

Los privilegios crediticios en la jurisprudencia civil

1. LA PREFERENCIA DE LOS CREDITOS

1.1. CRÉDITO Y PROPIEDAD: FORMACIÓN HISTÓRICA DEL SISTEMA CREDITICIO NAPOLEÓNICO

El sistema de la preferencia y prelación de créditos está ligado inseparablemente al problema de la naturaleza y fundamento de la propiedad, y por ello la regulación codificada de los privilegios tiene que situarse en el contexto de una revolución metodológica del derecho que hace de la propiedad y no del privilegio el eje o centro del sistema jurídico. La reforma del derecho patrimonial es una consecuencia inmediata de las aspiraciones a la libertad de comercio y la libertad de la propiedad que informan la revolución liberal.

En el Antiguo régimen los privilegios crediticios se otorgan en razón de las personas (identidad del acreedor), en razón de la causa del crédito (el porque se debe) y en razón de su origen (preferencia de los más antiguos, etc.). Así son privilegiados por razón de la persona los créditos en favor del fisco y de la esposa de dote prometida; y por razón de causa en ocasiones créditos señoriales como la pecha, la fonsadera, censos, etc., por razón de su origen se gradúa el rango de las hipotecas judiciales, voluntarias o tácitas, y también los créditos escriturarios y **quirográficos**, y finalmente se reconoce también el privilegio de los créditos por alimentos, gastos funerarios, acreedores del trabajo, etc. El crédito fundamenta y origina la responsabilidad no sólo de la persona sino también y principalmente de los bienes del deudor. Todos los bienes, no sólo los presentes y futuros sino también presentes y pasados, responden de los créditos privilegiados no meramente personales, que son frecuentemente generales o universales (se constituyen como hipoteca general tácita sobre el patrimonio del deudor) y que persiguen las cosas en su transmisión o afectación crediticia.

Un libro especialmente característico de los privilegios crediticios en el Antiguo Régimen es el de NONIO ACOSTA. Publicado en Ginebra en 1739, seguramente tiene afán polémico frente a calvinistas e iusnaturalistas (1). Distingue el siguiente rango de los privilegios: primero, *ex iure* divino (causa funeraria, redención de presos y cautivos, diezmos y primicias) (2); segundo, de utilidad pública (primaria: el fisco y dote prometida; secundaria, dote *causa religionis*; terciaria, restitución de la dote y *causa studii*); estos privilegios siguen todos los bienes del deudor aun en poder de terceros y aun tras su venta forzosa (la venta no les es oponible). Tercero, privilegios de utilidad privada que revierten a utilidad pública, gozan de preferencia frente a todos los demás y derecho de separación en el concurso pero no llegan a poder perseguir frente a terceros adquirentes los bienes del deudor; créditos por reparación de naves y edificios, *laboriis personalis*, *pupillum pro res empti ex pecunia sua*, el que prestó contratando expresamente una garantía, y el que prestó *ad emendam miliciam u officium*. Cuarto, privilegios de utilidad privada: hipotecas y prendas, que pueden ser expresas o convencionales, tácitas y legales (el pupilo sobre bienes del tutor, el hijo por su peculio adventicio, y por bienes reservables en caso de segundo matrimonio de la madre), y judicial (cauciones y embargos). Todas las hipotecas y sólo ellas se rigen por el principio de prioridad aunque se admite la preferencia de la hipoteca constituida en instrumento público (judicial o escrituraria) sobre las convencionales. Finalmente, el resto de los créditos se distribuyen a prorrata.

Se trata de un libro fundado en la tradición del derecho común que recoge en detalle la doctrina de glosadores y posglosadores en el comentario y desarrollo de los textos del Digesto (especialmente BARTOLO y ACCURSIO) y también recoge exhaustivamente la doctrina española de la época. Obsérvese que con su concepción de los privilegios crediticios la propiedad queda

(1) *De privilegiis creditorum*, 4.^a ed., Ginebra, 1739.

(2) Se asimilan también los diezmos y primicias para la sustentación del culto y clero, en especie y sólo en caso de necesidad y con el límite de la vida digna. Y en ello la Iglesia debe ser preferida a todos los acreedores aun el fisco (*vide* NONIO, *De privilegiis creditorum*, 4.^a ed., Ginebra, 1739, pág. 140 y sigs.). Los diezmos y primicias, una vez garantizada la sustentación del culto y clero, y con el mismo carácter preferente se deben emplear en pobres y necesitados.

El libro de NONIO, publicado en Ginebra, se escribe probablemente con afán polémico frente a los calvinistas, en los años que hacía furor la discusión entre católicos y protestantes sobre el derecho a cobrar intereses. NONIO es un lusitano afincado en Sevilla, y su libro denota una profunda formación escolástica. Se muestra progresista y ya no incorpora como parte de los privilegios de derecho divino los tributos e impuestos de derecho papal o episcopal, que sin embargo se desarrollan en detalle en los libros anteriores a la Guerra de Secesión (véase GIRONDA, *Tractatus de explicatione privilegiorum*, Matriti, 1617). El libro de NONIO responde a los principios del despotismo ilustrado y doctrina regalista.

afecta no sólo a los defectos de título de la cadena de transmitentes sino aun a los privilegios crediticios concebidos de derecho divino o de utilidad pública, que tienen la virtualidad de poder perseguir hasta cumplirse el plazo de prescripción las cosas del deudor aún en poder de terceros. El régimen de los privilegios se constituye en realidad como estatuto de la propiedad inmobiliaria, que queda afectada a la sustentación de culto y clero, al pago de las cargas públicas, y respeto a una estructura inmutable de la familia (crédito **dot**al). La inamovilidad de la propiedad hace de la misma un señorío, el propietario un gestor de algo público, y condenaba a la sociedad a la distinción tajante entre propietarios y no propietarios. Y a estos privilegios generales del derecho común habría que añadir los territoriales propios del señorío dividido (censos, **enfiteusis**), en favor de los señores territoriales o eclesiásticos del lugar.

Desde una perspectiva teórica podemos decir que en el Antiguo Régimen el sistema crediticio se funda en la tutela jurisdiccional de la propiedad, lo cual es la concepción jurídica del problema jurídico de los orígenes: la propiedad privada se define e identifica en su origen. A partir del origen se define la transmisión válida (tradición), como acto de renuncia formal (consentimiento), y (pública) toma de posesión del propietario. El origen y la tradición definen la propiedad desde un punto de vista jurídico privado, pero la propiedad es algo mucho más que una relación subjetiva de una persona con la cosa (definición liberal), la propiedad es sobre todo una situación estamental de pertenencia a la tierra de la persona, que define un régimen de derechos y obligaciones de carácter religioso, privado y público. La concepción subjetivista de la propiedad es propia de los tratadistas napoleónicos y pandectistas, la concepción romana y medieval identifica la propiedad con la tierra misma, y en ella la afectación de las cargas (religiosas, políticas y sociales, familiares y privadas) antecede en rango e importancia a la posición misma del propietario y a su poder individual de disposición. El propietario es sólo el detentador de una posición subjetiva de preeminencia y majestad, en el marco restringido de las facultades y competencias que el derecho reconoce a lo privado. En caso de conflicto es preferido el comprador anterior, pero esta preferencia está delimitada al conflicto entre adquirentes privados, pero sea cual sea el propietario preferido, el estatuto de la propiedad permanece inalterado, y este estatuto es definido por los privilegios crediticios expresos o tácitos. El poder de disposición del propietario transmite la propiedad, pero sólo transmite lo que el propietario tiene; por otra parte, como nadie da lo que no tiene, y sólo se da lo que se tiene, el comprador adquiere la cosa con todas las cargas (privilegios) que la afectaban en el patrimonio del transmitente. Las cargas reales manifiestas (servidumbres) o debidas en razón de persona o de causa (privilegios crediticios de derecho divino y de utilidad pública, censos,

enfiteusis, etc.) se transmiten con la cosa. La propiedad se define como relación estamental; sólo entre particulares los conflictos se resuelven preferentemente acudiendo al origen: el descubrimiento y determinación del origen, es el que clarifica el propietario (la preferencia en caso de doble venta) y el crédito privilegiado preferente en caso de conflicto de preferencias del mismo rango (*prior tempore*) (así STS de 8 de marzo de 1879: entre acreedores comunes de igual clase se prefiere el primero en el tiempo).

En el Antiguo Régimen la búsqueda de los orígenes, en el conflicto de preferencias o privilegios, es limitada. El propietario privado no puede pretender ascender hasta Adán, para determinar el mejor derecho de propiedad; los conflictos originales son propios de la teología, pero entre particulares el tiempo lava los pecados de las titulaciones; en realidad la investigación de los orígenes se limita porque los particulares no tienen acceso al origen, y por ello su titularidad es siempre derivativa y secundaria. Se afirma con reiteración que el origen si no es indeterminado es indeterminable (*probatio diabolica*), e inconfesable (expoliación violenta), pero sin embargo esa es una explicación propia de libros de derecho, en los tratados escolásticos late la concepción originaria de la propiedad como algo esencialmente religioso de la que las titularidades privadas son una mera consecuencia, y en esa noción estriba la razón de simplificación en la investigación de los orígenes (prescripción). En los libros de teología se asiste claramente a la identificación del pueblo con sus dioses, y la tierra como donación de los dioses a sus elegidos; Dios da la propiedad a los pueblos virtuosos y la retira a los pecadores. La propiedad es esencialmente un lugar de convivencia que hace posible la vida colectiva, y en el que el propietario privado detenta una posición de preeminencia esencialmente formal, potestad circunstancial y delegada, de la donación de Dios de la tierra a su pueblo; a esta perspectiva responde el régimen de los privilegios en el Antiguo Régimen que garantizan el cumplimiento de los fines sociales y públicos de la propiedad. Sin embargo una propiedad estamental que hace del propietario un servidor del monje, es posible que responda a grandes ideales de justicia, y a coherentes tratados de teología política, y a la defensa de huérfanos y viudas, pero es muy poco funcional en su aplicación práctica. No fomenta la iniciativa económica y el comercio sino más bien ahoga la creatividad e innovación tecnológica, resulta en el predominio social de una casta quizá santa, pero improductiva (los señores); la adoración pasiva de los dioses a la espera de la donación de la tierra sólo produce campos yermos y castas indolentes de señores corrompidos, leguleyos, funcionarios y burócratas. La consecuencia es la vinculación de la propiedad inmobiliaria, y también la inseguridad del crédito territorial (régimen señorial). El comprador y de igual modo el acreedor quedan vinculados a sufrir, a pagar, a responsabilizarse, de todas las cargas reales o crediticias de la

propiedad definidas en su origen. La nueva teología de la modernidad es que Dios ama al varón virtuoso y no al señor indolente, y que la tierra fructifica por el trabajo del hombre y no por la adoración pasiva de los dioses. Los liberales veían en el origen no la donación de Dios, sino el señor improductivo rodeado de beatas, querían sustituir los monasterios por carreteras y ferrocarriles; este fue el espíritu de la ilustración.

La propiedad definida por su origen condena el sistema jurídico a la inamovilidad del patrimonio inmobiliario, impide la formación de capitales necesarios para la revolución industrial, y dificulta el comercio mismo. Y es que el origen es algo misterioso, distante, oculto y secreto. En el Antiguo Régimen era repetida la afirmación de que las cosas se adquieren con sus causas, y el principio nadie da lo que no tiene se interpretaba como aceptación del adquirente con las mismas cargas que la cosa tenía en el patrimonio del **transmitente**. La propiedad se convierte en un régimen de afectación en responsabilidad de la cosa determinado por su origen. Así una venta anterior válida de cualquiera de los propietarios de la cadena de la tradición hacía irregular la titularidad del comprador y determinaba la preferencia del adquirente anterior; y también que cualquier acreedor privilegiado podía dirigirse contra todos los sucesivos subadquirentes en la cadena de la tradición de la cosa, porque en razón del privilegio la cosa quedaba afectada en responsabilidad. El origen era así una carga demasiado pesada para la propiedad. En la realidad, fomenta igualmente la concentración de la propiedad, pues el latifundio simplifica y facilita la administración social de lo colectivo, y por otra parte la complejidad del sistema crediticio convierte al mismo en una auténtica trampa para los nuevos advenedizos que no conocen los entresijos y las dificultades «tácitas» que esconde el sistema. El liberal imaginaba que el sistema indolente escuchaba sin embargo el rumor de las piedras y del viento, y escondido detrás de las celosías destruía a quien no le adoraba. No olvidemos tampoco que el matrimonio indisoluble unido a la inamovilidad de la propiedad era un instrumento de reducción progresiva del número de propietarios, y de control social de los pocos elegidos para tan selecta clase. Las grandes revoluciones del XIX son una llamada a lo colectivo (el pueblo) frente a lo estamental (lo oculto, lo secreto, lo complejo), lo público es una llamada a lo individual como originario (pacto social), y a lo publicado como originario; no se reconoce el origen sin publicidad o manifestación expresa. La redistribución de la propiedad (comunitaria o colectiva), desamortización, es el principio de la revolución. Se pretende hacer del origen no algo difuso, misterioso e incomprensible, sino algo individual, expreso y sencillo: la propiedad privada. Los liberales se imaginan intriga en lo más recóndito de sus tálamos nupciales, frente a ello oponen la garantía formal de la verdad manifestada públicamente: la revolución. Lo público es el espejo en el que el pueblo se reconoce.

La prescripción aparece en el derecho romano y en el derecho medieval como un paliativo al problema de los orígenes. Dado que el origen define al propietario y al crédito preferente, y la afectación preferente en responsabilidad, es necesario poner un término a la investigación de las causas (tradición), porque en derecho en cuestiones no sustanciales lo práctico debe prevalecer sobre lo fundamental. El derecho para ser funcional no se puede detener más que muy limitadamente en la investigación de los orígenes no sólo por su dificultad (*probatio diabolica*), y por la rapidez, sencillez y posibilidades de los procedimientos contenciosos, sino también —se dice comúnmente— porque la experiencia enseña que en el origen no suele haber una bucólica y paradisíaca recepción de la cosa por el varón virtuoso, sino un acto de expoliación y violencia. En el origen está la guerra, la revolución, y la apropiación de un territorio como experiencia colectiva. El derecho privado en definitiva necesita de una instancia legitimadora anterior al derecho mismo, y cierra los ojos a la injusticia de origen y desprecia lo que ignora. El propietario privado se limita a probar su titulación, como relación jurídico-privada y a discutir sus derechos frente a otros particulares, y conforme la titulación se aleja del presente la complejidad de las transmisiones (ventas y herencias), la multiplicidad de los créditos y privilegios, el cambio de las normas jurídicas y las dificultades de descripción e identificación de las cosas, hace imposibles las discusiones sobre los orígenes. La prescripción en definitiva es una limitación moral del derecho (que no se puede preguntar en cada caso concreto sobre los orígenes del sistema mismo, y quién va a pagar y cómo va a pagar los defectos originales). La Teología del Antiguo Régimen sin embargo refería la prescripción a la fundamentación religiosa del sistema en la que se encontraba el origen auténtico de las titularidades. Sin embargo, por mucho que en el Antiguo Régimen se admita la prescripción, la misma no va a otorgar seguridad suficiente al crédito; porque en el fondo la prescripción está al servicio de la conservación del régimen estamental y de los privilegios: en los largos plazos de prescripción llega a perderse la razón de identidad misma de los créditos y de la propiedad privada, y quizá esta es una razón de admisión de la prescripción más aún que la seguridad del crédito y de la venta. Por otra parte en el Antiguo Régimen la prescripción no fue un régimen universal de adquisición de la propiedad, sino limitada en razón de los bienes (patrimonio real y eclesiástico), de las familias (mayorazgos, etc.) y de las personas (fisco, incapaces, cautivos, etc.). La revolución pretende ser un nuevo hecho originario, hacer de lo público y lo real el fundamento del derecho, hacer de la prescripción un hecho universal y sencillo, el pasado olvidado que ya no se manifiesta, y de la escritura y la publicidad el único origen constatable que el derecho va a tener en cuenta. La revolución liberal es en definitiva una revolución en los orígenes que

pretende encontrar autenticidad en el derecho, librándole de su dependencia a un orden estamental de raíces teológicas.

Los humanistas parecen haber sido los que iniciaron la ruptura con la tradición. El derecho romano deja de ser considerado como una tradición jurídica de carácter universal (el sacro romano imperio), para ser considerado un derecho del pasado, aplicable con carácter supletorio en los territorios europeos. Se produce en realidad la distinción (ruptura quizá en ciertos casos) entre derecho romano y derecho nacional. En el tema que nos ocupa, el tratamiento de los textos romanos deja de considerarse un argumento de autoridad y se establece una cierta separación entre el texto y el autor, que en nombre de la ciencia permite renovar (o romper) con la tradición. Un punto, yo creo que de ruptura, es la afirmación de que un acreedor nunca puede dirigirse contra el comprador que tiene título de propiedad. El privilegio adquiere un carácter netamente concursal y personal frente al deudor; la tradición del derecho común consideraba que el interés de la República y la noción de que lo común se antepone a lo singular impone el carácter inmediato y real (anterior a la propiedad misma) de los privilegios de derecho divino o de utilidad pública; mientras que los humanistas empiezan a hacer de la propiedad privada el auténtico vértice del sistema, y del privilegio algo neta y estrictamente personal, la importancia de la escritura parece subrayarse también con los humanistas, y el valor de lo escriturario va a definir la realidad última de la organización política (las fuentes del derecho, el fin de la autoridad), como si la elevación moral de lo personal e individual fuese inseparable del valor reconocido a la palabra formalmente constatada. Los humanistas pasan a definir el privilegio en razón del concurso de los acreedores, y no de su inmediatidad sobre la propiedad. Pero... si la propiedad no la define la asunción de un sistema de cargas... ¿qué define la propiedad? Yo creo que los humanistas no se plantean así el problema porque la propiedad no es lo definido sino lo definitorio. Es en realidad algo formal que permite empezar de nuevo cada día (prescripción) olvidando el pasado y sus cargas. Los glosadores y posglosadores, así como el propio NONIO ACOSTA, están preocupados por el problema de los orígenes como definitorio del estatuto de la propiedad, porque en su origen está su legitimidad, pero los humanistas, con la secularización del derecho, hacen tabla rasa del problema de los orígenes. La búsqueda del significado trasciende a las preocupaciones de los juristas y podemos encontrarlo en la filosofía jurídica del idealismo alemán: el origen es formal y es la propiedad misma. Así, partiendo del presupuesto de que el acreedor nunca puede dirigirse contra el tercer comprador que tiene título de propiedad resulta sumamente interesante examinar el régimen de la prelación crediticia en GLUCK, que resume la tradición humanística, y la inserta en el **pandec-**

tismo (3). Su estructura del rango comprende: 1) las hipotecas legales generales preferentes: el fisco y la dote, cuyo rango no se determina por su origen temporal (4); 2) las demás hipotecas legales, de las que se va a discutir si son preferentes de segundo orden o tácitas (cuyo rango en el conflicto con las convencionales se va a determinar por su origen en el tiempo), propiedad es sinónimo de voluntad y me da la impresión de que los humanistas evolucionan hacia la consideración de las hipotecas legales como tácitas (su rango se determina por su origen temporal); 3) hipotecas convencionales privilegiadas, que son hipotecas especiales con derecho a separación aún frente a las hipotecas legales anteriores, así la hipoteca adquirida de un deudor anterior, el que presta dinero para adquirir una *militia* o una cosa sobre la cosa misma, la hipoteca legal del precio sobre la cosa vendida si permanece en poder del deudor, etc.; 4) hipotecas convencionales, cuyo rango depende del momento de su constitución, aunque las constituidas en escritura pública notarial o judicial son preferentes a las meramente privadas. En definitiva, si la cuestión de los orígenes era una preocupación efectiva sobre la justicia material del sistema jurídico mismo, los humanistas parecen recoger de modo creciente los principios de prioridad y especialidad, que son meramente formales, si bien en la determinación del nuevo origen formal de las titulaciones, se plantean delicadas cuestiones de conflicto entre lo legal, judicial y voluntario.

La Revolución francesa significa un intento de simplificación absoluto del régimen de los privilegios para la identificación y definición de la libertad de la propiedad. Y ello en base a unos principios básicos sobre los que se pretende fundar la seguridad del crédito territorial, indispensable para la formación y desarrollo de la sociedad capitalista. En primer lugar se afirma tajantemente la personalidad de las deudas, es decir, *a contrario sensu*, los bienes no responden de los créditos, sino sólo las personas. La enajenación válida es oponible al acreedor y se pretenden suprimir los privilegios generales y tácitos en razón de la causa y de la persona. El comprador no queda vinculado a los orígenes como afectación de la cosa a los créditos anteriores a la venta, el vendedor no se responsabiliza de los derechos que pesan sobre el patrimonio del vendedor. En segundo lugar, la supresión de todos los privilegios debidos por razón de las personas o de la causa. El privilegio sólo se reconoce en razón de la identidad del crédito mismo (veremos después lo que significa), es excepcional y legal; en tercer

(3) GLUCK: *Commentario alle Pandette*, Trad it., Milán, 1895, las citas corresponden al comentario al libro XX del Digesto.

(4) Se discute si se extiende el rango a los bienes adquiridos con posterioridad. La mayoría de los autores se muestra contrario a la extensión, pero DERNBURG argumenta que, si se adquirió a título oneroso, el rango del precio pagado revierte sobre la cosa comprada.

lugar, la inoponibilidad de los actos privados de enajenación (preferencia del documento público en la doble venta), o de constitución del crédito (art. 1.227 CC). La igualdad de los acreedores es residual, como también lo era en el Antiguo Régimen, porque en realidad se sustituye la prioridad de origen sobre el que los humanistas edificaron el derecho del concurso, por la prioridad del otorgamiento público (art. 1.924.4 CC). En el Antiguo Régimen la prioridad prevalecía también sobre la especialidad (D. 20,4,2), y así una prenda general anterior era preferente a una especial posterior aunque pueda cobrarse su cantidad de los restantes bienes; en el Código, al sustituirse el principio de prioridad por el de prioridad formal se establece como resolutorio el principio de especialidad, lo que permite organizar la publicidad registral. Por la preferencia de la escritura pública el rango se constituye también con cierta independencia del crédito mismo. Quizá podemos ensayar la afirmación de que en el Antiguo Régimen el crédito tiene una autenticidad propia, que puede ser distinta de su rango en el concurso, mientras que la Revolución francesa pretende fundar la autenticidad exclusivamente en la forma y la publicidad, dejando en todo caso los problemas de autenticidad del crédito y de su causa al juicio plenario.

