dado que el crédito se otorga con la condición de invertirlo en la rehabilitación de un edificio, el incumplimiento de tal condición implica la posibilidad de ejecutarlo con todas las ventajas de la hipoteca, también frente a terceros, sin caer en la cuenta de que sin inversión no hay refacción y que sin ser refaccionario el crédito no hay posibilidad alguna de constituir hipoteca al amparo del artículo 42-8.º LH.

Dispone, por último, el párrafo 4.º del artículo 155 *in fine* que puede pactarse la prórroga automática del asiento en el mismo título del que derive

(21) Es ilegal, en este sentido, la norma que, careciendo de rango de ley, se opone a una ley.

el crédito, de modo que, pasados los cuatro años previstos en el artículo 86 LH se prorrogue, automáticamente, por otros cuatro años. Este apartado fue, también, objeto de resolución en la citada sentencia del TS, de 24 de febrero de 2000, si bien, en este caso, el Tribunal declaró que este pacto no es contrario al artículo 86 LH ni, por tanto, nulo. Con independencia del valor que deba darse a una única resolución judicial y, máxime, habida cuenta de que cualquier precepto reglamentario puede dejar de aplicarse por el juez de instancia cuando considere éste que vulnera el principio de jerarquía normativa, sí comparto la opinión de que es conveniente abrir la posibilidad de este pacto. Sin embargo, su utilidad será mínima, pues no es fácil que una obra dure más de cuatro años y, en cualquier caso, el acreedor siempre puede pedir la prórroga del asiento por otros cuatro sin mayor inconveniente que el de hacerlo antes del cumplimiento del plazo.

La seguridad que, verdaderamente, está demandando esta materia, radica en evitar al titular de un crédito refaccionario anotado la desagradable sorpresa de que las obras hayan terminado sin su conocimiento y, en consecuencia, la posibilidad de que el acreedor se encuentre con que se ha cancelado la anotación por solicitud del deudor, con la consiguiente pérdida de la garantía hipotecaria. No parece muy difícil arbitrar medidas que lleven en la práctica a tal resultado. Así, bastaría que no se entendiera terminada la obra a efectos legales sino tras del otorgamiento de la correspondiente escritura de obra nueva (téngase en cuenta que ello depende sólo del deudor), exigiendo al efecto justificar al notario autorizante de la declaración de obra nueva terminada o del acta de terminación de obra (si se había declarado la obra nueva en construcción) la notificación fehaciente a todos los acreedores refaccionarios anotados o inscritos. Podría exigirse también la necesidad de inscribir los documentos descritos para cancelar registralmente la anotación con efectos frente a terceros de buena fe, adquirentes del crédito refaccionario, aumentando así la seguridad de todos los interesados.

Ahora bien, tal reforma debe acometerse tras un estudio profundo de la institución y por vía de ley, no de reglamento, siendo preferible que se abordara en una ley de carácter general, como el Código Civil o la Ley Hipotecaria. Es significativo que, versando en gran parte la reforma del artículo 155 RH de septiembre de 1998, sobre Propiedad Horizontal, se haya reformado en abril de 1999 la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, sin verificar en la misma ninguna referencia a la reforma del artículo 155 RH cuando, de haberlo hecho, no se hubiese producido problema de jerarquía alguno. También es significativo que, siendo el principal origen del crédito refaccionario el contrato de obra, se haya reformado esta materia sin tener en cuenta este hecho y sin hacer mención alguna de esta institución. La Ley de Ordenación de la Edificación, de 5 de noviembre de 1999, recoge en su artículo 20 y para garantizar los seguros previstos en el artículo 19 LOE, parecidas previsiones

a las que acabo de exponer, pues prohíbe la autorización e inscripción de las escrituras de declaración de obra nueva en las que no se acredite la contratación del seguro correspondiente. Lamentablemente, se ha perdido una oportunidad de oro para aumentar la seguridad del acreedor refaccionario y, con ella, la utilización práctica de esta institución.

M.^a DOLORES MEZQUITA GARCÍA-GRANERO
Profesora-Ayudante de la Universidad
Pública de Navarra
Abogado