El formalismo que el derecho liberal introduce en el régimen del crédito y de la responsabilidad, no es sino un trasunto de una legislación que con el mismo problema (los orígenes) la legislación eclesiástica había desarrollado y resuelto en los siglos anteriores en la regulación del matrimonio. El problema de los dobles matrimonios y de los matrimonios clandestinos sólo se había llegado a resolver con la publicidad y publicación de los matrimonios, y restringiendo la eficacia de los acuerdos privados de constitución del vínculo matrimonial o de entrega informal de los esposos. Los liberales en la constitución del crédito parten de la misma consideración: la carga oculta como vinculación, y resolver el problema de las dobles ventas (inoponibilidad de los contratos privados de venta), erradicación del crédito clandestino (art. 1.227 CC), eficacia superior del acto de enajenación (art. 1.473 CC, ante «testigo cualificado»). Aunque se mantenga que el «origen» de la transmisión de la propiedad se encuentra en la voluntad privada (contrato), dicha voluntad sólo es oponible en el concurso si ha tenido la previa bendición de una fehaciencia pública. Pero la propia experiencia de siglos de desarrollo del derecho matrimonial mostraba que la forma y la publicidad sólo pueden organizarse con la constitución de un registro, y por ello tanto el Registro de la Propiedad como el protocolo notarial son los dos grandes pilares desarrollados en la revolución liberal que hacen posible un sistema financiero moderno.

En realidad el régimen de los derechos reales de garantía aparece con especificidad respecto del régimen general de los privilegios en la revolución francesa, y por el nuevo sentido otorgado a la forma pública y a la

inscripción como fundamento del derecho patrimonial de las garantías. Tanto en el derecho romano como en el Antiguo Régimen el privilegio no se estudia como una institución autónoma de derecho concursal sino dentro del problema que plantea el rango de los créditos y por ello comprende también el régimen de los derechos reales de garantía. El Código de Napoleón introduce sin embargo la simplificación de pretender resolver el conflicto de los acreedores por mecanismos estrictamente formales, por ello frente a las largas y complejas disquisiciones de los tratados de los privilegios en el Antiguo Régimen, donde los tratadistas hacen gala de las más profundas sutilezas dogmáticas, la simplificación total de la temática en la codificación napoleónica (5). Los derechos reales de garantía, prenda e hipoteca, adquieren especificidad y son tratados en detalles, pero los privilegios reciben un tratamiento residual; e incluso BAUDRY-LACANTINERIE, que en otros temas desarrollan en detalle los fundamentos ideológicos de las innovaciones del código, apenas dedican espacio a la profunda reforma del régimen de los privilegios crediticios. La supresión de los llamados privilegios personales y causales de los créditos, así como la supresión de los privilegios «ocultos», es decir, no constituidos formalmente, que suponía tirar por la borda largos y enjundiosos tratados del AR, apenas merece comentario. Será sólo al comentar la hipoteca y sus fundamentos donde los tratadistas desarrollan los nuevos principios de la tutela del crédito y de la seguridad del tráfico y del comercio. Pero la inserción de la propiedad como nuevo sol del sistema patrimonial ha hecho perder la perspectiva tanto del significado del privilegio crediticio, como de las discusiones sobre los orígenes a la hora de determinar la preferencia crediticia.

DOMAT Y POTHIER, precursores doctrinales del Código de Napoleón, realizaron una crítica tajante y radical contra el sistema de privilegios crediticios del Antiguo Régimen. «De todos los privilegios, aún los más pequeños, dan preferencia contra los acreedores **quirográficos**, hipotecarios y demás» (6). En pleno proceso revolucionario, una ley de Messidor del año 3, suprimió todos los privilegios crediticios y organizó el sistema de publicidad de las hipotecas. Sin embargo, esta simplificación radical asustó a los propios revolucionarios; GRENIER, en su ponencia ante el tribunado, afirmó que este nuevo sistema traería la ruina de las fortunas familiares, se hacía necesario incorporar los antiguos privilegios e hipotecas judiciales y tácitas al sistema

(5) El formalismo en la constitución y definición de las garantías reales: la posesión es la prenda y la inscripción la hipoteca, es coherente a su consideración como un acto de disposición, y se suele atribuir al iusnaturalista GROCIO (WOLF, *Derecho de cosas*, III, vol. 2, 3.^a ed., Barcelona, 1971, pág. 180); WINDSHEID, vol. 1, parágrafo 131; BISCARDI, // *dogma de la collisione alla luce del diritto romano*, 1935.

(6) DOMAT, *Lois civiles*, III, párrafo 3; POTHIER, *Traite de procedure civile*, X, pág. 292.

de publicidad hipotecaria y especial de las garantías reales. Una ley de 11 de Brumario estableció un sistema de hipotecas legales, cuyo rango se constituía por la inscripción registral, en favor del Estado y de la mujer casada, y también las hipotecas judiciales, constituidas por inscripción registral previo mandato judicial, para garantizar el procedimiento ejecutivo y las cauciones legales (7). Este es el sistema que recoge el Código de Napoleón, que pretende erradicar las hipotecas tácitas y los privilegios y cargas ocultas. Veremos después que, sin embargo, la práctica cotidiana mostró que era necesario establecer un sistema de aseguramiento tácito de los tributos de repartimiento durante un proceso de exacción voluntaria. Se creó así, por ley de 12 de noviembre de 1808, una hipoteca tácita en favor del Tesoro Público que estudiaremos detenidamente después.

La revolución última la pretende hacer la administración prusiana con la organización del catastro. Y es que lo que se inicia como un sistema de simplificación de la prueba (preferencia del título público de adquisición inoponibilidad de los créditos privados), se transforma en una ruptura radical con los orígenes que pretende incorporar la propiedad a un libro. Para los prusianos la búsqueda del origen para la determinación del propietario preferente ya no son la cadena de tradición definida por la publicidad (inoponibilidad del documento privado) y limitada por el tiempo (prescripción), sino la cadena de tradición como renuncia abstracta del titular registral. La transmisión de la propiedad no se funda en el contrato como voluntad concorde, sino en la propia voluntad abstracta de transmitir del propietario tabular con independencia de su causa. El idealismo alemán introduce en el derecho el origen de la propiedad en la inscripción registral. Los orígenes son un libro que el Estado crea y garantiza: el Registro de la Propiedad. Es la inscripción en el Registro como expresión de la realidad formal del Estado, y como acto formal y abstracto de renuncia del propietario (no contractual) el que transmite la propiedad inmobiliaria. El derecho prusiano parece haber llevado hasta sus últimas consecuencias la identidad formal de las garantías. Se asimila en primer lugar tradición germánica y formalismo, culpando a la recepción del derecho romano en Alemania de la generalización de las hipotecas generales y tácitas; y en segundo lugar, se conciben las garantías reales, ya no como un privilegio (rango crediticio preferente en un orden concursal) sino como un acto de disposición de la cosa que otorga al acreedor el derecho de ejecución (lo que GIERKE llama una deuda real (8) y abstracta, fundada en la voluntad formal del titular

(7) SAGNAC, *La législation civile de la révolution française*, París, 1898, págs. 204 y sigs.; CASANAVEITZ, *Le régime foncier et hypothécaire établi par les lois de 9 de Messidor año II, et 11 de Brumaire del año VII*, Tolouse, 1898.

(8) WOLF, cit., III, vol. 2, 3.^a ed., Barcelona; 1971, pág. 180.

inscrito en el Registro). El Estado prusiano y la revolución pandectística llevan hasta sus últimas consecuencias los principios revolucionarios franceses en el intento de resolución del problema de los orígenes; la propiedad no la definen los particulares en sus relaciones patrimoniales (tradición posesoria) sino el Estado que antecede toda contratación por medio de la majestad de un libro abierto a todos los particulares. La propiedad no se funda en la voluntad consensual sino en el otorgamiento formal escriturario e inscripción registral. El libro sustituye a la cadena privada de transmisiones (tradición) en la definición del origen jurídico de la propiedad. El libro permite hacer posible la identidad entre el Estado, la propiedad y el ciudadano. Los prusianos veían el Registro de la Propiedad como el nuevo libro que el hombre se daba a sí mismo como fruto de su racionalidad madura, tras siglos de oscurantismo y magia y egoísmo particularista del derecho. El Registro de la Propiedad y el protocolo notarial suponían la auténtica encarnación del Estado en la palabra y en la propiedad, y pretendían llegar a significar respecto de las cosas lo mismo que el dinero fiduciario respecto del crédito. El carácter abstracto de la transmisión de la propiedad (contrato real, abstracto, traslativo) está al servicio de la realidad formal de la propiedad que se otorga por el Estado a través de la inscripción. En el sistema napoleónico nunca se llega a perder la noción de identidad privada de la propiedad, en el sistema germánico la propiedad tiene un tinte primordialmente público y colectivo, una noción redistribuidora. El Estado aparece como un régimen de otorgamiento y tutela de la propiedad, abierta sin embargo a toda la colectividad en función del carácter público del Registro.

1.2. LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA CREDITICIO EN EL CÓDIGO CIVIL

Una obsesión perseguía a los autores liberales que construyeron el sistema crediticio del Código Civil: la erradicación de las cargas ocultas. Pero... ¿Qué es una carga oculta? En la doctrina española de la época no hay un desarrollo sistemático del concepto de carga oculta, bajo este concepto genérico se pretende la seguridad del comprador y del acreedor (frente al propietario y al sistema de privilegios crediticios del antiguo régimen). En primer lugar, ¿qué significa la tutela del comprador sobre el propietario? Dicha tutela se consigue por la inoponibilidad de los actos privados de venta (art. 1.473 CC), y por la inoponibilidad de los créditos personales del vendedor sobre la cosa. La venta libera a la propiedad de las cargas crediticias o personales directas sobre la cosa que no estén inscritas o sean manifiestas. La venta libera a la cosa de las cargas a las que estaba afectada la propiedad en razón de sus orígenes. La jurisprudencia muestra cómo la evolución de la figura pone el acento en la publicidad de la posesión por

encima de la escritura pública, tanto en lo que se refiere a la doble venta, como en la eficacia de la *traditio* instrumental, y desde luego en las ventas mobiliarias: la posesión como garantía de realidad de la titulación. En el Régimen español codificado en segundo lugar, la erradicación de las cargas ocultas preside también el sistema de los privilegios, cuya finalidad es otorgar seguridad preferente al crédito territorial por medio de la hipoteca: rango privilegiado frente a todos, por ser público y a cuyo servicio se organiza el Registro de la Propiedad. Otorgar seguridad al proceso de ejecución crediticia y a las ventas judiciales por la anotación preventiva (art. 1.923.3 y 4 CC).

Estos dos simples principios: la seguridad del adquirente y la seguridad del crédito hipotecario, son tutelados no sólo por la inscripción registral (a su servicio se crea el Registro de la Propiedad), sino también por el régimen de la preferencia de la afección singular (arts. 1.926 y 1.927 CC). Rompiendo con el régimen histórico de los privilegios, se suprimen las hipotecas generales tácitas en razón de las personas o de las causas del crédito. El sistema crediticio deja de preguntarse por las causas, y quedan sólo dos hipotecas generales en favor del Estado y de los aseguradores (art. 1.923 CC), esta última testimonial, pues yo no he encontrado desde la publicación del Código Civil ninguna sentencia referida a este tipo de privilegio (los aseguradores prefieren la resolución del seguro antes de dejar transcurrir dos años sin cobrar las cuotas).

La afección singular mobiliaria es también preferente mediante la posesión. La posesión se configura como un régimen de publicación de la titularidad mobiliaria, cuya eficacia radica en el tratamiento jurisprudencial moderno, para hacer efectivo el crédito mobiliario y la seguridad del acreedor, responde a los mismos principios que el registro para la propiedad inmobiliaria.

La afección singular se hace efectiva también en la refacción como causa del privilegio que se constituye en rango inferior de afección singular si no está inscrita. La refacción carece de conceptualización dogmática, pero está claro que la doctrina liberal cuando suprime los privilegios personales y admite sólo aquel privilegio que sea condición del crédito, su sentido es privilegiar aquel crédito cuyo valor ha quedado incorporado en una cosa concreta. En razón de su certeza y de la determinación de su origen inmediato, el privilegio refaccionario se funda en una razón de justicia distributiva. Y a esta filosofía responde el artículo 1.922 CC, que viene a definir la refacción, y que debe complementarse con el propio principio de reciprocidad del artículo 1.124 CC y el régimen de la compensación. La afección singular por refacción produce efectos sólo interpartes, y mientras el bien refaccionado se encuentra en el patrimonio del deudor; por otra parte sólo es oponible a terceros si la refacción puede probarse de modo fehaciente,

pues de lo contrario en virtud de la inoponibilidad de lo privado en el concurso (art. 1.227 CC), la refacción mobiliaria o inmobiliaria, no será oponible.

La preferencia de la afección singular hace de la afección general una afección residual tanto en el concurso como en la ejecución, pues en el concurso el crédito privilegiado con afección singular goza de derecho de abstención. La afección general se compone a su vez de dos grados: el primero excepcional y residual, de interpretación muy restrictiva por el Tribunal Supremo (art. 1.924.1 CC), es el principio general de los créditos tributarios; y el segundo cuyo signo y eficacia es ser efectivo durante la administración del concurso o intervención del patrimonio del deudor, y que se refiere a los gastos del propio concurso (art. 1.924.2.A CC) y a los débitos por oficio de piedad al concursado o sus dependientes.

La auténtica graduación de la afección general es el tercer orden de prioridad general: el principio de la prioridad en el tiempo. Preferencia de los créditos escriturarios por razón de su fecha (art. 1.924 CC), y la inoponibilidad de aquellos créditos cuya fecha no sea cierta (art. 1.227 CC). Es decir, en el concurso los créditos son habitualmente desiguales, porque el reconocimiento público de un crédito es inseparable del otorgamiento de un rango al mismo, y el principio de igualdad es residual y dentro del propio concurso.

Tanto en el derecho romano como en todo el Antiguo Régimen los créditos comunes se gradúan por su origen, es decir, que dentro de la misma clase son preferidos los más antiguos, principio que se afirma en España jurisprudencialmente aún hasta la codificación misma (así STS de 8 de marzo de 1879). En el derecho moderno la ruptura con el origen privado y causal del crédito simplifica el concurso, puesto que todos los créditos comunes son iguales cualquiera que sea su origen y causa.

Así pues, el sistema crediticio instaurado por el código es de una extrema sencillez y se puede resumir en dos principios fundamentales; el primero la preferencia de la afección singular, en la que se reconocen dos causas: la inscripción y la refacción, y el segundo la subsidiariedad de la afección general, que se funda en el principio de prioridad escrituraria, salvo la salvaguardia durante la administración del concurso de las obligaciones debidas por oficio de piedad o los gastos de administración del concurso (y veremos también la incidencia de diversas leyes especiales en el régimen de los privilegios). A mi parecer la alambicada redacción del Código Civil se debe a que sus autores básicamente copiaron los principios de los códigos civiles de la época, sin entender los principios ideológicos y económicos a los que respondía el sistema crediticio.

No se nos oculta que después de la publicación del Código Civil, el sistema de los privilegios se ha complicado notoriamente con la aparición

de nuevas categorías que muchas veces no se ajustan a los patrones esquemáticos del Código Civil. En particular los privilegios laborales (específicamente salariales) y los privilegios administrativos (especialmente tributarios). Parece indudable que los problemas de coordinación de las distintas ramas del derecho trascienden directamente al tema de los privilegios, pero vamos a examinar cómo la jurisprudencia civil ha realizado una meritoria labor de coordinación y adaptación, y manteniendo la estructura básica creada por el Código Civil, fundada en la tutela jurisdiccional de la propiedad, ha insertado los nuevos órdenes normativos privilegiados en el tronco del derecho común civil.

1.3. SIGNIFICADO DEL REGISTRO EN LA EJECUCIÓN. EL VALOR DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA

Hemos visto cómo la tutela jurisdiccional de la propiedad es el fundamento del sistema crediticio liberal. Una transmisión válida (normalmente venta) es oponible al acreedor aunque sea privilegiado. Porque el bien sale del patrimonio del deudor y por ello no responde de sus deudas (art. 1.911 CC). La preferencia del comprador (adquirente) sobre el acreedor es el eje del sistema crediticio; dicha preferencia sólo se suspende por la anotación preventiva, que reserva el rango del crédito al derecho publicado por la anotación (principalmente el aseguramiento del resultado del juicio ejecutivo). Respecto de los muebles la inoponibilidad la ejerce el embargo mismo.

En toda ejecución crediticia como las sentencias de remate no producen el efecto de cosa juzgada, resulta que el juicio sobre la propiedad y el juicio sobre el rango quedan reservados al juicio plenario; la universalidad de los créditos y la propiedad están presentes en toda ejecución (concursal o particular). El patrimonio es el paraíso prometido al ejecutante que se encuentra perplejo ante un evento (bienes presentes y futuros..., pero... ¿hay bienes?). La tenencia y titularidad de bienes concretos es o puede ser desconocida al acreedor a no ser que sean manifiestos o estén inscritos, por ello la entidad económica del patrimonio del deudor es aleatoria, pero además está cambiando continuamente durante la vigencia del crédito, y aun si se trata de un crédito general, la eventualidad del cobro se agrava por la preferencia de la afección singular, lo que da un carácter residual a los créditos ordinarios. Por ello la noción real de patrimonio sólo se puede comprender refiriéndola a un momento determinado en el tiempo. Y así llegamos a la clave definitoria de toda ejecución, y es que la anotación preventiva (o el embargo de muebles) define el patrimonio del deudor a un momento determinado como unidad efectiva de responsabilidad. Es al

momento de la primera anotación preventiva a la que habrá necesariamente que referirse para fijar el rango de un crédito en la universalidad de los créditos (concurso) o ante otros créditos singulares (tercería de mejor derecho). Así la noción de concurso, y la oponibilidad misma del rango de todo crédito, y aun oponibilidad de los actos de enajenación y gravamen del deudor, es sólo concebible referida a un momento concreto que no es otro que el de la anotación preventiva. El Registro define así la identidad real del patrimonio en el tiempo, y permite construir un sistema registral que consagra la preferencia de la jurisdicción civil ante la variedad y rango de los créditos y las jurisdicciones (civiles, laborales y contenciosas) que concurren en la afectación de los bienes. Sólo el rango registral resuelve a la postre los delicados problemas de pluralidad de jurisdicciones, pluralidad de embargos en distintos juzgados competentes, complejidad de graduación de los créditos, aleatoriedad del patrimonio e indeterminación de los bienes afectos al pago de deudas concretas.

Cabe discutir si la anotación preventiva otorga o no rango al crédito. Yo creo que debe otorgarlo porque es la única vía de dar coherencia y simplificar el desorden y el caos de todo el régimen crediticio de los privilegios, dando seguridad al concurso y a la ejecución concursal, en relación con la noción del Registro como sistema de inoponibilidad de títulos, pero aunque la jurisprudencia configure el valor de la anotación como algo puramente defensivo, es lo cierto que se convierte en el auténtico eje alrededor del cual gira la ejecución, como exigencia de referencia de la noción de patrimonio y de la afectación de los bienes en responsabilidad a un momento determinado. La anotación preventiva hace nacer el patrimonio a la realidad y permite la afección de bienes concretos en responsabilidad, y determinar su oponibilidad respecto de otros créditos o frente a los actos de disposición del titular. Desde la anotación se inicia además un período de sospecha respecto de los actos de disposición del deudor posteriores al embargo (art. 1.292.2 CC), y aun de anteriores en el período sospechoso (retracción de la quiebra, doctrina de la simulación y causa ilícita).

Por ejemplo, en la STS de 20 de septiembre de 1988 (6844), despachada una ejecución laboral y otorgada escritura pública de venta, se declaran vigentes los créditos de la Hacienda Pública por ser anteriores al embargo laboral y estar anotados preventivamente en el Registro. La falta de anotación preventiva hubiese convertido en ocultos dichos créditos, salvo el privilegio general tácito, y no hubiese permitido su oponibilidad al adquirente en subasta judicial; sin embargo la anotación preventiva le reservó un rango de preferencia, que refirió el patrimonio del deudor a dicho momento y que permitió constatar la preferencia del crédito ejecutante de la Hacienda Pública. Lo mismo sucede en el apremio tributario y administrativo. La

preferencia en el embargo implica la preeminencia en la competencia (Sala de conflictos, S. 9 de julio de 1986) y la venta en procedimiento puramente administrativo transmite válidamente la propiedad, por lo que sólo reservando derechos de rango anteriores y mediante su anotación registral, será posible hacerlos valer por la oportuna tercería civil o en procedimiento autónomo de ejecución.

1.4. PRIVILEGIOS CIVILES Y PRIVILEGIOS MERCANTILES

El Código de Comercio tiene vocación de regulación general del régimen de los privilegios, y algún autor ha mantenido el carácter preferente del régimen mercantil en el concurso y en la quiebra (9). Sin embargo, es lo cierto que las normas civiles y mercantiles en ningún modo se encuentran contrapuestas y tanto la doctrina como la jurisprudencia los tratan habitualmente como regímenes complementarios. La primera jurisprudencia se esforzó en aclarar que el Código Civil no derogó el régimen del Código de Comercio sobre los privilegios (STS 28 de abril de 1930). Posteriormente se afirma que el orden de la quiebra no tiene por qué aplicarse a la suspensión de pagos (STS 27 de octubre de 1992, 8586), cuando en realidad el régimen mercantil en ningún modo se contrapone al régimen civil, y por ello puede interpretarse como una normativa complementaria. El Código Civil parece desarrollar el régimen general de los privilegios, mientras que el Código de Comercio regula con carácter particular algunos aspectos de las obligaciones mercantiles, y como veremos parece incidir especialmente en el régimen de la refacción. El que el régimen del Código de Comercio se regule con ocasión de la quiebra, da una impronta característica a los artículos 913 y siguientes del Código Civil, pues regula la materia desde la perspectiva traumática de la insolvencia del empresario, mientras que el Código Civil regula la materia, sin que deba referirse necesariamente a una situación de insolvencia o concurso, sino como identidad del rango de los créditos, y su fundamento.

(9) RIVES Y MARTI, *Teoría y práctica del concurso de acreedores y de la quiebra*, 3.^a ed., II, Madrid, 1954, págs. 619 y sigs.; RAMÍREZ, *La quiebra*, Barcelona, 1959, pág. 882.

2. PRIVILEGIOS ESPECIALES

2.1. LOS SUPERPRIVILEGIOS

2.1.1. *El superprivilegio de la Hacienda Pública*

2.1.1.1. Antecedentes y fundamento

En el Antiguo Régimen la hipoteca fiscal es general y tácita sobre todos los bienes del contribuyente y sólo se detiene ante los vendidos realmente con anterioridad al nacimiento del débito fiscal (10). El fisco tiene derecho a perseguir las cosas enajenadas por el deudor de tributos **aun** en poder de terceros y hasta el término de la prescripción centenaria, pues las obligaciones tributarias son naturalmente imprescriptibles (11).

Como hemos visto, el Código de Napoleón, en relación con las doctrinas revolucionarias sobre la libertad de la propiedad e igualdad de los acreedores, transformó el sistema de hipotecas generales en favor del Estado, en hipotecas legales expresas y especiales previa inscripción. Reconociéndose sólo posteriormente, en la ley de 1808, una hipoteca tácita en favor del Estado por la última anualidad vencida de los impuestos de repartimiento sobre inmuebles. Esta hipoteca tácita, contraria a las reglas de especialidad de las garantías y excepcionalidad de los privilegios, tiene en su origen un doble fundamento: en primer lugar un fundamento refaccionario, a semejanza del privilegio que se reconocía en las leyes civiles al arrendador y dueño directo en el censo, y en la enfiteusis sobre los frutos y muebles de la finca arrendada o cedida; y en segundo lugar, y principalmente, la hipoteca ... en favor del Estado se funda en el carácter personal del procedimiento tributario, que podría fácilmente defraudarse con la constitución de hipotecas voluntarias o enajenaciones a terceros durante el período de exacción tributaria. Así, la doctrina literal entiende que una cierta y limitada preferencia de la hacienda pública se hace necesaria para la coherencia del sistema tributario, ante las insuficiencias y posibilidades defraudatorias que ofrecía la exigencia de hipotecas legales expresas para obtener privilegios tributarios.

En España la supresión de las hipotecas generales tácitas en favor de la hacienda pública, y la instauración del sistema de preferencias legales expresas, se produce en la Ley Hipotecaria de 1861, precedida por el famoso Real Decreto de 8 de agosto de 1855, que declaró las hipotecas ocultas «condenadas por la ciencia y la razón». Sin embargo, la Ley de Adminis-

(10) PEREGRINO: *De iuribus et privilegiis fisci*, en especial págs. 106 y sigs.

(11) Cit., pág. 727. También GARCÍA DE GIRONDA: *Tractatus de explicatione privilegiorum*, 1617.

tración y Contabilidad de 1870 volvió a establecer una hipoteca general y tácita por todos los tributos, aunque limitada a una anualidad vencida.

2.1.1.2. La distinción entre privilegio especial y general en el Código y las leyes tributarias, y su interpretación jurisprudencial

El Código Civil, como es sabido, establece en favor de la Hacienda Pública dos privilegios de distinta naturaleza y alcance: en el artículo 1.923.1 CC en favor del Estado una hipoteca especial y tácita, por la anualidad vencida pero sólo por los impuestos que graven los bienes inmuebles de los contribuyentes. Recuérdese que a lo largo del siglo XIX, el gravamen de inmuebles se pretendió configurar como el impuesto central de repartimiento sobre la propiedad, que tenía carácter real. Este superprivilegio se configura sin embargo como privilegio especial y no como privilegio general (art. 1.927.1 CC). Por otra parte, los tributos municipales y provinciales se consideran por el Código como tributos personales, y por ello se les atribuía un privilegio general (art. 1.924.1 CC), también por el cobro de una anualidad corriente, y como preferentes de primer grado entre los privilegios generales (art. 1.929.1 CC), excluyendo todos los demás privilegios generales pero pospuestos a los privilegios especiales.

Desde luego, ya en el momento de su promulgación el Código estaba desfasado y había entrado en crisis la universalidad de la contribución de inmuebles, pero la distinción entre privilegio especial y privilegio general ha permanecido en la jurisprudencia porque responde a un aspecto profundo de la posibilidad de ejercer la acción tributaria frente a terceros. En efecto, el comprador de un bien inmueble es lógico que responda (hipoteca tácita) sobre las contribuciones territoriales u otros tributos similares que gravan directamente el bien adquirido, durante el período ordinario de exacción tributaria voluntaria (anualidad corriente y vencida), pues hay un mínimo deber de diligencia y comprobación de la titulación pública referente a un inmueble. Es decir, que el adquirente de un inmueble tiene obligación de comprobar las cargas fiscales inmediatas que afectan al mismo, y por ello la ley le impone una especie de fianza legal sobre las mismas. Pero el comprador o adquirente no es lógico que responda de los impuestos que gravan con carácter general el patrimonio de su vendedor o transmitente, pues frente a ellos, el comprador o adquirente está protegido por la reciprocidad causal de la adquisición, en la que se supone (salvo fraude o simulación), que el precio sustituye a la cosa en el patrimonio del deudor tributario; y por ello sus adquisiciones quedan liberadas de las cargas que afectaban a la cosa en el patrimonio de su transmitente. Recordemos que en

el Código los privilegios generales se configuran como privilegios personales que sólo se pueden ejercitar contra el patrimonio del deudor y no frente a terceros, y que sólo tienen carácter real los privilegios especiales y mediante la inscripción. El superprivilegio por razones procedimentales está dispensado en el período del superprivilegio de la inscripción, pero siempre presupuesta su especialidad (impuestos que graven inmuebles en concreto, y sobre los mismos bienes gravados), y sólo por su especialidad se pueden hacer efectivos frente a terceros.

Así toda la legislación tributaria posterior y jurisprudencia está centrada en esta distinción fundamental: el superprivilegio es un privilegio especial que grava bienes concretos por tributos que afectan directamente a dichos bienes, y ello sin perjuicio del privilegio general sobre todos los bienes del deudor y por toda clase de tributos y que la jurisprudencia tiende a restringir y a tratar como privilegio escriturario (12).

La jurisprudencia inmediatamente posterior al Código declara que el Código Civil no derogó el privilegio general que con carácter anual establecía para todos los tributos la Ley de Contabilidad de 1870 (SSTS 3 de febrero de 1894, 7 de diciembre de 1898, 27 de febrero de 1930). Con lo que en realidad deja de tener sentido la distinción básica recogida en el Código entre privilegios estatales (art. 1.923 CC) o municipales (art. 1.924 CC), y se convierte en distinción básica la de privilegios tributarios especiales y generales, pues sólo los especiales se podían hacer efectivos frente a los terceros adquirentes como hipotecas tácitas.

Con posterioridad al Código Civil, multitud de leyes especiales tributarias establecen privilegios tributarios en favor de la Hacienda Pública (13) e igualmente la legislación sobre contabilidad pública y presupuestaria, así como la legislación hipotecaria regulan en detalle el privilegio tributario. Sus principios pueden resumirse así:

El privilegio especial no se limita a los impuestos de carácter estatal (el Código estaba pensando en el impuesto de repartimiento), sino que se extiende también a los tributos municipales y provinciales, y regionales, siempre que se refiera a inmuebles o derechos inscribibles, y se trate de un gravamen periódico (arts. 73 y 74 LGT, art. 194 LH, art. 12 LACHP, art. 40 RGR). Lo que comprende efectivamente es

(12) Sobre el carácter restrictivo del tratamiento jurisprudencial de los privilegios de la Hacienda Pública: RODRÍGUEZ BEREJO: *Comentarios a las leyes financieras y tributarias*, Madrid, 1982, pág. 634.

(13) Véase el primer fundamento de derecho en la STS de 3 de mayo de 1988 (3874) un elenco detallado de normas tributarias que establecen privilegios tributarios. También en MOLINA GARCÍA: *El privilegio de los créditos del Estado*, Madrid, 1979, págs. 135 y sigs., 185 y sigs.; SERRERA CONTRERAS: «Prelación general de los créditos tributarios», en *Estudios de derecho tributario*, II, págs. 917 y sigs.

discutido (14), sin duda la contribución territorial (SSTS 26 de febrero de 1980, 3 de mayo de 1988, 3874); impuesto municipal de solares, e impuesto de transmisiones (STS de 15 de junio de 1974), y más dudoso el impuesto de plusvalía, cuya periodicidad es dudosa y a lo sumo podría calificarse de cíclica y no anual. Declarando la jurisprudencia que es indispensable probar que los créditos que la misma garantiza corresponden a una determinada finca (SSTS 31 de diciembre de 1982, 7987; y 3 de mayo de 1988, 3874), y se exige también la liquidez de la deuda (SSTS 27 de febrero de 1930, 2 de mayo de 1963, 2460), y que la administración detalle la causa del crédito y en particular el año de devengo (STS 16 de febrero de 1976, 676). El privilegio especial no se extiende al impuesto industrial (STS de 12 de noviembre de 1960, 3473), de sociedades (STS 31 de diciembre de 1982, 7987), ni a tráfico de empresas, personas físicas o impuesto de sociedades (STS 14 de noviembre de 1992, 9404).

Constituye una carga pública que de modo directo o inmediato recae sobre el inmueble sujeto al acto imponible se haya o no dispuesto del bien con anterioridad (SSTS 29 de noviembre de 1962, 26 de febrero de 1980, 534). En principio, pues el privilegio especial es preferente a todos los créditos aún anteriores en el tiempo y aún privilegiados, pero no a los actos de disposición anteriores a la fecha de devengo del impuesto que son oponibles a la Hacienda Pública siempre que conste su realidad (SSTS 29 de noviembre de 1962, 4749; 23 de diciembre de 1983, 6998), y ello aunque la finca continúe inscrita en el Registro a favor del embargado (STS 29 de noviembre de 1962, 4749). Excepcionalmente por su carácter real, la STS de 21 de diciembre de 1979 (4448) declara también oponible y preferente una hipoteca inscrita con anterioridad al devengo del impuesto (15).

Plantea algún problema el cómputo del plazo. La anualidad corriente es aquella en que se ejercita la acción administrativa de cobro y la inmediatamente anterior (SSTS 15 de junio de 1974, 2639; 17 de marzo de 1978, 1052), pues una cosa es el vencimiento del impuesto y otra el período impositivo, aunque para computar la preferencia de actos dispositivos anteriores se toma en cuenta la fecha de devengo del impuesto (STS 31 de enero de 1974, 1351) (16).

(14) Véase en detalle qué impuestos comprende en MARTÍNEZ LAFUENTE: *Derecho tributario*, Madrid, 1985; MARTÍN TIMÓN: *Concurrencia de embargos, tercerías y procesos de ejecución general con intervención de la Hacienda Pública*, Madrid, 1978, pág. 178.

(15) Véase con anterioridad al Código en el mismo sentido, SSTS 26 de marzo de 1878, 24 de junio de 1885.

(16) Sobre el apremio tributario y su anotación en el Registro puede verse CHICO ORTIZ, II, pág. 1096.

2.1.2. *El superprivilegio de los aseguradores*

El superprivilegio de los aseguradores ni tiene tradición histórica, ni es necesario, ni tiene aplicación práctica. Yo no he encontrado sentencia alguna referida al mismo desde la promulgación del Código Civil.

Parece haber surgido en la legislación hipotecaria de 1861/69, para fomentar el aseguramiento contra incendios que entonces se consideraba de interés público (17). En la actualidad parece claro que los aseguradores prefieren resolver el contrato de seguro en caso de impago de las cuotas, que el exigir judicialmente el privilegio.

2.1.3. *El superprivilegio del crédito salarial*

«Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo, y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda e hipoteca.» El superprivilegio es una innovación del ET de 1980, pues la legislación laboral anterior había estructurado el privilegio laboral como refaccionario. La STS de 25 de septiembre de 1985 llama a este superprivilegio un privilegio absoluto, anterior a la hipoteca tácita en favor del Estado y los aseguradores. La jurisprudencia reconoce también su preferencia sobre cualquier género de crédito tributario (SSTS de 22 de septiembre de 1987, y 11 de noviembre de 1987); la STS de 27 de octubre de 1983 aplica el privilegio con carácter retroactivo, y estima en una ejecución hipotecaria que el precio de remate se aplica directamente al pago de los salarios de los últimos treinta días sin exigir siquiera una tercería de mejor derecho (18). Recogiendo el sentir unánime de la doctrina concluye también que el superprivilegio es de rango superior a cualquier otro incluso a las hipotecas tácitas en favor del Estado y de los aseguradores.

(17) GULLÓN, pág. 2072. También se regula en el Código de Comercio desde la perspectiva del seguro de incendios (art. 913.12 y 13, y art. 403). La doctrina es unánime en destacar su falta de fundamento y su escasa aplicación práctica.

(18) Véase comentarios de ANGEL YÁGUEZ y ZORRILLA RUIZ, en *ADC*, abril-junio 1984, págs. 513 y sigs.; y otro comentario a la misma sentencia de Ríos SALMERÓN: «La preferencia por salarios y el procedimiento judicial sumario del art. 131 LH», en *Relaciones laborales*, I, 1985, pág. 544. Ríos SALMERÓN: *LOS privilegios del crédito salarial*, Madrid, 1984, pág. 338.

2.1.4. *Otros superprivilegios*

El artículo 9.5 LPH otorga el superprivilegio a los créditos por gastos de comunidad en la propiedad horizontal. El fundamento parece ser similar al que dio origen al superprivilegio de la Hacienda Pública y es la responsabilidad del adquirente de cerciorarse, como un deber mínimo de diligencia, del estado de los pagos de comunidad que afectan al inmueble en régimen de propiedad horizontal en el momento de su adquisición. La STS de 23 de julio de 1990 (6177), declara preferentes en razón del superprivilegio, las cuotas de pago pactadas entre comuneros para adquirir un viejo edificio a los descubiertos por créditos a la SS. El argumento fundamental de la Sentencia es que «las cuotas que hacen posible la realidad física del inmueble deben gozar de preferencia», pero este no es el fundamento del superprivilegio sino del crédito refaccionario, la sentencia pudo haber llegado a la misma solución con mejor técnica jurídica declarando el crédito preferente como refaccionario y especial, a las cuotas de la seguridad social que es un privilegio general (19).

El Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926, ratificado por España el 2 de junio de 1930, establece el carácter preferente de los créditos por avituallamiento, reparación y contratos de servicio de capitán y tripulación en el transporte naval y es objeto de una reiterada jurisprudencia que lo interpreta como superprivilegio (SSTS 22 de junio de 1989, 3877; 5 de noviembre de 1990, 8521). Similar es el superprivilegio por gastos causados en aeronaves (Ley de navegación aérea de 21 de julio de 1960) (art. 21).

2.1.5. *Conflicto entre superprivilegios*

Rara vez se ha planteado en la jurisprudencia el conflicto entre superprivilegios. La doctrina se decanta claramente por la primacía del superprivilegio salarial (20). Yo que soy de esa misma opinión, creo que la razón de fondo estriba en el fundamento refaccionario del propio superprivilegio salarial, lo que predica —aplicando el paradigma de graduación de los privilegios **generales**— su carácter preferente.

El que los privilegios tributarios respondan a intereses preferentes de carácter general y público, no es argumento pues la jurisprudencia da al

(19) Véase comentario a esta sentencia de ZURILLA CARIÑANA en *CCJC*, 1990, pág. 995.

(20) Ríos SALMERÓN: *Privilegios del crédito salarial*, Madrid, 1984, pág. 424. Y a tal impresión se llega también de pomposos razonamientos jurídicos del Tribunal Supremo (así, STS 25 de septiembre de 1985, que habla de privilegios absolutos).

privilegio tributario un carácter netamente formal y escriturario, y el privilegio salarial hace efectiva la supremacía de lo personal (alimentos y oficio de piedad) sobre lo formal en el derecho (el tributo como una deuda claramente impersonal, o despersonalizada; el Estado como sujeto sin rostro). En definitiva, la seguridad y **fluidez** del tráfico mercantil y económico predica no desmesurar el privilegio de la Hacienda Pública, que la jurisprudencia civil restringe notoriamente. El respeto del carácter alimenticio y personal del crédito salarial significa que goza de un estatuto preferente tanto entre los privilegios generales (véase *infra*), como entre los superprivilegios.

2.2. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL COMO PRIVILEGIO INMOBILIARIO

2.2.1. *La inscripción en el Registro como sistema de determinación del rango crediticio*

En el sistema codificado, los privilegios crediticios se configuran como algo excepcional, pues el principio general ha de ser el de la igualdad de condición de los acreedores: *par conditio*. El principio de especialidad implica que los privilegios especiales sobre inmuebles son preferentes a los privilegios generales (art. 1.927 CC). Abstracción hecha de los superprivilegios que también se configuran como privilegios especiales (art. 1.927.1 CC); al privilegio especial se accede por la inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 1.923, 3 y 4 CC), aunque excepcionalmente —introducción tardía en el anteproyecto de 1882— se reconoce también el privilegio con carácter especial a los créditos refaccionarios inmobiliarios, pero con preferencia posterior al de los créditos inscritos (art. 1.927 3 CC).

La inscripción se configura así como la razón de identidad del privilegio inmobiliario ordinario. El rango de los créditos inscritos se determina por su origen (es mejor el anterior en el tiempo: *prior tempore*) con independencia de su causa (art. 1.927, 3 CC). Se prevén tres títulos fundamentales de acceso al Registro: el contrato de hipoteca, la refacción y la anotación preventiva.

La refacción puede anotarse preventivamente mientras duran las obras, pero no parece que ese sea un límite temporal a la facultad de inscribir créditos refaccionarios, pues aunque la LH regula principalmente el crédito refaccionario desde la perspectiva de un aseguramiento mientras se realizan las obras, el Código, que ha cambiado la perspectiva de tratamiento del crédito refaccionario al configurarlo como privilegio especial, otorga claramente la facultad de inscribirlos con carácter general (art. 1.922.3 CC).

Como veremos, el anteproyecto de 1882/8 varió completamente la perspectiva de la refacción inmobiliaria respecto de la legislación hipotecaria de 1861/8, considerando que accede al rango hipotecario por la inscripción (art. 1.923.3 CC), y no sólo como medida especial de aseguramiento en el contrato de obra. Perspectiva que se muestra en las legislaciones hipotecarias más recientes (arts. 59, 64 LH), y que está presente en la facultad de convertir la anotación en inscripción (art. 93 LH).

La ciencia revolucionaria liberal quiso hacer de la hipoteca voluntaria el único privilegio, y dispuso de una radical inmediatividad (como acto de disposición de la cosa), y de un procedimiento sumario de ejecución. Pero el sistema se mostró poco funcional, por exigencias de la coherencia de la recaudación tributaria se configuró el primer **superprivilegio** en favor de la Hacienda Pública, y los antiguos privilegios generales (en favor del Estado y de la mujer casada, etc.), se transformaron en causa legal de una hipoteca (hipotecas legales), cuyo rango se determina también por la inscripción registral. En este libro no vamos a tratar de la hipoteca voluntaria y de su rango privilegiado por ser su rango objeto específico de otros tratados. Sólo destacar que la necesidad de fundar el crédito territorial, y la voluntad de acabar con las cargas ocultas e hipotecas tácitas y generales, fue la razón primera de la regulación de la hipoteca y de los privilegios, tanto en el proyecto de GARCÍA GOYENA como en la Ley Hipotecaria de 1861, y en el texto articulado del Código Civil. El régimen de la publicidad de la hipoteca como causa única de la garantía inmobiliaria (frente al principio de la igualdad de los acreedores) exigió una profunda reforma del régimen de los privilegios inmobiliarios que se configuran como excepciones, especiales y públicos y de inscripción necesaria. Desde el nuevo derecho liberal, todo privilegio inmobiliario comporta una doble excepción: el principio de personalidad de los créditos, y a la exclusividad de la hipoteca voluntaria como privilegio. Esta exclusividad de la hipoteca voluntaria como privilegio era sin embargo excepcionada por arriba (superprivilegios), y por abajo (créditos refaccionarios), y a su nivel (por las hipotecas legales), pero lo cierto es que aquí se puede decir que la excepción confirma la regla, pues la inscripción registral constituye el lugar originario desde el que se puede explicar todo el régimen de los privilegios inmobiliarios.

2.2.2. *La anotación preventiva y su rango*

El moderno Registro de la Propiedad como mecanismo único de determinación del rango de los créditos inmobiliarios fomenta desde su creación el crédito territorial y la seguridad de las adquisiciones, pero también aparece como instrumento eficazísimo al servicio de los procedimientos judi-

ciales de ejecución. La complejidad extrema del rango crediticio en el proceso, con la posible multiplicidad de acreedores que embargan en distintos lugares, por distintos créditos, de distintos orígenes y rango, y que entran en conflicto entre sí, y que además entran en conflicto con los actos de disposición voluntaria o forzosa del deudor, explican el caos y la confusión del acreedor ordinario en el proceso, enfrentado a atravesar un océano misterioso a la búsqueda de un bien concreto, pues el patrimonio de su deudor fallido está afecto al cumplimiento de todas las obligaciones (art. 1.911 CC) y está además en continua mutación, pues salvo declaración de concurso o quiebra, el crédito no se dirige contra bienes concretos sino contra el deudor mismo, y el deudor además no pierde el poder de disposición sobre los bienes (libertad de la propiedad).

Aparece entonces la anotación preventiva con una doble función: 1. Reserva de rango (art. 44 LH, art. 1.923, 4 CC). Esto es el reconocimiento de la ineficacia relativa de los actos de disposición o créditos constituidos con posterioridad a la anotación de la demanda judicial y ejecutiva, y aunque se traten de créditos privilegiados; 2. Preferencia crediticia. Otorga a la anotación preventiva rango crediticio, distinto del rango originario del crédito reclamado, al reconocerle, en consonancia con la eficacia de las antiguas hipotecas judiciales, una preferencia similar a la de la hipoteca en función de la fecha de su inscripción (art. 1.927.2 CC).

La jurisprudencia, sin embargo, ha realizado, desde la misma publicación del Código, una interpretación muy restrictiva de la eficacia de la anotación preventiva a la que sólo reconoce la reserva de rango, pero no los efectos ofensivos propios de la antigua hipoteca judicial (21). En ello no

(21) La jurisprudencia no es unánime, la STS de 17 de abril de 1889, interpretando el art. 44 LH, declara que la anotación de un crédito quirográfico cambia su naturaleza, y la STS de 9 de julio de 1913 afirma que la anotación preventiva otorga preferencia para graduación y pago.

Desde su origen se desgranar los argumentos que luego serán repetidos hasta la saciedad en la jurisprudencia más reciente. La STS de 10 de marzo de 1881, casando y anulando una sentencia de la audiencia de La Habana, declara que la anotación preventiva no crea ni declara ningún derecho y debe atenderse a la antigüedad extrarregistral para fijar su preferencia. La STS de 23 de enero de 1903 declara que la naturaleza de la anotación preventiva es garantizar las consecuencias del juicio, y la STS de 5 de julio de 1917, que no modifica la naturaleza del crédito reclamado. La STS de 20 de noviembre de 1928, que no da preferencia respecto de créditos anteriores, y la STS de 20 de marzo de 1931, que la preferencia de la anotación preventiva no puede confundirse con el derecho fundamental que otorga el art. 34 LH. La STS de 16 de febrero de 1918, incidiendo en lo que a mí me parece el origen del error, afirma que «la legislación hipotecaria representa un cuerpo legal cuya única misión consiste en garantizar intereses de tercera persona, pero sin mezclarse a modificar la clasificación de los créditos que siempre fue y será propia y peculiar de nuestro derecho común». Es una visión sobre las que luego incidirán las deformadoras ideas de JERÓNIMO GONZÁLEZ y ROCA SASTRE, que hacen del Registro un instrumento al servicio de la seguridad del

hace sino seguir los planteamientos de la más prestigiosa doctrina civil e hipotecaria (22). No se trata en este momento de polemizar frente a una corriente jurisprudencial muy dudosa y que es objeto de ciertas críticas en la doctrina reciente (23). No voy a desarrollar aquí la tesis que he expuesto en detalle en otros lugares sobre la eficacia que a mi juicio debe tener la anotación preventiva, simplemente resumiendo los argumentos señalaré que la eficacia ofensiva de la anotación preventiva y su rango hipotecario se funda a mi juicio en las siguientes razones: 1. En sus orígenes históricos como heredera directa de las antiguas hipotecas judiciales. 2. En la identidad de naturaleza entre la inscripción de hipoteca voluntaria y la anotación preventiva (art. 1.927.2 CC); la identidad de naturaleza se perfila con claridad en la Ley Hipotecaria de 1861 en la que la distinción entre anotación preventiva e hipoteca se establece por razones formales: la identidad de naturaleza se muestra con especial nitidez en la anotación preventiva por créditos en favor de la Hacienda Pública o refaccionarios, pues a éstos, después de su reclamación judicial, para reconocerles preferencia habría que exigirles una doble inscripción registral: de la hipoteca legal y de la anotación preventiva (24). 3. La naturaleza del Registro como instrumento general de ordenación del crédito; evitando maniobras fraudulentas, dando seguridad a las relaciones patrimoniales, y limpiando las cargas ocultas de la titulación (sistema de inoponibilidad de títulos no inscritos: arts. 32 LH

comprador o del acreedor hipotecario y no un instrumento general de ordenación del crédito y de seguridad de los procedimientos judiciales de ejecución. En cuanto a la jurisprudencia más reciente pueden verse en detalle mis comentarios a la STS de 26 de septiembre de 1985 (CCJC, pág. 2932) y STS de 14 de junio de 1988 (CCJC, pág. 602).

(22) Véase por todos DÍEZ PICAZO: «Las anotaciones preventivas», en *RCDI*, 1964, págs. 26 y sigs.; LACRUZ: *Derecho inmobiliario registral*, Madrid, 1968, pág. 264; ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 1979, IV, vol. 1, págs. 111 y sigs.; RIFA SOLER: *La anotación preventiva de embargo*, Madrid, 1983, págs. 257 y sigs.; OSSORIO SERRANO: *Anotación preventiva de embargo, Aspectos civiles y registrales*, Granada, 1986; RIVAS TORRALVA: *Anotaciones de embargo*, Madrid, 1992, págs. 53 y sigs.; GULLÓN BALLESTEROS: *Comentario al Código Civil*, Madrid, 1991, II, págs. 2073 y sigs.

(23) Originariamente dicha crítica fue realizada por Cossío: *Instituciones de derecho hipotecario*, Madrid, 1986, ed. rev., pág. 268, que yo también mantuve desde presupuestos estrictamente registrales en coherencia con la doctrina de la inoponibilidad de títulos no inscritos, que comporta toda una concepción del derecho hipotecario como instrumento preferente de ordenación del crédito y no sólo de la seguridad del adquirente, que otorga preferencia a los títulos y no sólo a las titulaciones (véase *Derecho inmobiliario registral*, Madrid, 1986), después desarrollado por FRANCO ARIAS: *El procedimiento de apremio*, Barcelona, 1987, págs. 360 y sigs., y GARCÍA GARCÍA: *El tópico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo*, VI Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1988.

(24) Después del remate se cancelan todas las cargas posteriores a la anotación, sean estas hipotecas o anotaciones preventivas (véase, por ejemplo, R. 28 de septiembre de 1987 (6576). Sin embargo no se cancelan las enajenaciones aún inscritas con posterioridad si su título público es de fecha anterior (*vide infra*).

y 1.473 CC). Todo lo cual está al servicio de la credibilidad y eficacia de los procedimientos judiciales de ejecución, pues un acreedor pasivo que se aprovecha de la diligencia y oficio de búsqueda de bienes, identificación procesal de los mismos y del deudor, y ordenación y autenticidad del procedimiento, no es lógico que sea pospuesto sin más a un acreedor que aparece «en el último momento» con un título escriturario anterior; y lo mismo podríamos decir del mero comprador que con un título privado de compra deja que se consuma la venta judicial del bien embargado, tras un largo y costoso procedimiento de ejecución, para luego ejercitar, por ejemplo, una acción reivindicatoria en base a su documento privado anterior al embargo o su anotación.

Además tiene una mayor verosimilitud la causa del crédito reclamado judicialmente por el acreedor diligente, pues ante la facilidad de crear titulación privada o pública entre particulares, debe preferirse al reclamante que al tercero que sin asumir los importantes gastos de la anotación y del proceso ejecutivo aparece en el momento final aprovechando la actividad procesal ajena. En definitiva yo creo que no puede privarse a las medidas de aseguramiento judicial del crédito en el proceso ejecutivo de eficacia material, pues si el deudor puede sencillamente mejorar a sus acreedores por el sencillo procedimiento de otorgar una hipoteca voluntaria (rango registral) o una escritura pública (rango escriturario), es mucho más lógico que resulte mejorado aquel que despliega una actividad procesal de ejecución y aseguramiento de su propio crédito. La realidad de la titulación es siempre formal y por ello entre los privilegios generales de igual rango, el que acude primero a la justicia merece ser preferido en el concurso. Evidentemente esta consecuencia sólo puede predicarse de los privilegios generales, que por la anotación acceden a la condición de especialidad, que es en la que se funda el régimen de los privilegios.

La propia coherencia del proceso ejecutivo se contradice si la anotación de embargo no cierra el Registro a la escritura pública anterior de venta, lo que implica que no puede inscribirse la escritura de remate después de un complejo proceso ejecutivo, pues basta que el adquirente anterior a la anotación preventiva haya inscrito su derecho en cualquier momento anterior a la inscripción de la adjudicación judicial para que se cierre el Registro a la venta judicial (R 3 de octubre de 1985). Así, sin necesidad siquiera de tercería, toda la larga y costosa actividad procesal de ejecución merece ser arrojada a la basura (25). Y la contradicción es aún más manifiesta si lo inscrito es una mera escritura de hipoteca posterior a la anotación preven-

(25) E incluso el acto dispositivo posterior al embargo, pero anterior a su anotación cierra el Registro a la escritura de remate y adjudicación judicial de bienes.

tiva pero a la que deberá reconocerse rango preferente (si se lleva a sus últimas consecuencias la tesis de la naturaleza declarativa de la anotación preventiva) a la escritura de adjudicación.

La jurisprudencia parece haber mitigado últimamente la doctrina de la ineficacia ofensiva de la anotación preventiva por medios reflejos, como declarando que se presumen fraudulentas las enajenaciones de aquéllos frente a los que se hubiese dictado mandamientos de embargo (STS 30 de abril de 1985, 2006), negando eficacia retroactiva a la ratificación de una venta anterior a la anotación preventiva, STS de 12 de diciembre de 1989 (8821) (26) y en general valorando con mayor rigor en las tercerías las situaciones de venta de fecha anterior a la anotación preventiva en orden a reconocer su eficacia (así, STS 7 de enero de 1992, 152).

El reconocimiento de la eficacia ofensiva de la anotación preventiva supondría desde luego una auténtica revolución en el régimen de los privilegios crediticios, pues limitaría de forma importante el ámbito de las tercerías de mejor derecho, y significaría una modificación de hecho del régimen de los privilegios escriturarios, que haría de mejor rango el crédito reconocido por sentencia firme, aunque fuese ejecutiva, que el crédito escriturario ordinario (véase *infra*). Podría suponer en ocasiones un doloroso sacrificio de la justicia material (el mejor derecho), en favor de la justicia formal (el crédito ejercido con anterioridad), pero ello no es sino la consecuencia general de la aceptación de un sistema de derecho que hace del Registro un orden general de liberación de cargas, y del carácter dispositivo del proceso.

2.2.3. Las cédulas hipotecarias

La ley de 25 de marzo de 1981 otorga privilegio hipotecario a las cédulas hipotecarias emitidas por las entidades de crédito público, asimilándose su privilegio al del número 3 del artículo 1.923 CC. Son sucesores del privilegio que con el mismo rango concedió a las cédulas del Banco hipotecario la ley de 2 de diciembre de 1872. Yo no he encontrado jurisprudencia relativa a las cédulas hipotecarias, pero veo difícil que su rango llegue efectivamente a asimilarse a la hipoteca dada su falta de especialidad, lo probable es que la jurisprudencia lo interpretase como un crédito escriturario preferente entre los generales.

(26) En sentido contrario STS de 7 de abril de 1989: ratificación posterior a la anotación preventiva que prevalece sobre la misma. Seguramente el carácter contradictorio de las sentencias no se debe a un error de doctrina sino a una valoración de la relación subyacente, en el sentido de valorar la verosimilitud de la causa.

2.3. LOS PRIVILEGIOS REFACCIONARIOS

2.3.1. *Su configuración en el Código Civil*

El Código Civil regula los privilegios refaccionarios como privilegios especiales. Inmobiliarios (art. 1.932 CC) (inscritos: art. 1.923.3; o no inscritos: art. 1.923.5), y mobiliarios (art. 1.922 CC). Los privilegios refaccionarios mobiliarios son siempre personales, y presuponen la retención de la cosa en el patrimonio del deudor.

La refacción mobiliaria se configura en el derecho francés, y en el proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851, como una facultad de inscribir, similar a las hipotecas legales, y obtener tras la inscripción rango hipotecario (art. 1.927.1 y 2CC). La ley y el reglamento hipotecario regulan minuciosamente la anotación e inscripción de la refacción inmobiliaria. La introducción del privilegio refaccionario inmobiliario como privilegio de rango extrarregistral inferior al hipotecario (art. 1.927.3 CC), pero desde luego superior al de los privilegios generales (art. 1.927 CC), es una novedad del anteproyecto de 1882 (27).

El Código desarrolla en detalle un concepto de refacción mobiliaria (art. 1.922 CC), recogiendo en el número primero la mayoría de las figuras que históricamente se consideraban como refaccionarias: créditos por construcción, reparación, conservación o precio de venta, a los que se añaden los de transporte (art. 1.922.4 CC), hospedaje (art. 1.922.5 CC), gastos de cultivo y recolección (art. 1.922.6 CC) y alquileres (art. 1.922.7 CC). Siempre definidos como privilegios especiales sobre la cosa construida, reparada, conservada o comprada (art. 1.922.1 CC), transportada (art. 1.922.4 CC), muebles existentes en la posada (art. 1.922.5 CC), y frutos de la cosecha (art. 1.922.6 CC) o frutos o muebles de la finca arrendada (art. 1.922.7 CC) (28).

(27) Cfr. PEÑA: «El anteproyecto de Código Civil español», en *Centenario de la Ley del notariado*, IV, 1, 740; LASSO GAITE: *Crónica de la codificación española*, II, Madrid, 1970. El anteproyecto, similar al BGB, parece que no iba a regular originariamente el régimen general de los privilegios que quedarían para una ley concursal posterior. Sin embargo, se introduce como adenda al Código, y concretamente la refacción inmobiliaria extrarregistral en el vol. 13.5.

La Ley Hipotecaria de 1861 se preocupó únicamente de garantizar los créditos refaccionarios en formación y otorgaba el privilegio sólo por la inscripción y no por la naturaleza del crédito en sí (ver CHICO ORTIZ: *Estudios de derecho hipotecario*, II, págs. 1318 y sigs.).

(28) A este elenco habría que añadir el de todos aquellos casos en que el derecho de retención se reconoce sobre la cosa y sus frutos, por los gastos de conservación y mejora de todo poseedor de buena fe: depósito, comodato, arrendamiento, resolución del derecho de propiedad (revocación de donación, cumplimiento de condición, restitución de fideicomisos y reservas, etc.). En sentido contrario, PUIG BRUTAU: *Fundamentos de*

La especialidad y personalidad están en la esencia del crédito refaccionario tal como se configura en el Código Civil. La preferencia se otorga al crédito refaccionario más moderno (art. 1.927.3 CC), y el acto de disposición de la cosa se configura como una liberación de gravámenes: el privilegio refaccionario no se puede dirigir contra terceros poseedores salvo inscripción registral (29). Ello denota la naturaleza del crédito refaccionario como restitutoria: una carga de la que se puede determinar su origen y por ello es preferente. Es un crédito cuyo valor se ha incorporado a una cosa concreta, y la preferencia en el cobro se configura como una auténtica separación de su valor en el concurso, fundado en un principio de justicia inmediata conmutativa. Por ello mismo, la compensación ha de definirse como un privilegio de rango refaccionario.

El carácter personal de los créditos refaccionarios constituye el tema de la primera jurisprudencia del Tribunal Supremo después de la publicación del Código Civil. Así, SSTs de 16 de febrero de 1897: el crédito refaccionario no se puede dirigir contra terceros adquirentes de la cosa, 10 de febrero de 1904 y 3 de enero de 1913 (30).

El Código no define la refacción inmobiliaria. La Ley Hipotecaria parece circunscribir el mismo exclusivamente a los créditos por contrato de obra (art. 42.8 LH, art. 159, art. 166,7 RH, etc.). Y así llega a configurar el crédito refaccionario inmobiliario alguna doctrina y jurisprudencia: su origen tiene que ser un préstamo o contrato de obra (STS de 5 de julio de 1990. Ar. 5778), y se niega el carácter refaccionario a un crédito por venta de materiales de estructura que se incorporó a una obra (STS 27 de octubre de 1992, Ar. 8586). Sin embargo esta doctrina es excepcional y no está en consonancia con la configuración histórica y fundamentación de la refacción, y un concepto amplio de refacción inmobiliaria es prevalente en la jurisprudencia: SSTs 11 de octubre de 1894: suministro de tubería, 30 de diciembre de 1896, los anticipos de materiales y dinero para unas obras implican un préstamo refaccionario (SSTs 6 de febrero de 1966, 856; y 26 de marzo de 1976, 1470; el crédito por suministro de material eléctrico es refaccionario. Mención especial merece la STS de 21 de mayo de 1987 (3552), dedicada a definir la refacción inmobiliaria que amplía la misma a

derecho civil, I, II, Barcelona, 1976, pág. 565, que considera este derecho de retención como diferente del privilegio refaccionario mobiliario y considera que otorga un rango absoluto frente a cualquier tercero.

(29) SÁNCHEZ MAZA: «El plusvalor del crédito refaccionario», en *RCDI*, 1944, pág. 586. Ello distingue la refacción del derecho real de garantía: STS 22 de octubre de 1992 (8595), el crédito por venta a plazos inscrito en el Registro Mercantil, a tenor del art. 19 de la ley 50/1965 de 17 de julio otorga un derecho real sobre la cosa.

(30) Véase, también, BRÚ DEL HIERRO: «LOS créditos refaccionarios», en *RJ Cataluña*, 1899, pág. 182.

todo suministro de materiales, en virtud de los antecedentes históricos de la normativa del Código (art. 1.927.2 del Proyecto de GARCÍA GOYENA), definición amplia del artículo 1.874 CC, y finalmente que no es a la Ley Hipotecaria a la que corresponde definir la refacción inmobiliaria (31).

En especial habrá que tomar el artículo 1.922 CC, en especial su número 1, como definidor general de los privilegios refaccionarios, cuyas categorías habrán de aplicarse tanto a la refacción mobiliaria como inmobiliaria. Sin que se trate de una categoría cerrada, pues sin perjuicio del carácter *numerus clausus* de los privilegios, y su interpretación restrictiva, la falta de definición de refacción inmobiliaria exige tomar aquella que esté en consonancia con la fundamentación del privilegio, sus antecedentes históricos, y la identidad de razón entre el privilegio mobiliario e inmobiliario.

Una interesante constatación legislativa del proceso de la asimilación de la refacción inmobiliaria y mobiliaria lo constituye la LAR de 31 de diciembre de 1980, en cuyo artículo 64.1 atribuye al arrendador para el cobro de las rentas atrasadas la condición de crédito refaccionario asimilándolo al número 7 del artículo 1.922 CC para la refacción mobiliaria.

2.3.2. *Fundamento del privilegio refaccionario*

El carácter personal de los privilegios refaccionarios parece ser obra de los pandectistas y de los humanistas, y está en relación con la configuración de la venta (acto de disposición de la cosa) como liberación de gravámenes. En el derecho común el privilegio refaccionario parece haber tenido carácter real y haber seguido la cosa allí donde se encontraba. En el debate sobre la razón de la prerrogativa del vendedor por el precio debido hasta que no se complete el pago se da el fundamento último del privilegio refaccionario en el derecho común: porque las cosas se adquieren con sus causas (32). En el derecho codificado la causa —como **reciprocidad**— queda circunscrita a la relación entre los contratantes, mientras que en el derecho común la causa era razón de identidad de las cosas, y definía su afectación en responsabilidad.

Las razones propuestas como fundamento del crédito refaccionario alumbran la extensión de su régimen jurídico y sirven para dibujar los perfiles conflictivos de la figura.

(31) Véase comentario de la sentencia de ROJO AJURIA, en CCJC, pág. 4646. Sobre la ampliación jurisprudencial del concepto de refacción, véase también GIL RODRÍGUEZ, en CCJC, 1990, pág. 575.

(32) MOLINA: *De primogeniis*, libro I, cap. 10, núm. 19. NONIO, pág. 140.

1. Su fundamento es legal y su razón es que las obras de construcción y mejora en muebles e inmuebles revierten en utilidad pública (33).

2. El contrato tácito de garantía. En los contratos de préstamo, venta y obra era usual establecer la afectación de la cosa en garantía, y esta cláusula de estilo pasó a ser una cláusula legal (34).

Su rango es entonces el de las hipotecas voluntarias. Pero en la codificación el rango de la refacción es contrario al de su origen temporal. Es preferente el más moderno y por ello no se puede ya sustentar la doctrina del contrato tácito en garantía.

3. Entre los autores posteriores al Código de Napoleón se fundamenta el privilegio en el incremento del valor recibido por la cosa del que se trata únicamente de determinar su origen, reparar y restituir. El fundamento es similar al de la especificación y accesión y los autores suelen tratarlo en conexión con el enriquecimiento injusto (35).

Estamos ante el significado originario de la incorporación de valor a una cosa como fundamento del derecho de separación y de restitución. Es decir, la propia justicia distributiva fundada en la realidad material inmediata. Pero esta perspectiva admite a su vez dos versiones: a) razón de existencia, funda una noción estricta y limitada de refacción, aparece configurada expresamente en un famoso texto de ULPiano (D., 20,4,6): «la refacción viene a salvar todo el derecho»; GARCÍA GOYENA, tomando el mismo concepto, afirma que sin la refacción no existiría la cosa, y esta es la razón del privilegio (36). Se trata de un concepto limitado de refacción que abarca la nueva construcción y las obras y reparaciones necesarias, pero desde esta perspectiva es difícil justificar el privilegio del precio de venta o arrendamiento, transporte, y asimismo la compensación como privilegio refaccio-

(33) Véase NONIO: *Interés privado pero utilidad pública*. También DE ANGEL: *LOS créditos derivados del contrato de obra*, Madrid, 1969; ROJO AJURIA: «Comentario a la STS 21 de mayo de 1987», en *CCJC*, pág. 4642.

(34) Véase GLUCK, libro XX, II, pág. 159. De aquí que su rango en el Antiguo Régimen era el de las hipotecas voluntarias.

(35) JOSSERAND: *Derecho Civil*, Trad., esp., BS AS., 1951, II, vol. II, pág. 490; MAZEAUD MAZEAUD: *Derecho Civil*, trad. esp., AS., 3, 1; LACRUZ: *Derecho de obligación*, II, 1, 2.^a ed., Barcelona, 1985, pág. 392; Díez Pícazo: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*; PUIG BRUTAU, pág. 568.

El tema permite entonces resolver el gran conflicto sobre qué es la refacción si la suma prestada o el incremento de valor recibido (véase SÁNCHEZ MAZA: «El plusvalor en el crédito refaccionario», en *RCDI*, 1944, pág. 581).

(36) Para GULLÓN es sinónimo de reconstrucción o reparación, aunque históricamente se amplía también a las sumas prestadas (pág. 2072). PUIG BRUTAU afirma: «Si el crédito se distribuyese por igual a todos los acreedores, los que no efectuaron el desembolso se enriquecerían (pág. 568); o Mucius SCAEVOLA: «La razón del privilegio es el aumento del valor que debe revertir a quien lo causó», en *Código Civil*, XXXI, Madrid, 1961, pág. 645.

nario. b) Razón de justicia distributiva. Por la razón apuntada, otros autores amplían el concepto de refacción a la razón personal de restitución y de equidad económica entre un acreedor y su deudor, por el valor efectivo incorporado a una cosa concreta, que se puede separar jurídicamente e identificar de modo directo en las relaciones entre el acreedor y su deudor. En el concurso y la tercería el privilegio se funda en la noción restitutoria de lo dado al deudor fallido si se encuentra aún incorporado al patrimonio de éste, la personalidad (el carácter directo en la recepción del valor que se encuentra en el patrimonio del deudor) y la equivalencia son el fundamento del crédito preferente sobre una cosa concreta.

Es interesante constatar que en un sistema puramente formal e instrumental de privilegios, el refaccionario es el único privilegio que responde a una causa material efectiva. Pues los demás privilegios lo son por razón formal (inscripción, escritura), o por razón instrumental (exacción tributaria, administración del concurso, etc.), mientras que el privilegio refaccionario pretende fundarse en una razón de justicia objetiva: evitar el enriquecimiento injusto.

Por esta inmediatividad de los gastos refaccionarios, a las mejoras y nuevas construcciones no se extiende la garantía hipotecaria si la cosa se encuentra en poder de tercero (arts. 112, 113 LH), y ello aunque se incorporen con posterioridad, y dichos créditos sean preferentes al mismo crédito hipotecario (art. 113 LH).

2.3.3. *Clases de privilegios refaccionarios*

Históricamente se distinguen tres clases preferentes de refacción: material, de trabajo y de capital. El Código da preferencia a la refacción material sobre la de capital (art. 1.926.3 CC), lo cual no es sino una proyección de la preferencia de la propiedad sobre el crédito. El Código no considera la prestación de trabajo como refacción material, justamente por el carácter especial del privilegio refaccionario, lo que hace que el trabajo asalariado sea tratado entre los privilegios generales (art. 1.924.2 D CC), y el no asalariado como especificación (art. 383 CC) o como mero oficio de piedad naturalmente gratuito (art. 1.711 CC). El reconocimiento del carácter refaccionario del trabajo es propio de las leyes laborales (art. 32 ET) (37).

(37) Los gastos de conservación y mejora en cosa ajena aparecen configurados en el Código como fundamento general del derecho de retención tanto en el régimen de la posesión de buena fe (art. 453 CC), como en el depósito (art. 1.779, 1.780 CC), obligación de entrega (art. 1.094 CC), obras en cosa mueble (art. 1.600), mandatario en las cosas objeto del mandato (art. 1.730 CC), gastos reintegrables al usufructuario (art. 522 CC), etc., lo que parece dar a entender que la retención es de esencia a la refacción (sin embargo, considera refaccionarios los gastos de conservación y mejora: PUIG BRUTAU, pág. 566).

La refacción de capital o crediticia más característica aparece definida en el artículo 1.922.1 CC: créditos por construcción, reparación y conservación, que incluye tanto el préstamo como el contrato de obra. El contrato de obra es naturalmente refaccionario, pero históricamente se debatió si el préstamo exigía para ser refaccionario la mención de la finalidad o bastaba la prueba del destino del capital (38). La jurisprudencia parece haber exigido exclusivamente la prueba del destino de la cantidad prestada (STS 16 de noviembre de 1876, 11 de octubre de 1894, 13 de diciembre de 1896); se declara que el depósito irregular otorga preferencia si hay numerario en el patrimonio del deudor (STS 8 de abril de 1881). La mera prueba del destino parece otorgar preferencia al préstamo en relación con el carácter estrictamente restitutorio del privilegio.

La jurisprudencia se muestra con todo muy restrictiva respecto a reconocer privilegio refaccionario a las operaciones de préstamo bancario, y ni siquiera admite la oposición de la excepción de compensación. Así, la STS de 23 de marzo de 1974 (1123) se opone a la compensación en favor de un banco de una imposición a plazo fijo; la STS de 27 de diciembre de 1985 (6654) declara que el banco no tiene preferencia para el cobro en una cantidad depositada a plazo fijo; la STS de 25 de febrero de 1986 (937) en el caso de embargo de una cuenta de crédito en un ejecutivo cambiario declara que el banco no tiene preferencia para cobrarse sobre la cantidad prestada, y en la STS de 18 de julio de 1989 se declara que la imposición a plazo fijo no puede considerarse título valor y por ello no le reconoce privilegio para el cobro de un descubierto bancario.

Son refaccionarios tanto el crédito por el precio de venta de una cosa (art. 1.922.1 CC, arts. 340, 913.7 C. de C), como el préstamo para la adquisición de una cosa sobre la cosa adquirida (STS 19 de febrero de 1879); MUCIUS SCAEVOLA aduce los artículos 1.466 y 1.467 CC como fundamento del privilegio. El carácter privilegiado de este crédito es concurrente con el derecho de resolución por impago (arts. 1.124, 1.503,

(38) GLUCK, pág. 369. En España la doctrina se decanta por exigir la mención expresa y la prueba del destino (por todos, LACRUZ, pág. 396). GULLÓN duda de si el préstamo para construir o reparar es refaccionario, y excepcionalmente hace una interpretación amplia (pág. 2067). La STS de 18 de noviembre de 1876 exige, con cita de la Partida 3, título XIII, ley 28, la prueba efectiva de la inversión del dinero prestado. También PUIG PEÑA: «Créditos refaccionarios», en *NEJ*, V, pág. 932; ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, III, págs. 522 y sigs.; PUIG BRUTAU, pág. 568.

Sin embargo, la jurisprudencia parece hacer una interpretación amplia del concepto de refacción; ya la STS de 11 de octubre de 1894 se refería a «créditos que hayan servido», y tal parece la interpretación más moderna, véase SSTs 19 de abril de 1975 y 25 de mayo de 1987 (ALBACAR-SANTOS BRIZ: *Código Civil: doctrina y jurisprudencia*, VI, Madrid, 1991, pág. 1141).

1.504 CC) (39). El carácter refaccionario del leasing es indudable y se recoge en la STS de 18 de noviembre de 1983, admitiendo su preferencia sobre los créditos comunes. La STS de 13 de junio de 1958 (2494), declara que el privilegio por el precio de venta de una cosa no puede dirigirse contra terceros tenedores distintos del comprador (40).

De los demás privilegios refaccionarios hay escasa jurisprudencia, puede citarse la STS de 15 de junio de 1931 (2072) que declara preferente el crédito del arrendador sobre los muebles situados en la finca arrendada respecto del escriturario de un tercero.

Resulta especialmente interesante el debate sobre el carácter refaccionario de la compensación y su oponibilidad en el concurso. En el derecho francés lo afirma claramente ROGER MÉNDEGRIS, en un extenso trabajo, que define la compensación como un privilegio refaccionario. La no oponibilidad de la compensación en el concurso había sido afirmada por la STS de

(39) CAPILLA RONCERO: *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Cádiz, 1989, interpreta el art. 1.124 CC como privilegio en el supuesto de cosa vendida y pagada pero no entregada, y excluida de la masa de la quiebra en base a la reciprocidad.

En el derecho español actual no es corriente tratar como refaccionario el crédito por el precio de venta de una cosa, sin embargo el examen de la jurisprudencia muestra supuestos que se resolverían en justicia aplicando la noción de refacción: así la STS de 11 de julio de 1983 se plantea la tercería de dominio ejercida por el vendedor con reserva de dominio no inscrita, afirmando el carácter real de la reserva y fundándola en el sinalagma contractual cuando su rango es propiamente refaccionario. En la STS de 30 de octubre de 1983 (5846), tras la venta de unos terrenos por el ayuntamiento a bajo precio por razón de promoción industrial, se embargan los mismos por la Hacienda Pública. Admitiendo el TS una resolución del contrato por incumplimiento de las condiciones de venta, pues se vendieron a 30 pesetas metro cuando su valor era 500 pesetas metro.

La preferencia viene expresamente prevista en el artículo 1.922.1 y fue expresamente reconocida en la STS de 16 de noviembre de 1927 y 13 de junio de 1958. La razón de esta preferencia está en el carácter de la facultad resolutoria, que surte eficacia mediante la declaración recepticia del impago (SSTS 14 de junio de 1988, 4875, 1 de junio de 1987, 4021). Esta razón justifica también el carácter privilegiado del crédito refaccionario siempre que se funde en el préstamo o contrato de obra, puesto que al precio deben la existencia misma de la cosa (véase SSTS 21 de mayo de 1987, 3552, 5 de julio de 1990, 5778).

(40) Es contrario a este principio, y a mi juicio criticable, la STS de 7 de marzo de 1973 (801), que declara la nulidad de una compraventa en el período de retroacción de la quiebra y declara al comprador como un acreedor común del dinero pagado en la venta (Cfr. crítica de MASSAGER FUENTES: *La reintegración a la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, pág. 86). La doctrina mercantil subraya que ello produce el enriquecimiento injusto de la masa, recalcando la estrecha relación entre refacción y enriquecimiento injusto (véase MARTÍN REYES: «La retroacción de la quiebra, comentario a la STS de 7 de marzo de 1973», en *RJC*, 1975, págs. 331 y sigs. ROJO FERNÁNDEZ RÍO: «Introducción al sistema de reintegración a la masa de la quiebra», en *RDM*, 1979, págs. 89 y sigs.

1 de julio de 1932, por haber contienda judicial, pero la opinión contraria fue defendida por JERÓNIMO GONZÁLEZ, y recientemente por URÍA(41) y dicho criterio ha sido aceptado por la reciente Sentencia de 11 de octubre de 1988 (42). En realidad se trata de una cuestión límite que debate tanto la naturaleza de la refacción como el propio fundamento jurídico de la compensación. El carácter automático y refaccionario de la compensación se funda en un argumento de equidad, y también de justicia y eficacia; la doctrina del derecho común fundó la preferencia de la compensación no tanto en la noción de refacción como en la de prenda tácita.

Mención especial merece el crédito refaccionario salarial (art. 32.2 ET) «respecto de los objetos elaborados por los trabajadores que sean propiedad o estén en posesión del empresario». La mayor parte de la doctrina interpreta que se trata de una refacción mobiliaria (43), pero si partimos de que la ley define la refacción desde la refacción mobiliaria, no hay razón para no extender también el privilegio salarial a los inmuebles (44).

La ley no ha previsto la posición relativa de la refacción salarial en relación con la refacción material o de capital, «sobre cualquier otro» (art. 32.2 ET) parece querer referirse a la preferencia de la refacción por trabajo, sobre las refacciones de capital en caso de conflicto, lo que no es sino una aplicación particular del principio de la especificación (art. 383 CC). No se admite la preferencia de la refacción salarial ni sobre los créditos hipotecarios o enajenaciones anteriores de los bienes, ni siquiera sobre los juicios ejecutivos anotados con anterioridad al ejercicio del crédito refaccionario salarial (SSTS 25 de septiembre de 1985, 16 de octubre de 1987) (45).

2.3.4. Especialidades de la refacción mobiliaria

Si la refacción inmobiliaria no inscrita del artículo 1.923.5 CC tiene carácter personal y no real, la refacción mobiliaria sólo se puede hacer

(41) *Derecho mercantil*, 11.^a ed., pág. 817. La opinión contraria era con todo mayoritaria: OLIVENZA RUIZ: «La compensación en la quiebra y el art. 926 C de C», en *ADC*, 1958, págs. 808 y sigs.

(42) Véase extenso comentario de ROJO AJURIA, en *CCJC*, págs. 890 y sigs. Exige la conexión entre ambos créditos y que los requisitos de la compensación de pagos se den en un momento anterior a la declaración de suspensión.

(43) ALONSO OLEA: *Derecho del trabajo*, 10.^a ed., Madrid, 1987, pág. 306; MONTAÑA MELGAR: *Derecho del trabajo*, 8.^a ed., Madrid, 1987, pág. 374; ALVAREZ DE MIRANDA Y GULLÓN: «Las garantías del crédito salarial», 1980, *RDP*, pág. 400.

(44) RÍOS SALMERÓN: *LOS privilegios del crédito salarial*, Madrid, 1984, pág. 338; OLIVENZA RUIZ: «LOS privilegios del crédito salarial», *Civitas, RDT*, 18, 1984, pág. 185.

(45) Véase mi comentario en *CCJC*, pág. 5073.

efectiva mediante la retención de la cosa y se pierde si ésta pasa a manos de tercero (STS 10 de febrero de 1904) (46).

El artículo 1.922.7.2 CC prevé el derecho a recuperar la cosa por el acreedor en caso de sustracción durante el plazo de treinta días. Aunque se prevé en realidad sólo para los créditos privilegiados por alquileres, cabe la duda de si la recuperación posesoria —normalmente por vía *interdictal*— se podrá efectuar en los demás supuestos, por otra parte el artículo 1.922 CC no prevé ni regula en qué consiste este derecho de retención, que sin embargo parece de esencia al ejercicio del privilegio. GULLÓN, en relación con su concepción estricta del fundamento de la refacción, se decanta por una interpretación estricta (47), pero la mayoría de la doctrina considera que la refacción debe extenderse a todas las demás cargas y es de esencia al privilegio mobiliario (48). Y de la escasa jurisprudencia existente sobre el tema cabe afirmar que se decanta también por una concepción amplia, así la STS de 29 de enero de 1892 extendió el derecho de retención al crédito por transportes (cfr. arts. 374 y 375 C. de C.) (49) y la STS de 28 de febrero de 1957 al crédito por hospedaje. A mí me parece que sin derecho de retención no se podría hacer efectiva la preferencia mobiliaria por la inmediatividad de los privilegios mobiliarios, y ello parece desprenderse del propio tratamiento del derecho de retención en los supuestos particulares que se regula en la legislación civil (arts. 1.600, 453, 1.780, 1.730, 1.866 CC).

3. LOS PRIVILEGIOS GENERALES

3.1. PLANTEAMIENTO

El Código parte de la preferencia absoluta de los privilegios especiales sobre los generales (arts. 1.926, 1.927, 1.929 CC). El principio de especialidad rige también en los *superprivilegios*, y en los privilegios especiales inmobiliarios determina el rango por la publicidad y prioridad. En la concepción liberal, la especialidad de los privilegios facilita la libertad de la propiedad y permite configurar el acto de disposición onerosa como liberatorio de gravámenes. Las cosas sólo quedan afectas a las cargas anteriores

(46) GULLÓN, pág. 2073.

(47) Pág. 2070, se refiere a los antecedentes legislativos. También PUIG BRUTAU, pág. 566.

(48) Así, MANRESA.

(49) También es privilegiado el crédito contra el transportista por género extraviado (art. 913.8 C. de C.).

y públicas a la transmisión (excepto superprivilegios). El principio de especialidad se constituye así en el auténtico principio motor del régimen patrimonial civil de los privilegios, para la seguridad del tráfico inmobiliario y mercantil.

Los privilegios generales son de segundo rango, y además son todos ellos personales, pues sólo se pueden hacer efectivos contra la persona del deudor. El Código distingue tres órdenes distintas de privilegios generales (art. 1.924 CC), que están graduados entre sí y se constituyen en órdenes excluyentes de preferencia: 1) créditos tributarios, 2) privilegios concursales, 3) privilegios escriturarios. Las leyes especiales han desarrollado detalladamente el orden privilegiado de los créditos tributarios, leyes especiales regulan otros privilegios generales como el privilegio de los créditos salariales, los créditos derivados de la propiedad intelectual y los créditos por cuotas de la Seguridad Social. Estos privilegios plantean el problema de su graduación jerárquica y de su inserción en el sistema de los privilegios generales.

Pero si la filosofía del Código (art. 1.924 CC) era graduar los privilegios generales en tres órdenes, la práctica jurídica ha mostrado que la propia coherencia del sistema patrimonial civil y del concurso de los acreedores hacía muy poco funcional el sistema si se reconociese indiscriminadamente la preferencia del privilegio general por créditos tributarios o por cuotas de la Seguridad Social. En la práctica jurisprudencial se observa que los privilegios concursales y alimenticios (el segundo orden) gozan de una **inmediatividad** que los excluye de la preferencia dentro del concurso entre los privilegios generales, ya que se cobran durante la propia administración del concurso; por otra parte apenas se encuentran sentencias que reconozcan la preferencia como orden excluyente entre los generales de los créditos tributarios, salariales, y por cuotas de la seguridad social; la jurisprudencia, con fundamento en el carácter restrictivo de la interpretación de los privilegios, tiende a considerar los privilegios generales un orden común, y, exceptuando los privilegios generales salariales que si se reconocen en ocasiones como orden preferente entre los generales, asimila los tributarios y por cuotas de la Seguridad Social a los escriturarios. La razón es que un privilegio general no escriturario preferente, desarraigado de su origen, se convertiría en un privilegio monstruoso y desorbitado, que desencajaría el orden natural de las preferencias, se convertiría en una pesada carga para el tráfico patrimonial, consumiría de modo inmediato cualquier liquidez de una masa concursal, y podría hacer ilusoria la ejecución contra el deudor aun en las ejecuciones singulares. La jurisprudencia, como veremos, se esfuerza en situar los privilegios generales no escriturarios con un rango determinado por su origen, lo que les sitúa, en función de dicho origen, en pie de igualdad con los escriturarios.

3.2. LOS PRIVILEGIOS GENERALES TRIBUTARIOS Y POR CUOTAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El privilegio general tributario se regula en el artículo 71 LGT, y leyes conexas; el privilegio general salarial en el artículo 32.3 ET, y el privilegio general por cuotas de la Seguridad Social en la Ley 40/1980, de 5 de julio. La Ley de 26 de diciembre de 1958 establece también el privilegio general de las entidades estatales autónomas. La aplicación directa del privilegio general tributario y de otros entes públicos como orden preferente entre los generales y excluyente de los demás créditos (escriturarios) con privilegio general es escasa. La jurisprudencia, como veremos después en detalle al tratar de los privilegios escriturarios asimila el privilegio general tributario a un privilegio escriturario, y declara reiteradamente que no tiene preferencia por sí mismo sobre los privilegios inscritos o anotados, y aun sobre los privilegios escriturarios anteriores (50).

En realidad la exigencia de realidad y certeza que preside el orden de las preferencias y los privilegios se tiene que aplicar también al orden de los privilegios generales, evitando hacer de ellos privilegios ocultos que se conviertan en una carga demasiado pesada para el tráfico económico y mercantil. Por ello el sentido de la preferencia en el orden de los privilegios generales se funda en la propia autenticidad de la certificación administrativa, a la que se dispensa del requisito del otorgamiento escriturario o del reconocimiento del crédito por el deudor o la prueba del mismo. Yo creo que en el ámbito de los privilegios generales se reproduce el paradigma sobre el que se construyó el sistema de los privilegios especiales: el principio de certeza y autenticidad como único medio de resolver el caos y la complejidad extrema de la ordenación de los privilegios, y además, y principalmente, como medio de garantizar la seguridad y celeridad del tráfico económico y mercantil (la tutela del acreedor privado) que es la meta última del sistema patrimonial civil. Todo privilegio debe tener un origen cierto, y su rango se determina en función de dicho origen; en los privilegios especiales el origen se funda en la publicidad, en los privilegios generales

(50) Se refiere reiteradamente la jurisprudencia al conflicto entre el art. 71 LGT y el art. 132 LGT, cuya remisión al art. 44 LH es interpretada como contradictoria con el privilegio general (Cfr. MANZANARES SEGARES en *CCJC*, comentario a STS 26 de marzo de 1991, pág. 469; que concluye tras un detenido estudio jurisprudencial que la Hacienda Pública es equiparada a un acreedor común. También GIL RODRÍGUEZ: «Comentario a la Sentencia de 13 de febrero de 1989», en *CCJC*, pág. 234, comenta en detalle el tratamiento jurisprudencial restrictivo del privilegio de la Hacienda Pública. E incide en el mismo planteamiento RODRÍGUEZ BEREJIO: *Comentario a las leyes financieras y tributarias*, Madrid, 1982, págs. 634 y sigs. El tema se tratará en detalle después al tratar del superprivilegio de la Hacienda Pública, y del conflicto entre el privilegio ordinario de la Hacienda Pública y de los privilegios escriturarios ordinarios.

en la fehaciencia de la fecha, fehaciencia que tendrá un origen notarial o judicial en los créditos privados o administrativa en los créditos tributarios o por cuotas de la Seguridad Social, pero siempre con una certeza de origen.

El fundamento del privilegio general tributario no es la majestad y preeminencia de la administración. El sistema patrimonial civil trata a la administración como una persona, sujeto de derechos y obligaciones, que tiene que concurrir con las demás personas físicas o jurídicas al concurso en virtud de la tutela jurisdiccional de la propiedad, que es el principio básico de certeza que se toma como origen del que hay que partir para resolver los conflictos de rango entre los créditos. El fundamento del privilegio tributario es la coherencia del propio sistema de exacción tributaria, que quedaría sin sentido si fuese pospuesto al sistema general de la preferencia de los créditos escriturarios. La fehaciencia de la administración otorga fehaciencia al crédito tributario, y es esa fehaciencia (garantía de origen) de la que se deriva el privilegio. Así, tampoco el privilegio tributario es un privilegio causal (en razón de lo que se debe), sino formal: en función de la fehaciencia de la certificación administrativa y de la verosimilitud de su causa, que se presume no sólo en cuanto al otorgamiento sino también al contenido. Si hemos de considerar el sistema concursal como un sistema de titulación formal, tal característica es también predicable del privilegio tributario general y de los privilegios por cuotas de la Seguridad Social. La única excepción es el privilegio general salarial que se reconoce como preferente entre los generales con independencia de su origen.

3.3. LOS PRIVILEGIOS GENERALES SALARIALES

El privilegio general del artículo 32.3 ET es aplicado reiteradamente por la jurisprudencia como preferente a todos los privilegios generales; así al crédito por cuotas de la Seguridad Social (STS 19 de febrero de 1992, 1323), y sobre la administración de la masa (STS 25 de enero de 1991, 341).

La preferencia es una cualidad del crédito (STS 29 de abril de 1991, 3107), lo cual significa que no se gradúa en función de su origen, sino que el crédito salarial común es preferente entre los privilegios generales, aunque haya anotación preventiva de un crédito distinto, SSTS 25 de septiembre de 1985, 4408; 12 de febrero de 1992, 1272; aunque claro, esta preferencia, entre los generales, no es indiscriminada, pues declara la jurisprudencia que para que la preferencia sea efectiva es necesario que se devenguen con anterioridad a la anotación del embargo del ejecutante (STS 26 de marzo de 1991, 2445), y se antepone a cualquier otro privilegio

excepto el amparado por derecho real (STS 19 de junio de 1992, 5361), o por privilegio especial evidentemente.

La jurisprudencia se ha mostrado dubitativa sobre si el privilegio debía extenderse también a las indemnizaciones por despido, y, aunque la jurisprudencia mayoritaria era extensiva (SSTS 26 de marzo de 1991, 4445; 22 de noviembre de 1991, 7977), recientemente vuelve a la tesis restrictiva la STS de 11 de mayo de 1992, 3894. Yo creo que la razón de fondo estriba en el fundamento refaccionario del privilegio salarial que por ello es preferente a los generales, pero que a diferencia del régimen codificado se estructura en las leyes laborales como general y no como especial (51).

3.4. LOS PRIVILEGIOS GENERALES ALIMENTICIOS Y CONCURSALES

Yo creo que respecto de estos créditos no es técnicamente perfecto decir que sean privilegios generales preferentes. En realidad no gozan de una preferencia propiamente dicha, y rara vez se discute su rango en la jurisprudencia. El sentido propio de estos privilegios generales es su inmediatez y perentoriedad. Se cobran aquí y ahora, a pesar de la intervención general del patrimonio del deudor o de la existencia de créditos privilegiados, por estar fundados en una necesidad directa de justicia inmediata (oficio de piedad) o en las necesidades mismas de la administración del concurso. En realidad, más que una preferencia o privilegio crediticio, expresan la propia fagotización o autoconsumo de los bienes, que tienen unas cargas intrínsecas a sí mismos, como gastos de conservación para que mantengan su identidad e idoneidad y su valor económico y jurídico en el concurso. Es un problema que históricamente se ha tratado en detalle en el régimen de la administración de la herencia yacente o en el régimen de la administración de los bienes del ausente o del cautivo (52); se llama privilegios a lo que es simplemente el régimen general de la administración de una masa que está sin sujeto por haber sido puesta en administración en beneficio de los acreedores y hasta el momento de su liquidación final. Pero aunque la masa se entienda intervenida en beneficio de los acreedores, es lo cierto que tiene un régimen de responsabilidad intrínseco e inmediato a su propia esencia de masa en administración.

(51) Sobre la «misteriosa» referencia al plazo de un año en el art. 32.6 ET véase en detalle mi comentario a la STS de 16 de octubre de 1987, en *CCJC*, pág. 5073; y también GIL RODRÍGUEZ: «LOS privilegios del crédito salarial», en *Prescripción o caducidad*, PJ, 5, 1986, págs. 82 y sigs.; y comentario a la STS de 10 de julio de 1989, *CCJC*, págs. 799 y sigs.

(52) 913, 1.º, de C. de C. Establece también el privilegio de los gastos de testamentaria e impuestos sucesorios.

Históricamente el derecho ha observado con un gran recelo las situaciones de puesta en administración de los bienes. Tanto en la tutela como en la herencia yacente, hay una sospecha profunda no sólo frente a las personas que detentan provisionalmente la masa en administración sino frente a la puesta en administración misma. Los gastos del concurso o puesta en administración de los bienes son siempre sospechosamente elevados, los bienes tienen una tendencia innata a desaparecer o a desvalorarse si son puestos en situación de concurso o administración, y no digamos ya si son objeto de venta forzosa. El más elevado y rico de los patrimonios se convierte en pasto de los buitres en cuanto es puesto en administración, porque las garantías que se prestan a los terceros y a la propia administración del concurso implican un costo exorbitante. Es una de las razones de fondo de la idoneidad económica, preferencia de los privilegios especiales sobre los generales, y de la venta como liberación de gravámenes; la certeza y la simplicidad abaratan exponencialmente los costos, desde luego a costa de la justicia ideal, y en beneficio muchas veces de listillos y aprovechados, pero usualmente también en beneficio de un sistema de preconstitución pública de las garantías, lo que evita que el derecho se convierta en un piélago de funcionarios indolentes pero orgullosos, de abogados charlatanes e incompetentes, y de subasteros tontos pero enriquecidos. Y es que el más honrado de los comerciantes puede, en un momento dado, encontrarse en una situación de iliquidez, si su patrimonio es puesto en administración puede considerarse arruinado. En cuanto un patrimonio entra en sospecha, los gastos de su conservación y defensa se convierten en insoportables; la propia sospecha lo destruye. El sistema napoleónico hace de la venta un sistema de liberación de gravámenes y del privilegio especial una razón de abstención y separación del concurso, con lo que consigue un abaratamiento de los costes de la puesta en administración, pues excluye los bienes más importantes de la misma; es posible que los acreedores ordinarios sientan una gran decepción al ver excluidos de la intervención los bienes más sustanciosos, es posible incluso que ello sea teóricamente injusto, pero es mucho más funcional.

La jurisprudencia es muy restrictiva en cuanto al reconocimiento de los privilegios concursales. Han de ser gastos del concurso y en beneficio del común de los acreedores. Por ello desde antiguo la jurisprudencia niega el carácter privilegiado de los honorarios de los letrados de los acreedores del concurso (SSTS 15 de mayo de 1873, 27 de abril de 1918, 25 de abril de 1923) (53), a los que no se reconoce siquiera el privilegio de un crédito salarial, pues no tiene carácter alimenticio (STS 15 de mayo de 1873), y

(53) Vide JERÓNIMO GONZÁLEZ: «La prelación de costas procesales», en *RCDI*, 1926, págs. 1926 y sigs.

porque no se les puede considerar trabajadores por cuenta ajena (SSTS 17 de octubre de 1984, 31 de mayo de 1991, 3954) (54).

Los privilegios alimenticios por su parte tienen una larga tradición histórica. E históricamente su normativa ha estado ligada estrechamente a la de la administración de la herencia yacente. Se refiere a los gastos de última enfermedad y funerales (art. 1.924.2, B y C, art. 1.140 LEC) del concurrido o familiares, así como comestibles, vestido y calzado y pensiones alimenticias a terceros (art. 1.924.2, F y G). Apenas existe jurisprudencia sobre el tema, y aunque plantea problemas históricos y antropológicos de gran interés, no los desarrollaremos aquí por su falta de interés práctico.

3.5. CRÉDITOS ESCRITURARIOS

3.5.1. *El privilegio escriturario como orden común de los privilegios generales*

Los privilegios escriturarios son el orden común de los privilegios generales. En realidad, como hemos dicho, el fundamento último de los privilegios generales en la codificación es el de tener un origen cierto en su otorgamiento escriturario; a la certeza de origen debe añadirse la fehcencia de la fecha para su graduación jerárquica. Así pues, en mi opinión, la escritura es una razón de publicidad registral en la que debe buscarse la certeza de origen (fecha) y de otorgamiento (contenido: presunción de causa). Tanto los privilegios especiales como los generales se fundan y se gradúan en la publicidad: los privilegios especiales en la publicidad registral y los generales en la publicidad escrituraria. La certeza de origen presta una gran simplicidad a la graduación de los créditos y es la razón de la funcionalidad del sistema napoleónico. Los privilegios generales tributarios son tratados por la jurisprudencia como seudoescriturarios, pues la ficción estriba en hacer de la certificación administrativa de descubier-to el acto originario (escriturario) que determina el rango del crédito tri-

(54) BELTRÁN: *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986, pág. 80, desarrolla el tema de si las deudas de la masa permiten la *prededucción* como mecanismo aún más enérgico que el privilegio (pág. 235), aunque admite que estas deudas de la masa sólo deben hacerse efectivas sobre bienes afectos a privilegio especial cuando no queden fondos disponibles en la masa. A mi juicio, se trata de una tesis errónea en la que una palabra nueva, «prededucción», permite al autor evitar la aplicación de un régimen jurídico de los privilegios que probablemente no entiende. Por el contrario el código pretende hacer del concurso un lujo, cuando quedan bienes a repartir entre los acreedores ordinarios.

Según las SS de la Sala de conflictos de 2 de octubre de 1953 y 29 de julio de 1962, las deudas de la masa pueden hacerse efectivas fuera de concurso sin que sea preceptiva su acumulación.

butario entre los generales, la única excepción es el privilegio general salarial que es reconocido, en ocasiones, como preferente a pesar de su carácter oculto (no escriturario) y de los problemas que esta falta de fehaciencia puede ocasionar a la administración del concurso y en las tercerías.

La publicidad es un orden general de protección de los terceros. Desde luego es un sistema meramente formal de garantías, pues el otorgamiento público no otorga garantías absolutas de la certeza y veracidad de la causa, pero como todo sistema de garantía formal, es ya por sí mismo un sistema de garantía que es mejor que la carencia absoluta de garantías. Todos pudieron conocerlo en el momento de su otorgamiento, y en el contexto de la protocolización pública de la documentación negocial, es mucho más fácil presumir la causa y su verosimilitud si su otorgamiento está excluido de período sospechoso. El conjunto de las escrituras, protocolo, contrastadas entre sí, permiten una garantía prácticamente absoluta de su origen (fehaciencia de la fecha), y puede llegar a significar también un alto grado de certeza sobre su contenido. Pero sobre todo el procedimiento concursal y ejecutivo se hace mucho más sencillo y seguro fuera de los cauces de una intervención general o de una investigación exhaustiva sobre la realidad y certeza de la causa. En la revolución francesa triunfa la filosofía del comerciante, que no tiene fe en la justicia en el momento de la intervención del deudor o de su patrimonio, sino que tiene fe en la negociación mercantil como un sistema mágico, en el que la confianza en la solvencia del deudor hay que saber olerla en el propio momento de contratar; se resigna a perder dinero en caso de la insolvencia de un comerciante, y se culpara a sí mismo de no haber sabido comprender o calibrar la situación, y lo único que quiere es un sistema de garantía pública y cierta de la negociación. El comerciante deja la justicia para el juicio final, y para el juicio presente pide coherencia y celeridad. No cree en el sistema jurídico como un orden de justicia, desconfía del burócrata y del abogado, y lo único que pide del sistema jurídico es que sea un orden de justicia formal. Es decir, que el comerciante considera que si el sistema jurídico le da las garantías formales, él encontrará y responderá por su cuenta de las garantías materiales (el cuidado de con quien contrata, y a quien fía). El comerciante lo que teme es un sistema sin garantías formales, fundado en bonitas pero oscuras razones arbitrarias (justicia y sus sinónimos: causa, simulación, fraude, igualdad, etc.), que suele significar en realidad que el comerciante y trabajador tienen que correr con la carga de financiar una ineficaz administración de lo público (leguleyos y burócratas). El Código de Napoleón hace del Estado este orden formal de tutela de la negociación, y a esta filosofía formalista responde el orden codificado de los privilegios y el valor fundamental de la escritura.

3.5.2. *Concepto*

El primer problema es determinar cuándo un crédito puede considerarse escriturario. Es evidente que no todo crédito que consta en documento público es escriturario, pues no lo será si la constancia del crédito en el documento público es insuficiente o incidental, o no identifica la causa del crédito.

En primer lugar, para que el crédito sea escriturario el documento debe contener referencia indubitada a su contenido esencial: sujetos otorgantes, objeto del contrato, y causa o razón de identidad del crédito. El documento debe permitir por sí mismo, en función de la autorización pública, autenticar los sujetos intervinientes y reconocer la voluntad declarada por los mismos (objeto y causa) de modo suficiente.

En segundo lugar, la referencia al crédito y su causa podría ser incidental. Así, por ejemplo, si en un **contrato** de préstamo se hiciese referencia a un contrato de préstamo anterior entre los mismos otorgantes; en este caso la referencia al contrato anterior sería meramente accesoria y ese crédito no tendría el carácter de escriturario. La diferencia entre la referencia incidental y la referencia sustancial está en la exigencia de autenticidad, también del origen jurídico de la exigibilidad de un crédito, que normalmente se refiere (o se incorpora) al acto de otorgamiento. Esta principalidad hace que el documento público sea documento del crédito y no sólo elemento de prueba de su existencia. Es decir, que el documento público incorpora no sólo el crédito y su causa, sino que da fe de la existencia del acto origen del mismo: el otorgamiento en los documentos notariales. En el derecho moderno el documento de crédito como título preferente de crédito que identifica su origen, está ligado a la protocolización de la fe pública en los libros protocolarios o de registro, y vemos que el privilegio se fundamenta en la organización de un sistema de fe pública. La protocolización de un documento crediticio es algo más que fe pública de su contenido, es también fe pública de su origen (otorgamiento) como algo distinto de la voluntad misma de los contratantes, pues el protocolo guarda el origen, la escritura original, del que las partes sólo obtienen copias, aunque sean ellos mismos los otorgantes. Esta identidad de origen es el nacimiento público del crédito como entidad distinta y preferente del mero acuerdo de las partes. El origen público (otorgamiento) testimonia la causa, y le da fe pública al incorporarla al documento.

En tercer lugar, el documento público debe contener, además de los principios de identificación y calificación de la voluntad declarada, un principio de identificación de su cumplimiento efectivo, de modo que pueda ser contestado en el oportuno juicio plenario. Es de esencia en la negación de la abstracción de los negocios: el documento en que se reconoce una

deuda sólo tiene eficacia presuntiva si identifica suficientemente la causa de la misma, otorgamiento y cumplimiento, de modo que pueda ser contestada en juicio plenario (art. 1.277 CC). El propio fundamento de la ejecutividad y efectividad de la titulación pública como apariencia se basa en su capacidad de ser contestada en juicio plenario.

Encontramos el fundamento de este principio en la más antigua jurisprudencia. Así, STS de 29 de noviembre de 1882, el simple reconocimiento del concursado no altera la naturaleza de los contratos, ni puede constituir un contrato nuevo que perjudique a los acreedores, si no se hace constar de otra manera más solemne que excluya toda sospecha de confabulación, los contratos de que proceden los créditos reconocidos. Es una exigencia de identificación de la realidad efectiva del contrato y causa del crédito. Es difícil definir con exactitud, pero induce un juicio de verosimilitud sobre el contenido de un contrato, más allá de su expresión documental.

La jurisprudencia declara en ocasiones (por ejemplo, STS 19 de noviembre de 1988, 8612) que la preferencia de un crédito escriturario se funda en su certeza *prima facie* «la indubitada autenticidad de dichos créditos», SSTS 30 de octubre de 1978, 4058; 5 de octubre de 1981, 3581; 19 de octubre de 1981, 3808; que se refieren a «la normal correspondencia entre la realidad documental y la realidad jurídica». Pero hay algo mucho más profundo que está en la esencia del crédito escriturario y en general de todo documento público como título de crédito: incorpora la fehaciencia de un origen específico (el acto de otorgamiento), identifica y define la causa del crédito públicamente, e incorpora elementos de identificación de los sujetos intervinientes y de su cumplimiento efectivo. Y en ello fundamenta su ejecutividad inmediata y su oponibilidad formal: en todo caso puede ser contrastado y comprobado en el oportuno juicio plenario, y está además amparado por las acciones penales que protegen la verdad pública y restringen la falsificación y falsedad.

Por la incorporación pública de su causa al acto de otorgamiento, se produce un indicio de verosimilitud, *prima facie*, del mismo que permite negar eventualmente, mediante prueba oportuna, la certeza y realidad del crédito. Así la STS de 28 de enero de 1980, 169, declara que en la tercera de mejor derecho debe probarse no sólo la preferencia del cobro, no negada en la sentencia de instancia, sino además que preexista un crédito realizable. En el caso se discute la aplicación del artículo 8 LGT a la transmisión de una deuda tributaria, y la afirmación no es asimilable en sí misma, pues es cierto que la preexistencia del crédito sólo se podrá ventilar en el juicio plenario correspondiente, pero el título de crédito presenta unos elementos de identificación del crédito que permiten dentro del propio proceso ejecutivo, un juicio primero sobre la verosimilitud de la causa.

Un debate interesantísimo de la jurisprudencia es el del carácter escriturario del protesto de las letras de cambio. La STS de 29 de abril de 1988, 3301, da una argumentación impecable para su negativa: el protesto sólo constata hechos y no declaraciones de voluntad, y no presta elementos fehacientes para el reconocimiento del crédito y de la identidad del deudor, que son de esencia a la escritura pública. Justamente el crédito documentado en letra de cambio carece de un origen público de autenticidad, y no adquiere con el protesto autenticidad alguna de su contenido sino sólo de su reclamación efectiva. Dos son las carencias que impiden que la letra de cambio sea reconocida como documento escriturario: falta de autenticidad sobre su origen (no hay autenticidad de un acto negocial formal que sirva de causa al crédito documentado), y falta de autenticidad sobre los otorgantes del documento y su capacidad (55).

3.5.3. *Fundamento de la preferencia y ejecutividad del crédito escriturario*

3.5.3.1. Razones intrínsecas al crédito público

La razón intrínseca específica al privilegio del crédito escriturario se funda en identificar públicamente su origen, y en autenticar los otorgantes y la causa declarada.

El crédito escriturario otorga un origen propio y específico al crédito al incorporar al título el acto de otorgamiento y con él la fehaciencia de la identidad de los otorgados y la fehaciencia de la declaración. Identifica además públicamente una causa de pedir que es calificada por el Notario y que adquiere con ello un alto grado de verosimilitud.

La identificación de la causa implica un acto confesorio de los otorgantes que aparte de la responsabilidad civil por la apariencia creada es tutelada públicamente por un importante despliegue de medidas penales (delitos de falsedad, estafa, alzamiento de bienes, etc.) y de garantías formales. Además el ritualismo público en su otorgamiento es una importante garantía de la voluntad real de las partes no sólo en el otorgamiento mismo, sino también en el cumplimiento. Por todo ello la razón de la preferencia no sólo está en la pura forma (certeza *prima facie*), sino también en un alto grado de verosimilitud sobre la realidad de la causa,

(55) Se afirma ya en el propio siglo XIX que la letra de cambio es un documento y no una escritura (MARTÍ DE EIXALÀ: *Instituciones de Derecho mercantil de España*, 5.^a ed., con notas de DURÁN Y BAS, Madrid, 1870, pág. 523).

la certeza de la deuda, y la voluntad efectiva de las partes en su otorgamiento y cumplimiento (56).

El Código de Napoleón parte de una duda metódica sobre la verdad de la causa del crédito (que se presume), y sobre la posibilidad de conocer realmente la voluntad de las partes. El juicio último sobre la causa y sobre la voluntad de las partes es un *a priori* formal contingente, normalmente abandonado al albur caprichoso de la decisión judicial sobre la valoración de la prueba. Lo privado permanece así para el derecho napoleónico en un ámbito oculto e inescrutable para lo jurídico (admitido sólo a regañadientes: posibilidad final de contestación en juicio *plenario*; los alemanes negarán incluso esta inmediatividad de la causa en el contrato con la abstracción de los negocios). Los créditos ya no se definen en razón de su causa o de su origen (esta era la identidad de los privilegios en el Antiguo Régimen); la realidad económica mercantil y capitalista no se puede detener a una investigación exhaustiva de los *orígenes* y las causas del crédito, y funda el tráfico económico en una realidad formal (la titulación pública). La causa no se identifica ya como razón de identidad del crédito, sino sólo como razón formal de admisibilidad de su exigencia (calificación y reciprocidad: arts. 1.262, 1.274 CC), y su origen ya no se remite al ámbito inescrutable de lo privado, sino a la fehaciencia pública de su otorgamiento. La intervención del fedatario no es pues la razón esencial del rango del crédito escriturario (como afirma MUCIUS SCAEVOLA (57) y mucha jurisprudencia), es esta una visión «autoritaria» y «personalista» del documento notarial; en realidad el fundamento es el testimonio de origen, que no se funda sólo en la fe del Notario, sino también en la garantía del procedimiento protocolario público, y el desconocimiento de lo privado (art. 1.227 CC). La forma es algo más que el ritualismo de su otorgamiento o la intervención autoritaria del fedatario, la forma pública es, sobre todo y fundamentalmente, una garantía de origen por la organización pública del protocolo y su publicidad.

(56) El tema se plantea también en el Antiguo Régimen. Frente a la opinión de BARTOLO de que el reconocimiento judicial de deuda aún sin expresar su causa valía como donación, se admite por la doctrina del derecho común que es de interés de la República, en atención a la sustentación de las cargas públicas y de la tutela de los propios contratantes, que no tenga efecto la promesa sin causa (NONIO, pág. 305). Se afirma que sólo se puede presumir la licitud de aquella convención cuya causa está expresa (BALDO); donde no se expresa la causa no puede haber deliberación en juicio; la expresión de las causas es *definitoria* del derecho civil (según la mayoría, por el contrario, los nudos pactos obligan en conciencia según el Derecho canónico). Aunque se admite que un instrumento sin causa no es inválido, sino que negada la causa el titular del instrumento debe probarla plenamente, aunque entonces la autenticidad será la de su reconocimiento judicial. Y la causa puede inferirse tácitamente por la ley, estatuto o costumbre, o inferirse de actos anteriores o coetáneos al convenio o promesa.

(57) Pág. 672.

En el Antiguo Régimen la resolución del título de transmisión (cumplimiento de la condición resolutoria, impago, contratos de menores, revocación de la donación, etc.) daba lugar a la resolución de la propiedad del adquirente y a la retroacción real de la transmisión (*restitutio in integrum*). Se trataba de una preferencia por razón de propiedad que era anterior a todas las demás. Así, los tratados sobre los privilegios en el Antiguo Régimen se abren con largas disquisiciones sobre la acción restitutoria y los conflictos en los supuestos de ineficacia del título (58); la propiedad está sometida a resolución causal en todo el tiempo de la prescripción y no sólo respecto del adquirente, sino de cualquier transmitente anterior en la cadena causal formada por la *traditio* (hasta consumarse el tiempo de la prescripción). En el derecho codificado, por el contrario, se establece expresamente el carácter personal de la restitución de lo entregado por contrato (arts. 1.295, 1.124 CC), e incluso de lo entregado por donación (art. 649 CC), siendo excepcional la resolución real frente a terceros adquirentes y en ningún caso si media inscripción registral por causa no inscrita (59); el título ineficaz transmite la propiedad aunque luego se resuelva (por incumplimiento, impago, *restitutio in integrum*, etc.); ésta en la propia noción de venta como liberación de gravámenes (inoponibilidad de títulos; que los alemanes llevan al extremo: abstracción causal aun entre las partes), lo que implica la eficacia real del título transmisivo (60).

La eficacia decisiva de la escritura como origen de un privilegio está ligada también a la nueva importancia que se atribuye al tiempo en la resolución de los conflictos entre acreedores. La doctrina del Antiguo Régimen se debate en discusiones interminables sobre la preferencia de las hipotecas legales entre sí (61), o de la preferencia de las hipotecas legales a las convencionales (62). Entre los humanistas y en la época inmediatamente anterior a la codificación se generaliza la denominación de las hipotecas legales como hipotecas tácitas, lo que significa que aunque no

(58) ACOSTA: *De privilegiis creditorum*, Ginebra, 1739; WAHL: *Programma de prerrogativa creditorum ex temporis privilegio*, Gotinga, 1755.

(59) Véase el tema desarrollado en el derecho inmobiliario por CAMY SÁNCHEZ CAÑETE: *Las tercerías en el orden inmobiliario*, Pamplona, 1992.

(60) La razón última estriba en la fundamentación del contrato en la reciprocidad y no sólo en la promesa. La causa como razón de identidad del contrato, el consentimiento es una razón de origen, pero cuya transcendencia frente a terceros se restringe considerablemente en el derecho napoleónico. En la misma razón se funda la preferencia de los privilegios especiales.

(61) Por ejemplo, VOET: *Comentario ad pandectas, disposición XL*, 11-14, opina que es preferente la hipoteca legal en favor de la esposa por dote prometida o por restitución de la dote a la del fisco. El iusnaturalismo tendía a favorecer los créditos y privilegios familiares frente a los demás privilegios públicos.

(62) Véase, en detalle, el desarrollo de GLUCK, pág. 359.

son expresas las hipotecas legales no privilegiadas nacen también en el tiempo, y el conflicto del rango crediticio se resuelve también en relación a un origen temporal; implica la generalización del principio de especialidad, pues la consideración que subyace en la noción de hipoteca legal como hipoteca tácita es la de considerar a la hipoteca legal como un acto de disposición de la cosa que impide que el derecho pueda ser ejercido por un acreedor posterior (aunque sea legal o de especial majestad: el fisco). El rango se transforma por tanto en algo formal ajeno al crédito mismo y a su causa (la majestad del crédito), determinado por la realidad (especialidad: la cosa), y el tiempo (origen). Como los créditos nacen en el tiempo, y se resuelven en consideración a su origen y especialidad, la escritura nace como sistema de preconstitución pública de la prueba del rango.

3.5.3.2. Razones de preferencia del crédito escriturario extrínsecas al crédito mismo

La ejecutividad pública se otorga al crédito público. El particular debe buscar la ayuda allí donde puso su confianza: si confiaste en el particular (acuerdo privado), busca el cumplimiento en la libertad del particular, si pusiste tu confianza en el Estado (publicidad), el Estado te ayuda y promueve en la reclamación del crédito.

Pero el Estado no te pide una confianza vana pues la universalidad misma del Estado se funda en la publicidad, que implica testimonio de un origen propio que hace prevalecer lo formal, como prueba preconstituida en su otorgamiento público, sobre lo real como privado y causal. Por la forma lo privado trasciende a sí mismo y se transforma en lo público; pero lo público con mentalidad liberal no se presenta como algo existente en sí, sino como la ordenación ritual de lo privado (subsidiariedad, no intervención, *laissez faire*, etc.). Lo privado es transformado por la intervención autorizada del funcionario, que es mucho más que mero fedatario pues es otorgante mismo (calificación) del documento público y responsable del mismo, que queda incorporado al protocolo público como partícipe en la esencia del Estado. El documento es sacado de las manos privadas, siempre sospechosas de interponer sus intereses particulares al bien común, y encuadrado formalmente en un libro que se convierte en la garantía pública de su realidad y existencia. Elevado a rango protocolario el documento podrá ser conocido públicamente, testimonia en su origen un acto causal, y puede ser reproducido indefinidamente, y además fundamenta la recaudación tributaria como partícipe en un fin social transcendente (la redistribución de la renta y el fomento de la riqueza pública).

La eficacia de la publicidad del documento está en razón misma de la organización del protocolo. Los escribanos más antiguos escribían, o lo que es lo mismo, se limitaban a copiar documentos que las partes otorgaban oralmente (o las sentencias que los jueces dictaban oralmente). La autenticidad se fundaba en la oralidad por la falta de testimonio fehaciente sobre lo documental (dada la extensión de la falsificación y la seudoepigrafía). Pero con el desarrollo del papel y la organización pública de la sociedad, los escribanos se transformaron en Notarios, esto es, además de escribir tomaban notas o minutas de un documento que suscriben las partes y conservan éstas. Frente a la autenticidad de la oralidad asistimos a la autenticidad de la escritura (aunque privada), a la que el Notario, con su minuta autentifica en el tiempo (origen). Y esta es la concepción de los glosadores que se plasma en el Fuero Real y Las Partidas, y en general en la legislación bajo medieval (véase también la evolución de la noción de testamento) (63).

El problema de la autenticidad de los documentos es uno de los más graves problemas del derecho medieval y del Antiguo Régimen. Se admite con carácter general que la escritura es sólo un instrumento de prueba entre privados. Hasta su reconocimiento judicial, escritura *nuda remanet*. En el Antiguo Régimen se aceptan comúnmente los principios de autenticidad formulados por BALDO y BARTOLO (64), la autenticidad de un documento se prueba por su origen (sello, escritura tras la muerte del autor, intervención pública por escribano o párroco, y testifical sobre el acto de otorgamiento), sin embargo los dos medios fundamentales de prueba en el proceso de la autenticidad de un documento son la confesión en juicio o el cotejo de escrituras; el cotejo se funda en la prueba testifical, y basta la prueba por medio de dos firmas idénticas. El Antiguo Régimen estuvo dividido sobre si la autenticidad provenía del documento privado mismo o del acto de reconocimiento judicial, la mayoría se decantó por reconocer la autenticidad al documento privado autenticado a efectos de preferencia escrituraria, aunque BARTOLO opinó lo contrario y fundó en ello su teoría del reconocimiento mismo, aun sin expresar la causa, valía como donación (que fue uno de los argumentos fundamentales luego recogido por SAVIGNY para elaborar la teoría de la abstracción de los negocios). Las *curias mercatorum* parecen haber organizado sistemas de prueba alternativos a través de los libros mercantiles que se muestran más simple y eficaces que el cotejo de

(63) Es característica la falta de publicidad de las minutas notariales medievales. El secreto es entonces fuente de poder, porque permite condenar por falsedad. Pero el abuso de lo secreto destruye el orden jurídico, al condenar o al menos levantar sospecha del testimonio mismo. Frente al secreto (Bocio y MAJESTAD) de que gustan rodearse nobles y señores, los mercaderes organizan sistemas fiables de publicidad.

(64) NONIO, pág. 269.

firmas, e igualmente la Iglesia, fundamentalmente en los registros parroquiales, organiza sistemas protocolarios de autenticidad; su utilidad inquestionable está en el origen de la fe pública notarial por medio de protocolos; el mejor sistema de prueba de la autenticidad de un documento es su referencia o **encuadernación** en libros específicos, creados para tal fin.

Está claro por tanto que los primeros escribanos no dan mayor autenticidad que la que se deriva de su origen (escribanos de palacio, de juzgado, de cámara, etc.). En el derecho medieval no existe la escritura pública, sino la intervención notarial como mero medio de prueba, cuya autenticidad se funda en el reconocimiento judicial de los documentos. Son frecuentes las contradicciones entre los documentos intervenidos por escribanos por la multiplicidad de los mismos. Finalmente si determinar la autenticidad de un documento es un problema complejo, la autenticidad de la fecha es prácticamente imposible conseguir con exactitud. La consecuencia es clara: la falta de seguridad en la prueba de documental impide otorgar eficacia transcendente a la escritura, la incerteza de la fecha impide fundar el rango en el origen. La mutación del derecho material proviene de la perfección en los sistemas de publicidad.

La evolución de la fehaciencia pública es paralela a la autoconciencia y evolución del Estado. La mutación más importante se produce cuando se ordena al Notario que encuadernar sus notas en un libro de Registro (pragmática de Alcalá), lo que implica la normalización de los asientos y la organización de índices. En el triple tránsito de la oralidad, escritura, libro, asistimos al nacimiento del Estado. GIMÉNEZ ARNÁU, atribuye al ordenamiento de Alcalá el establecimiento expreso del principio de unidad de acto como garantía de solemnidad de la escritura. A mi juicio, ello significa que la intervención notarial no sólo testimonia la fecha, sino también pretende testimoniar el propio origen negocial de las obligaciones (el origen testimonial de la causa). El consensualismo está ligado entonces a un nuevo ritualismo escriturario y a la transformación de la función del Notario. La Pragmática de Alcalá da el siguiente paso al organizar el protocolo, que es el único que garantiza la publicidad de la escritura. El extracto o nota que da fe del origen privado se transforma en libro que da fe también de un contenido, que adquiere por ello verosimilitud, y testimonia fehacientemente un origen (el otorgamiento público). La eficacia entonces trasciende por su verosimilitud de la fe del otorgamiento a la presunción de causa, y a la inoponibilidad de lo privado, y aparece con ello propiamente los libros notariales (protocolo) con eficacia registral. La oralidad estaba más cercana a lo espiritual (causa y voluntad de las partes), la escritura tiene tendencia a la normalización (adhesión), y finalmente el libro registro otorga a la escritura un origen específico pú-

blico a las que las partes tienen que someterse en razón misma de efectividad (65).

El examen de la legislación liberal (66) es sumamente interesante y muestra la transformación de los escribanos en Notarios, tiene varias fases y direcciones, entre las que se pueden señalar:

1. La redención de los oficios enajenados (Real Cédula de 11 de noviembre de 1816) declara tanteables todos los oficios enajenados, y RC de 13 de noviembre de 1817 revierten a la corona o pueden ser tanteados por los pueblos o los vecinos. Los oficios de escribanos o de contadores de hipotecas estaban casi en su totalidad enajenados en el Antiguo Régimen con carácter perpetuo (67), aun la RO de 8 de febrero de 1830 autoriza la venta de todas las escribanías incorporadas a la Hacienda. La reversión al Estado de todas las contadurías y escribanías enajenadas, ya perpetuamente, ya por título vitalicio, precedió a la Ley de notariado de 28 de mayo de 1862 (ver sus disposiciones transitorias 3 a 7). El notariado se transforma en un cuerpo único y estatal.

2. La identificación y unificación de la función notarial. La Ley orgánica del poder judicial de 1870 denomina secretarios a los antiguos escribanos de juzgado (disposiciones transitorias 16 y 17, se cubren por oposición específica aunque respetando vitaliciamente a los detentadores actuales de oficio). El Decreto de 22 de agosto de 1812 denomina secretarios a los antiguos escribanos de ayuntamiento.

Los escribanos son de distintas clases según su origen (señoriales, municipales, de juzgado, de cámara, etc.), la RO de 17 de marzo de 1834 exigió que obtuviesen en todo caso Real título, y la RO de 21 de octubre

(65) Sobre historia notarial: GIMÉNEZ ARNAU: *Derecho notarial*, vol. III, págs. 150 y sigs.; DOMINGO GONZÁLEZ: *La fe pública de los agentes de cambio y bolsa y de los corredores de comercio colegiados*, Gerona, 1975, págs. 213 y sigs.

(66) El contraste de esta normativa puede hacerse en MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Diccionario de la administración española*, Madrid, 1876. En diversos epígrafes como oficios y derechos enajenados, escribanía, escribano, etc.

(67) Sobre la enajenación del oficio de escribano en la literatura clásica: GIMÉNEZ ARNAU, pág. 106. La enajenación de cargos públicos se prevé en el Código de Theodosio y se regula en detalle en el Código de Justiniano. Fue una práctica común en el Antiguo Régimen. El préstamo de dinero para la compra de una *militia* u oficio público constituía privilegio sobre el oficio mismo. En detalle: EISENHART: *Disscussione de iure qui ad militiam emendan crediti in concursu creditorum*, Helmstad, 1757.

Es característico de la doctrina alemana del siglo XVIII el estudio en detalle de cuestiones monográficas. Estos estudios contrastan con el método habitual por los humanistas del derecho romano que se caracterizaba por los estudios de conjunto. La nueva perspectiva monográfica de estudio es altamente ideológica, y se realiza por autores formados en el iusracionalismo protestante, normalmente comporta una perspectiva crítica o renovadora de la institución estudiada. Estos estudios son el precedente inmediato de la gran reforma institucional de la Alemania del siglo XIX como consecuencia de la incidencia en el derecho del idealismo alemán.

de 1836 estableció la necesidad de enviar testimonio literal a la audiencia del índice de los protocolos.

Pero sólo la ley del notariado, fruto maduro de la revolución liberal, garantizará la existencia de protocolo único y de notariado único. La unificación de la función permite la formación de un protocolo único de originales. El valor de la escritura pública se garantiza por la existencia de un notariado y de un protocolo que son la garantía personal y formal de un libro único de originales: garantía de igualdad formal de los ciudadanos en el otorgamiento, así como imposibilidad de contradicción de fehaciencias públicas.

Finalmente, después de la revolución de 1868, que debemos considerar el asentamiento y consolidación del régimen liberal en España, se establece (D. de 8 de enero de 1869) el archivo de protocolos de más de treinta años en las cabezas de distrito notarial. El protocolo notarial pasa a ser algo esencialmente público. Se consuma así una revolución que proviene de la ley francesa de 25 ventoso del año 11, y que no en vano es coetánea de la transformación del régimen de los privilegios crediticios.

El Notario deja de ser un mero Notario (que toma notas) para transformarse en el responsable de un libro que tiene vocación de constituirse en la realidad patrimonial misma del Estado, como significación de una escritura que tiene un origen último privado (la declaración de las partes), pero una identidad efectiva pública (la fehaciencia protocolaria). El libro es el Estado abierto públicamente a todos los particulares (tu palabra será escrita y conservada para siempre), pero investido de la majestad pública del protocolo, y la designación sacramental del responsable del mismo. El particular queda privado de la facultad de otorgamiento, y aun del documento mismo, y obtiene sólo copias. Los originales (la revolución como una determinación de un origen nuevo), se conservan en el protocolo, que es el Estado mismo. La realidad no es la palabra privada sino la redacción notarial de la misma, que se incorpora a escrituras matrices (art. 17 LON) que adquieren el glorioso nombre de originales, quedando los particulares con una mera copia, en la que aceptan, confiesan y reconocen lo que el Notario dice que han dicho. La escritura ha vaciado la voluntad privada de contenido y la ha situado fuera de sí misma (calificación), la realidad auténtica de la voluntad privada no es la voluntad misma sino su calificación notarial (aunque al particular le queda el resquicio último, realmente excepcional, de condenar al Notario por falsedad en juicio plenario).

El libro testimonia la verdad como algo colectivo: las escrituras se prueban unas por las otras, y es en la totalidad de todas ellas en la que se encuentra la realidad de la fehaciencia pública: el protocolo. Esto significa la publicidad, que el testimonio no se encuentra en su origen privado, sino en un testimonio público de origen universal: el protocolo. La fehaciencia

de los documentos la prueban unos por los otros, y por su encuadernación sucesiva la credibilidad y certeza de su fecha de origen y del acto de otorgamiento es prácticamente absoluta. La autenticidad formal del todo es un instrumento de autenticidad superior a la que otorga la prueba siempre comprometida de un origen documental privado. La fe de un crédito documentario estriba en una razón de origen (así el comercio internacional fundado en la credibilidad del otorgante), pero la publicidad funda la credibilidad en un orden formal colectivo que otorga al origen temporal y el hecho del otorgamiento una seguridad casi total, aunque evidentemente sólo otorgue una prueba presuntiva de la veracidad de su contenido. Pero la «verdad» es algo espiritual y mágico que al derecho apenas interesa.

Así las razones de la preferencia de los créditos escriturarios son también registrales. La misma razón de la eficacia del Registro fundamenta la eficacia del protocolo (la inoponibilidad de títulos), si bien la eficacia del Registro de la Propiedad es una eficacia fundada en el principio de especialidad, y la perfecta identificación de la base material de la propiedad, lo que permite la publicidad de los derechos materiales, que es imposible al protocolo notarial, que otorgando una garantía de origen sólo permite fundar la eficacia de la inoponibilidad (art. 1.227 CC). En cualquier caso el sistema público de registro y protocolo preconstituye la resolución de los conflictos de rango en el concurso, si bien la eficacia de la publicidad registral es preferente y especial, y la eficacia de la publicidad escrituraria es supletoria y general. Los demás privilegios generales (alimenticios, de administración del concurso) son residuales, y los privilegios especiales mobiliarios se fundan en la publicidad de la posesión, son refaccionarios y especiales.

Evoluciona con el protocolo el propio concepto de escritura pública a efectos de preferencia: de ser un testimonio público intervenido de algo privado (que es lo originario), de lo que se preconstituye una prueba, a ser un acto público otorgado públicamente que se constituye a sí mismo en preferencia (verosimilitud de la causa) del rango del crédito. En el Antiguo Régimen son de mejor condición los créditos más antiguos (*prior tempore*), aunque siendo escriturarios (testimoniados públicamente en su otorgamiento) o quirográficos (intervenidos públicamente lo que les daba preferencia por la fecha), la intervención pública otorga preferencia de doble rango: de otorgamiento (escriturarios) o de fecha (quirográficos) (véase Novísima Recopilación 5,24,5; STS 18 de junio de 1879). Sin embargo, el Código de Napoleón sólo otorga preferencia por el otorgamiento público que implica un nuevo origen y suprime la preferencia del crédito quirográfico, que sólo perdura residualmente (art. 1.227 CC) como requisito de oponibilidad del crédito en el concurso o en la tercería. Es todo una nueva configuración que hace de sí mismo el Estado.

3.5.4. Clases de créditos escriturarios

Los documentos públicos se dividen en notariales, judiciales y administrativos. Se caracterizan por ser autorizados por funcionario público competente (art. 1.216 CC). El Código de Comercio asimila para la quiebra el rango de la escritura pública y de los títulos mercantiles autorizados por agentes y corredores (art. 916.2 CC).

La jurisprudencia de modo reiterado ha asimilado a los créditos escriturarios los autorizados por agente de cambio y bolsa o corredor de comercio colegiado (así: SSTS 27 de octubre de 1941, 15 de diciembre de 1956, 682, 3 de noviembre de 1971, 4523, 28 de mayo de 1991, 2942, 5 de diciembre de 1991, 8917). Sin embargo no se nos debe ocultar alguna de sus diferencias con el documento notarial. La principal a mi juicio es que sólo el Notario lleva protocolo, por lo que tanto el agente como el corredor, que son originariamente comisionistas (comerciantes y no funcionarios), sólo llevan un libro de registro, que no incorpora el documento original sino copia o nota del mismo (art. 109 C. de C.), su misión es identificar el contenido pero sin calificación ni otorgamiento público —no es un acto originario, el original lo conservan las partes—; puede decirse que intervienen documentos, dando fe de su otorgamiento y de la capacidad de las partes, pero no otorga fehaciencia de actos, y aunque el tráfico mercantil tiende a normalizar las pólizas, el acto continúa siendo propiamente privado. De aquí que el grado de verosimilitud del contenido y la identidad formal de la causa del negocio sea mucho menor que en la sentencia judicial o en el documento notarial o administrativo. Su asimilación jurisprudencial, que no es indiscriminada, se funda sin duda en que la práctica mercantil tiende a normalizar la negociación, así como a asimilar efectivamente las funciones de los agentes y los corredores a los notarios (68), pero ello no obsta para que debamos entrar a examinar en el documento intervenido, el grado de fehaciencia de la causa y del otorgamiento, pues es en estos documentos en los que la jurisprudencia muestra más palpablemente el conflicto entre crédito y forma pública.

También se asimilan a las escrituras públicas los documentos privados reconocidos judicialmente (SSTS 15 de abril de 1955, 1546; 27 de enero de 1958, 3 de noviembre de 1971, 4253; 8 de abril de 1976, 706), aunque el

(68) La polémica sobre si intervienen el acto (GARRIGUES: *Contratos bancarios*, pág. 202; son más comisionistas en la contratación mercantil) o el documento (URÍA: *Consideración sobre la fe pública mercantil en la intervención de pólizas y letras*, Madrid, 1973; DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, pág. 153), que implica correlativamente si tienen obligación de presencia en el otorgamiento, si prestan garantía de legalidad, o si sólo son fedatarios de la firma. Aunque de hecho las posturas tienden a aproximarse por razón de las excepciones y salvedades admitidas.

reconocimiento es exclusivamente de la firma, el reconocimiento implica también el de la certeza de la causa, siempre que ésta aparezca suficientemente identificada en el documento reconocido, y su fecha de fehaciencia será la del reconocimiento y no la del otorgamiento del acto.

Una sentencia especialmente interesante es la de 19 de octubre de 1981, 3808, aunque con carácter *obiter dicta*, sienta la doctrina de que de la anotación preventiva dimana la preferencia del número 4 del artículo 1.924. Esto es, la anotación preventiva transforma un crédito ordinario en escriturario. A favor de esta postura, que la sentencia no desarrolla (pues su doctrina de fondo es negar eficacia a la anotación preventiva frente a un crédito escriturario anterior) se encuentra el carácter retroactivo de la sentencia ejecutiva cuyo rango escriturario se retrotrae al de la anotación preventiva. Esta sentencia, de 18 de octubre de 1981, pone el acento en un aspecto importante del proceso ejecutivo: según la jurisprudencia **mayoritaria** la anotación preventiva no otorga por sí misma rango, pero reserva el rango del crédito reconocido por sentencia ejecutiva al momento del asiento de presentación en el registro de la demanda ejecutiva, pues no es lógico que por la dilación de unos juzgados respecto de otros se puedan anteponer unos créditos a otros. La anotación preventiva adquiere un carácter centralizador del concurso al que antes nos referíamos.

La jurisprudencia deniega el privilegio escriturario a la letra protestada. La jurisprudencia más antigua le otorgaba el rango (SSTS 16 de abril de 1955, 10 de marzo de 1973, 30 de octubre de 1978, 4058; sin embargo, el cambio jurisprudencial es evidente en la última jurisprudencia (SSTS 13 de diciembre de 1985, 6438; 27 de diciembre de 1985, 6651; 19 de noviembre de 1988, 8612 (69); 29 de abril, 3301, y 14 de junio de 1988, 4876. La jurisprudencia aduce razones varias: la STS de 14 de junio de 1988 declara que el protesto sólo constata la falta de pago no la existencia y legitimidad del crédito, y la STS de 21 de septiembre de 1984 declara que la **exigibilidad** de la letra protestada se funda en la sentencia de remate, y la de 29 de abril de 1988, 3301, que el protesto declara hechos, no declaraciones de voluntad. Ello se debe a que la razón del privilegio está no sólo en la forma sino también en la constancia del acto de otorgamiento, así como en la identificación de la causa del crédito reconocido.

Por la misma razón la jurisprudencia niega reiteradamente el carácter escriturario del acta notarial (SSTS 16 de junio de 1947, 15 de abril de 1955, 1546; 17 de junio de 1958, 2494; pues el acta notarial prueba el hecho de la reclamación pero no la existencia y **exigibilidad** de la deuda.

(69) Se trata de un auténtico caso extremo, pues se declara preferente una póliza intervenda el 20 de junio sobre una sentencia de remate de 25 de junio por dos letras protestadas de 29 de abril y 9 de mayo.

En realidad no identifica el origen de la deuda, y carece por ello de una presunción de verosimilitud de su causa.

También se deniega el carácter escriturario del reconocimiento público de deudas, si no se hace referencia a la causa de la misma. La jurisprudencia es antigua. Ya la STS de 29 de noviembre de 1882 afirmó que el reconocimiento de deuda por el concursado no es contrato que pueda perjudicar por sí mismo a los demás acreedores si no se hace constar, de modo que se excluya toda sospecha de confabulación, la existencia de los contratos de que proceden los créditos reconocidos.

Los créditos de fecha no auténtica no se pueden oponer en el concurso salvo prueba de su causa, fuera del concurso sólo pueden hacerse valer estableciendo su autenticidad (elevación a escritura pública o reconocimiento judicial). El Código no aclara si los créditos no escriturarios se gradúan entre sí por razón de su fecha (prioridad), aunque frente a la igualdad de los acreedores (art. 1.911 CC) se opone el carácter majestuoso del crédito más antiguo (evitar maniobras fraudulentas, etc.). Existe alguna jurisprudencia que da pie para sostener que los documentos privados con fecha fehaciente anterior otorgan preferencia a los créditos que reconocen. En la STS de 11 de abril de 1988, 3120, se ejercita una tercería de mejor derecho para declarar el derecho preferente a cobrar unas certificaciones de una corporación local endosadas, aunque sin fecha fehaciente en el endoso; el Tribunal Supremo admite la tercería de mejor derecho en virtud de la fecha anterior del endoso de las certificaciones, si bien se trató de un endoso privado que no era escriturario y que sólo tenía fehaciencia de haber tomado nota de él en el ayuntamiento. Sin embargo se trata de una sentencia excepcional, los créditos documentados de fecha fehaciente no otorgan privilegio alguno, ni siquiera lo tienen entre sí, porque la razón de ser del privilegio no está en la fecha sino en la autenticidad de su otorgamiento público e identificación de la causa.

En este punto es llamativo el cambio de criterio del Código respecto del proyecto de GARCÍA GOYENA, éste fundaba el privilegio en la fehaciencia de la fecha, siguiendo con ello tanto el régimen del derecho romano como el del antiguo régimen (Nov. **Rec.** 10, 24,5). Mientras que el Código lo funda en el carácter escriturario del crédito, lo que significa una valoración sobre la importancia y significado en la intervención pública en la identificación y fundamentación del sistema crediticio. Un crédito se eleva al rango escriturario no por dar fehaciencia de la fecha sino también establecer un principio de autenticación de su otorgamiento y contenido. Es decir, que la escritura pública incorpora un nuevo origen, no sólo da fe de su contenido. El documento público se caracteriza por presumir su contenido y además por incorporar como indubitado fehaciencia sobre su origen y otorgamiento; y esta incorporación de unos nuevos orígenes es la razón funda-

mental de su privilegio, que no se extiende por ello al protesto de la letra aunque puede extenderse al reconocimiento judicial de un documento privado.

Por otra parte, es muy importante subrayar que el Código otorga una facultad de elevar a escritura pública los acuerdos privados, en relación con el régimen general de los contratos (arts. 1.279, 1.280 CC), como medio de conseguir una fecha indubitada, una calidad pública en su otorgamiento, y también la presunción causal propia de la referencia pública a una causa. Por lo que el documento privado se perjudica debido a la propia falta de debate sobre la causa que significa la no expresión pública de su contenido. Es decir, que el privilegio del crédito escriturario se funda también en la facultad general de acceder al otorgamiento o reconocimiento público de la existencia y legitimidad de un crédito documental.

En los momentos inmediatamente posteriores a la codificación se planteó el dilema de si la escritura era un medio de prueba preferente del crédito, o era un auténtico título de crédito, lo que implicaba si la preferencia entre los títulos escriturarios debía establecerse en función del origen del crédito o del otorgamiento de la escritura. La jurisprudencia declara que la preferencia se establece teniendo en cuenta exclusivamente la fecha de las escrituras (SSTS 1 de mayo de 1896, 23 de enero de 1942, 118; 16 de abril de 1955), por lo que ha de concluirse que la escritura no es un medio preferente de prueba sino un título originario de un crédito preferente. Significa un juicio sobre el carácter residual de la voluntad privada aunque se documente con fecha fehaciente, puesto que los créditos documentales se reparten a prorrata sin consideración a su origen. Tal fue el régimen también del Derecho romano tardío tras el rescripto de los emperadores DIOCLECIANO y MASSIMIANO, que implica la pérdida del sentido y valor de la promesa como fuente de obligaciones (70).

3.5.5. *El diverso rango de los créditos escriturarios*

El artículo 1.924.3.º identifica los créditos escriturarios y reconocidos por sentencia otorgándoles rango preferente en función de la fecha. Sin embargo los créditos escriturarios no son todos de la misma naturaleza.

Los créditos reconocidos en sentencia firme en juicio ordinario corres-

(70) Se muestra también en el cambio de objeto en las obligaciones. En el Derecho romano clásico no perjudica las garantías, pues se entiende que la obligación primitiva permanece (fundada en la promesa), mientras que en el Derecho moderno extingue las garantías (art. 1.851 CC), pues el objeto (reciprocidad causal) y no sólo la promesa es razón de identidad de la obligación.

pondiente a su cuantía tienen una fehaciencia absoluta en cuanto a su contenido, derivado de la cosa juzgada, y por ello deben reconocerse en principio como preferentes.

Recordemos que tanto la sentencia ejecutiva como el concurso no producen efecto de cosa juzgada sobre los créditos ejecutados y reconocidos, por ello la sentencia plenaria ha de ser necesariamente de mejor rango que la ejecutiva, de igual modo el crédito escriturario es ejecutivo, pero no como cosa juzgada. La distinción entre sentencia ejecutiva y sentencia plenaria se sienta en la STS 27 de enero de 1958, que declara la preferencia de rango de la sentencia ordinaria por el carácter litigioso del crédito meramente ejecutivo. Así se establecía expresamente en la Partida 5, título XIV, ley 11, que concedía preferencia en el cobro de su crédito al acreedor por deuda personal que primero obtuvo sentencia favorable sobre los demás acreedores personales que lo hayan obtenido después aunque su deuda sea posterior (SSTS de 5 de febrero de 1878, 9 de julio de 1879, 11 de junio de 1881, 31 de marzo de 1886, 21 de junio de 1889). En el Antiguo Régimen se admitía también que entre los créditos hipotecarios de igual rango era preferente aquel que obtenía sentencia firme, y entre dos créditos reconocidos por sentencia el primero que iniciaba la ejecución (71). Por otra parte a los derechos reconocidos en sentencia firme en juicio ordinario es a los únicos a los que se debe extender el derecho de abstención en el concurso (SSTS 10 de noviembre de 1977, 21 de junio de 1984, 3254; esta última criticable por extender el derecho de abstención a un crédito reconocido en sentencia de remate que no es ejecutiva).

Los créditos escriturarios y reconocidos por sentencia firme ejecutiva se gradúan en función de su fecha. El principio es que la sentencia ejecutiva que no produce efecto de cosa juzgada no otorga rango alguno, por lo que en principio en el conflicto entre sentencias de remate habrá que estar a la preferencia de los títulos (72). Así, por ejemplo, la STS de 9 de julio de 1990, 5787, y 5 de diciembre de 1991, 8917, en caso de conflicto entre dos créditos fundados en documentos intervenidos por corredor de comercio en el que uno era prioritario en relación con la fecha de otorgamiento y otro prioritario en relación con la fecha de la firmeza de la sentencia ejecutiva, declara la preferencia del primero, pues como dice la STS de 28 de mayo de 1981, 3941, la sentencia recaída en juicio ejecutivo no contradice ni desvirtúa la certeza quirográfica del crédito.

Esta doctrina está en relación con el carácter originario de la escritura pública y contradice la doctrina jurisprudencial anterior al código que con-

(71) NONIO, pág. 317.

(72) En sentido contrario, GULLÓN, pág. 774. También alguna jurisprudencia, así STS 15 de marzo de 1988, 1969.

figuraba siempre a los documentos —aún **escriturarios**— como simples medios de prueba, por lo que en el conflicto de escrituras prevalecían siempre las fechas de las sentencias aunque fuesen ejecutivas. Tal doctrina fue común hasta los años 70. En los años inmediatamente posteriores a la promulgación del código se declara reiteradamente que en el conflicto entre créditos escriturarios prevalecen las sentencias de remate sobre la fecha de los títulos mismos o el origen de los créditos (SSTS 11 de mayo de 1894, 21 de noviembre de 1917, 16 de octubre de 1956, 3198; 27 de enero de 1958, 551; 30 de marzo de 1968, 3715; 3 de noviembre de 1971, 4523; 8 de abril de 1976, 1706. Se aventuran innumerables razones para esta preferencia de las fechas de las sentencias de remate: el examen de los títulos o control judicial del crédito (SSTS 16 de octubre de 1956, 6 de marzo de 1978), el carácter litigioso de los créditos escriturarios (SSTS 27 de enero de 1958, 3 de noviembre de 1971); la escritura y la sentencia son dos órdenes distintos de preferencia como lo prueban las expresiones «entre sí» (STS 6 de marzo de 1978) «si hubiesen sido objeto de litigio» (STS 3 de noviembre de 1971). La certeza de la fecha deviene además notoria por la sentencia judicial (STS 3 de noviembre de 1971) (73).

La nueva doctrina parece iniciarse en la STS de 1 de marzo de 1978, 758, y supone una valoración sobre el carácter formal de los créditos que se conserva aún frente a la sentencia judicial de remate y la mayor verosimilitud del crédito ejecutado. Pues hay una dualidad de razones contrapuestas para explicar este cambio jurisprudencial. En primer lugar, para aquellos que consideran que el fundamento del crédito escriturario se funda en la fehaciencia de la fecha es lógico establecer la igualdad de fechas de escrituras y sentencias (74). Pero sobre todo la sentencia otorga ejecutividad o realiza un crédito pero no contiene un acto originario de creación o identificación del crédito más que en los supuestos de tratarse de una sentencia ejecutiva por créditos no escriturarios (por ejemplo, letras de cambio) o de una sentencia declarativa. La autenticidad de origen es la razón del privilegio, y a la misma se refiere por tanto el orden de la preferencia.

Sin embargo el examen de la jurisprudencia muestra que en el conflicto entre créditos escriturarios la jurisprudencia dentro del juicio ejecutivo va

(73) La STS de 27 de abril de 1967, 2036, se plantea el caso excepcional de dos sentencias de fechas diversas en las que la de fecha posterior deviene firme con anterioridad. Se sienta la doctrina de que la preferencia se funda en las fechas de las sentencias y no de su firmeza.

Pero entonces la contradicción estriba en que la preferencia debería retrotraerse a la demanda (véase STS 13 de junio de 1958, 2495).

(74) LACRUZ, pág. 407; PUIG BRUTAU, pág. 572. Y sobre todo Díez PICAZO, que hace una interpretación sumamente restrictiva del privilegio escriturario, al que no considera un auténtico privilegio.

a plantear los problemas de vencimiento y exigibilidad del crédito, así como el de idoneidad y verosimilitud de la causa. La jurisprudencia dista de ser unánime y no es fácil establecer principios generales pero puede ensayarse el siguiente esquema:

1. El rango del crédito es el del otorgamiento de la escritura o formalización pública, y no el del vencimiento o exigibilidad del crédito:

a) STS 20 de febrero de 1987, 701, en la fianza en virtud de una obligación futura existe desde su constitución, y no desde el vencimiento del crédito, STS de 13 de febrero de 1988, en una póliza de préstamo la preferencia existe desde la puesta a disposición del dinero, no desde el vencimiento del préstamo, y en el mismo sentido STS 27 de diciembre de 1985, 6651; STS 28 de mayo de 1991, 1941, un crédito prorrogado tiene el privilegio propio de su constitución, y no se aplica el artículo 1.851 CC, lo que implica no reconocer la «accesoriedad» del privilegio. STS 6 de febrero de 1992, 832, un crédito sometido a condición suspensiva el rango es el del otorgamiento dada la retroactividad del cumplimiento de la condición (art. 114 CC). STS de 15 de diciembre de 1988, 9465, en el caso de una sentencia ejecutiva ampliatoria «a los nuevos plazos vencidos» se le otorga el mismo rango que a la primera (75).

Un caso límite es el de la STS de 29 de abril de 1988, 3301, una escritura pública de reconocimiento de deuda de 4 de mayo es declarada preferente a una sentencia ejecutiva de 25 de mayo, es decir, el mero reconocimiento público de deuda se declara superior a la sentencia de remate, aunque por ser sólo unos días anterior pudiera haber una cierta presunción de fraude.

Esta jurisprudencia debe hacernos dudar del carácter «accesorio» del privilegio, puesto que la prórroga extingue la fianza (art. 1.851 CC), pero no el privilegio crediticio prorrogado, y el privilegio nace aunque no haya nacido el crédito. La razón del privilegio es el otorgamiento formal del documento público (o la sentencia). Así la STS 27 de diciembre de 1974, 4943, la renovación de los plazos mediante la suscripción de letras de cambio no extingue el privilegio escriturario, cuyo rango está ligado a la fecha de otorgamiento (póliza de préstamo para la financiación de la compra de un camión).

Sin embargo este principio general no es aplicado indiscriminadamente por la jurisprudencia en lo que se refiere al afianzamiento o pólizas de préstamo o afianzamiento en garantía de cuentas corrientes, sin duda está jugando aquí la consideración del carácter subsidiario de la fianza. Hay un

(75) La STS de 20 de enero de 1908 declara que el reconocimiento de la preferencia de un crédito implica también el de sus intereses aunque venzan con posterioridad.

problema de matices que puede no resolverse en la póliza si se afianza un préstamo o si se documenta un préstamo en el que se entrega la cantidad debida en el propio acto. La póliza de préstamo es preferente por el carácter refaccionario de la entrega efectiva de dinero (D.20,4,11). Así, afianzar el préstamo es dudoso por su subsidiariedad, si el rango es del otorgamiento o del incumplimiento, pero en caso de póliza de préstamo con entrega efectiva el rango es el de la entrega. Por cuanto que la comprobación de la efectividad del propio incumplimiento no es propio del juicio ejecutivo. Sin embargo se recoge expresamente en el artículo 1.926.2 que la jurisprudencia apenas cita.

La STS 5 de diciembre de 1991, 8917, declara en un afianzamiento en escritura pública que ha de estarse para determinar su rango al incumplimiento de la obligación principal y no al de otorgamiento de la fianza, las SSTS de 3 de noviembre de 1971, 4523; 4 de julio de 1989, 5289; 2 de noviembre de 1989, 7845; 10 de enero de 1991, 294; en créditos documentados por póliza afianzando un préstamo bancario el de la fijación fehaciente del saldo. Exigiendo la STS de 20 de septiembre de 1991, 6057, la exigibilidad indubitada del crédito para el reconocimiento del privilegio.

En sentido contrario STS de 24 de noviembre de 1988, 9041, el rango del aval es el de la fecha del mismo, no el del incumplimiento del crédito por el deudor avalado, en la STS de 1 de junio de 1992, 4982, la hipoteca naval tiene el rango de su constitución y no la fijación del saldo deudor.

En realidad hay un juicio de fondo si lo que se condiciona es el crédito mismo o la garantía (D 20,4,9), en el afianzamiento en garantía de cuentas corrientes no hay crédito alguno garantizado, sino el saldo de una cuenta corriente; y es difícil reconocer entonces el rango al privilegio sin la certeza de su causa y sin la garantía pública de su origen. La reserva de rango es una institución excepcional de carácter hipotecario que no se puede extender a la fianza o a las garantías mobiliarias. Supone reconocer a los bancos un estatuto cuasi público (notarial) en la certificación del saldo. En realidad, pues hay que distinguir si la causa del crédito y su origen está incorporada al acto de afianzamiento como sucede en el préstamo afianzado (precisa entrega de dinero o confesión), en el afianzamiento de operaciones concretas, pero no en el afianzamiento de cuentas o de letras al portador en el que la causa y el origen del crédito no se incorporan al otorgamiento de la garantía. Por ello, igual que en las obligaciones condicionales, en las obligaciones futuras el nacimiento actual de la garantía en el rango exige que el crédito llegue a determinarse sin necesidad de un nuevo acto de otorgamiento, y que el acto de afianzamiento incorpore la causa del crédito.

En definitiva pues, la noción de preferencia del crédito escriturario es algo ciertamente más complejo que la certeza de la fecha, pues si el fundamento fuese la certeza de la fecha deberían ser también privile-

giados créditos fundados en documento privado de fecha fehaciente (art. 1.227 CC). La preferencia se funda también en el testimonio de origen y la verosimilitud de la causa que tienen la virtud de excepcionar la aplicación rigurosa de un orden formal de preferencias. Así, por ejemplo, la STS de 21 de mayo de 1975, 2193, aun reconociendo el carácter escriturario de la póliza intervenida, declara que la póliza de afianzamiento de unas letras de cambio no demuestra la real existencia y cuantía del crédito. Esto es, que la escritura para poder otorgar la preferencia debe autenticar verosímilmente la existencia real del crédito en su origen y causa (76). O como declararon las SSTs de 27 de octubre de 1941, 1000, y 15 de diciembre de 1956, 682, el contrato de apertura de crédito, aunque esté intervenido no es escriturario sino que lo escriturario son las particulares operaciones afianzadas.

El conflicto entre vencimiento y exigibilidad de una parte y fecha de otorgamiento de otra se resuelve en función de la naturaleza del rango escriturario (que es puramente formal), pues se liga a un origen específico: el otorgamiento público. Pero ello, siempre que se incorpore al título la causa del crédito y la misma sea verosímil, y que contenga también los elementos esenciales del crédito (sujetos y objeto determinado y lícito). Es decir, no puede existir privilegio de créditos no nacidos o de créditos que no se muestren verosímiles, y la verosimilitud de la causa está también en razón de la naturaleza del título. Yo creo que muchas de las contradicciones que se observan en la jurisprudencia se deben a un examen específico, dentro del propio juicio ejecutivo, de la verosimilitud de la causa (art. 1.277 CC), que si bien se presume en la diversa naturaleza de los créditos escriturarios (escritura, póliza intervenida, documento privado reconocido), sí que debe haber un juicio sobre idoneidad del juicio y certeza y verosimilitud de la deuda. Como el crédito escriturario es un privilegio general y no hay por ello principio de especialidad, no se aplican los rígidos principios de reserva de rango que se establecen por razón de la publicidad para la reserva de rango en la hipoteca (hipoteca de máximo, en garantía de cuentas corrientes, en garantía de obligaciones futuras). Sin embargo, la sospecha de fraudulencia de operaciones meramente formales de afianzamiento o de reconocimiento de deuda, especialmente en períodos sospechosos, pueden incidir, *prima facie*, dentro de la tercería, a negar eficacia a los títulos públicos.

(76) Y en idéntico sentido, STS 6 de febrero de 1966, 856, GONZÁLEZ HUEBRA, con cita de GREGORIO LÓPEZ, afirma que el crédito escriturario sólo tiene preferencia si consta la fe de la entrega (*Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1867, pág. 151). Pero evidentemente establecida la consensualidad en el Código, tal doctrina sólo podría referirse al préstamo y no a la escritura propiamente dicha. El testimonio que debe dar la escritura no es de entrega de dinero, sino de origen y verosimilitud de la causa.

El sentido restrictivo con el que el Código de Napoleón trató el privilegio escriturario, no se correspondía con los principios del Antiguo Régimen que reconocían preferencia a los meramente quirográficos por razón de su fecha. Yo creo que la realidad del tráfico mercantil impidió llevar a sus últimas consecuencias la voluntad de crear un sistema único y universal de fe pública que implicase la preferencia exclusiva de un otorgamiento público de los contratos, y apareció el corredor de comercio, que se elevó de su originaria condición de comerciante a la de fedatario, y creó una preferencia *sui generis* entre la escrituraria y la quirográfica, en la que sin embargo las vacilaciones jurisprudenciales demuestran los problemas de verosimilitud de la causa de todo documento no calificado públicamente.

El Digesto sienta claramente el principio de que el rango de un privilegio o garantía se determina por su origen y no por su vencimiento (77). Fundado el origen en la promesa, y no el pago o puesta a disposición de la garantía (D. 20,4,1,3), o toma de posesión de la misma (D. 20,4,12) (78). En caso de crédito condicional desde el otorgamiento y no desde el cumplimiento de la condición (D. 20,4,11,1), igual que en el caso de prenda sobre obligaciones futuras (D. 20,4,9,1) (79). En caso de novación del crédito el rango es el originario aunque se cambie de objeto (D. 20,4,12,5; D. 20,4,21). El principio se aplica también, recogiendo la opinión de SCAEVOLA, al vencimiento posterior de intereses, que tienen su rango de la constitución del préstamo y no del vencimiento (D. 20,4,8) (80).

La única excepción es la refacción. El crédito refaccionario prevalece sobre el anterior, como gastos de conservación (D. 20,4,5), de salvamento,

(77) Véase GLUCK, XX, IV, págs. 321 y sigs. La regla se aplica tanto a las hipotecas generales como a las especiales, y es presupuesto de aplicación del principio de prioridad. Analizado más profundamente, se observa que en el propio concepto de garantía se exige la existencia (tipicidad) de una causa propia, que permite anteponer el cobro a las deudas más antiguas. En el Antiguo Régimen el propio concepto de hipoteca (general y especial, mobiliaria e inmobiliaria, judicial, legal o voluntaria) se explica como oponibilidad preferente en el concurso por razón de su origen. La complejidad del régimen de la hipoteca en el Antiguo Régimen sólo se resuelve con un sistema preciso de determinación de su origen.

(78) PUFENDORF, en el comentario a este texto del Digesto (*observationis iuris universi*, II, observación 168) afirma que ello se produce siempre que la obligación llegue a determinarse sin necesidad de nuevo consentimiento del deudor.

(79) También se aplica el principio siempre que llegue a determinarse sin necesidad de un nuevo consentimiento del deudor, principio fundado expresamente en el texto de Papiniano D. 20,4,1.

(80) Es la doctrina de la STS de 20 de enero de 1908: la preferencia de un crédito sobre otro comporta no sólo el capital sino también los intereses. Sin embargo en la garantía prestada sobre cosas futuras el origen está en la adquisición de la cosa, y por ello si se prestaron varias garantías los acreedores son iguales. Sin embargo tal limitación no se aplica a la constitución de hipotecas generales, ni en favor del fisco, que es una hipoteca privilegiada.

transporte y alquileres, y almacenamiento (D. 20,4,6). El concepto de refacción es sumamente amplio, así la subrogación en el rango en caso de pago a un acreedor preferente tiene fundamento refaccionario (D. 20,4,16), igual que la compensación, el préstamo o la deuda de precio en la compraventa, y es preferente la garantía otorgada en el préstamo sobre la anterior si se prestó a causa de la garantía (D. 20,4,11).

La posesión prevalece cuando no se puede determinar el origen o el propietario de la cosa dada en prenda (D. 20,4,14), pero una cosa comprada con dinero pignorado no resulta pignorada (D. 20,4,7), siendo más dudoso si el dinero pagado por una cosa pignorada no resulta pignorado.

Observamos pues que la refacción atribuye la preferencia si en razón de la causa se puede determinar e imputar una deuda a una causa concreta. Esta identidad real de la reciprocidad: el precio en la compraventa, el pago con subrogación, gastos de conservación, transporte, etc..., es preferente al otorgamiento (promesa).

El derecho napoleónico va a cambiar radicalmente la perspectiva puesto que la garantía no constituye por la promesa sino por la forma (inscripción o toma de posesión), con lo que se radicaliza el principio de la identidad formal del rango.

6. Los privilegios tributarios y descubiertos a la Seguridad Social como privilegios escriturarios.

La LGT otorga, en el artículo 71, un privilegio general a los créditos tributarios por las deudas tributarias vencidas y no satisfechas. Y este principio se haya recogido y desarrollado en multitud de normas tributarias y administrativas (así, la STS de 3 de mayo de 1988, 3874, una extensa cita de normas administrativas concordantes). Resulta interesante contrastar que la jurisprudencia, y sin perjuicio de la facultad de instar la anotación preventiva (art. 132 LH) o de solicitar la hipoteca legal expresa y especial (art. 194.3 LH y art. 48 RGR) otorga a los créditos tributarios el rango de privilegios generales sino el rango de privilegios escriturarios, cuyo rango es el del artículo 1.924.4 CC (81). Se argumenta (SSTS 20 de abril de 1987, 2715; 3 de mayo de 1988, 3874; 26 de marzo de 1991, 1 de julio de 1992, 4982); el carácter restrictivo de los privilegios, y el hecho de que se puede solicitar la constitución formal de hipoteca. Así por ejemplo, la STS de 14 de noviembre de 1992, 9404, declara la preferencia de una sentencia de remate anterior a la certificación de descubierto aunque posterior al

(81) Con gran escándalo de la doctrina específicamente tributaria: RODRÍGUEZ BE-RIJO: *Comentario a las leyes tributarias y financieras*, I, págs. 626 y sigs.; SERRERA CONTRERAS: «Apremios administrativos y procesos de ejecución», en *RDFHP*, 1973, págs. 308 y sigs. Véase sin embargo el comentario de GIL RODRÍGUEZ a la STS de 13 de febrero de 1989 (*CCJC*, pág. 234), que se refiere en detalle al carácter restrictivo con que la jurisprudencia civil trata al privilegio general de la Hacienda Pública.

devengo de los impuestos reclamados. Y un caso extremo la STS de 24 de marzo de 1984, 1759, que admite la oponibilidad a la hacienda pública de un acto de aportación a una sociedad, aunque la sociedad no se haya llegado a inscribir en el Registro Mercantil. La oponibilidad de las ventas anteriores se produce, aunque las ventas no se hayan inscrito en el registro (STS de 24 de marzo de 1983).

¿Qué fecha se tomará como origen de la preferencia? La jurisprudencia toma la de certificación del descubierto, no la del devengo o la de la deuda tributaria (SSTS 2 de marzo de 1990, 2756; con cita del artículo 11 de la Ley 40/80, de 5 de julio), o certificación de la recaudación con relación a la certificación de descubierto (STS de 22 de septiembre de 1990, 6901); aunque alguna jurisprudencia, *obiter dicta*, tomó como origen de la preferencia la anotación preventiva del crédito tributario; así, STS de 3 de mayo de 1988, 3874; la razón es que dichas certificaciones de descubierto son títulos suficientes para iniciar el procedimiento ejecutivo (art. 129 LGT, STS 15 de febrero de 1985, 812). Y de igual forma la certificación de descubiertos en débitos a la Seguridad Social (STS de 23 de julio de 1990, 6177).

Se trata, pues, de una auténtica revolución en el régimen de las preferencias tributarias que en el Antiguo Régimen se configuraba como hipoteca general y tácita (gravaba a la cosa) con independencia del titular y con carácter preferente, como reconocimiento de la supremacía y soberanía del Estado, mientras que en la jurisprudencia civil se posponen a los privilegios especiales y generales, determinándose por su origen (certificación de descubierto), como privilegios escriturarios. Era la vocación profunda de la revolución, el crédito tributario se conformaba como la principal carga oculta y a partir del Código la Hacienda Pública es tratada como un particular en la exigencia de recaudación tributaria y por ello no puede dirigirse contra el tercero adquirente de la cosa (STS 30 de abril de 1987), ni tiene preferencia, salvo constitución de hipoteca expresa contra los acreedores hipotecarios, refaccionarios o generales. El ámbito de superprivilegio queda notoriamente restringido; la visión del Estado como un orden formal de tutela de la libertad económica, que va a ejercer la exacción tributaria, por el carácter redistribuidor de la renta (impuestos personales), que gravan el tráfico económico.

JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPI