

EL DERECHO DE PREFERENCIA

POR EL

DR. MARIANO LOPEZ ALARCON

Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho

INTRODUCCION

Proceso de elaboración de esta obra

Nos animó en principio la idea de hacer un estudio sistemático y lo más completo posible de los privilegios, que nuestro Código civil llama derechos de preferencia. Es manifiesta la laguna existente en nuestra doctrina sobre esta materia, que ahora comienza a tratarse ya cuenta con dos recientes trabajos de MARTÍNEZ RADIO y GALLÓN BALLESTEROS—, en contraste con las buenas construcciones monográficas realizadas por los autores del Continente, como POPLAWSKI, en Francia; KNORR en Alemania y GAETANO en Italia, sin contar las felices aportaciones de los tratadistas de otros países y de algunos autores de la América hispana como los argentinos CORDEIRO, MOLINARIO y PONSSA.

En el campo del Derecho concursal, en que tan importante papel juegan los privilegios, aunque los mercantilistas españoles pararon en ellos más atención que los civilistas, tampoco fueron tratados con la extensión que les concedieron en el extranjero PERCEROU o BONELLI y, en nuestros días, SATTÀ o PROVINCIALI. No descuidaron, por el contrario, nuestros escritores de Derecho marítimo tratar con la debida amplitud los privilegios navales, si bien hay que reconocer que no llegaron a agotar los interesantes problemas planteados por los mismos.

De ahí que resultara de gran interés presentar un estudio sobre los privilegios en Derecho español, interés acrecentado por las particularidades que nuestros Códigos y leyes especiales ofrecen en estas cuestiones y que producen serias dificultades de aplicación. Por una parte, el Código



civil es excesivamente parco en la regulación de los privilegios y carece de preceptos generales referidos a los mismos, que tan necesarios se hacen para resolver las dudas que frecuentemente plantea el ejercicio de aquellos y, sobre todo, para determinar el rango de los privilegios que la doctrina belga llama *sin texto*, o sea, de los que no han sido clasificados ni ordenados por el legislador y andan dispersos por las Leyes y por los Códigos. Por otro lado, el de Comercio entremezcla derechos de separación, de prededucción y privilegios, sin matizar su diversa naturaleza y efectos; y, aunque el rango de los privilegios se simplifica con preceptos tan generales como los arts. 912 y 913, sin embargo, la aplicación concurrente del Código de 1829, de la ley de Enjuiciamiento civil y hasta del Derecho civil, como Derecho general de la materia mercantil, plantea problemas de preferencia que ofrecen difícilísima solución a la luz de tan variados textos. Los privilegios marítimos, concretamente, son regulados de modo muy imperfecto, pues, aunque los que recaen sobre el buque están ordenados en el art. 590 del Código de com., no hay sistema en los que se refieren al cargamento o al flete, y si a ésto añadimos las sustanciales alteraciones producidas por la Ley de Hipoteca naval en el número y rango de los privilegios marítimos se confirma la falta de claridad de que adolece el derecho de preferencia en el campo mercantil. Por último, el buen número de privilegios establecidos por leyes especiales, entre ellas la de Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, la de Administración del Estado y la de Régimen Local, acumula nuevos y graves problemas de rango que justifican la necesidad de contar con una doctrina general de los privilegios que dé normas de solución a las numerosas e intrincadas cuestiones que plantean.

Este era el alcance que, en principio, iba a tener la presente obra. Pero, al meditar sobre la denominación *derechos de preferencia* que nuestro Código Civil emplea para designar los privilegios, aún conscientes de que su uso tuvo por objeto omitir expresiones que pudieran significar trato de favor personal, hubimos de preguntarnos si el privilegio no es, según la opinión común, una simple cualidad de un derecho, sino que, más bien, constituiría otro derecho—real o personal—en relación con los bienes o con la persona del deudor, privilegio que se erigiría en causa de otro verdadero y propio derecho subjetivo, el derecho de preferencia, integrador de la relación jurídica del acreedor privilegiado con otro quirografario. Y, aunque este derecho de preferencia como concepto superador del privilegio estaba implícito en la doctrina sobre las «sûretés réelles» y expresamente lo confirman en la concurrencia de créditos autores tan prestigiosos como VAREILLES-SOMIERES y BOULANGER, extendimos nuestra investigación hacia el derecho de preferencia en la llamada *colisión de derechos*, para hallar más amplia base a nuestra construcción; los

contactos con la pandectística germánica y con los autores que monográficamente han tratado esta materia, como NATOLI, TEDESCHI y LÓPEZ BERENGUER, constituyeron experiencia favorable para el derecho de preferencia, no como criterio solucionador de la colisión, sino como firme instrumento jurídico excluyente de aquella. No menos ayudaron a vigorizar esta tesis argumentos proporcionados por el Derecho concursal, el hipotecario y el procesal, reiteradores de la autonomía del derecho de preferencia.

Pero alcanzar sin más esta meta, en una elaboración lógica de pura inducción, tiene un inconveniente fundamental, que es la caída en un vano y artificioso conceptualismo, de escaso o nulo interés para la Ciencia jurídica. Por ello, el trabajo no podía terminar así, en un concepto más o menos atinado del derecho de preferencia. La Ciencia jurídica, que no se concibe sino basada en conceptos, no puede reducirse a puros conceptos, sino que éstos han de limitarse a apoyar las construcciones relacionantes de una obra humana y para el hombre como es el Derecho. Por esto, lograda la cima conceptual del derecho de preferencia, había que descender al estudio particularizado y analítico de las diversas manifestaciones y causas del derecho de preferencia en íntima vinculación con los textos legales y con su aplicación práctica. Hubo necesidad, ante este sesgo de nuestra investigación, de comprender, junto a los derechos de preferencia que contribuyen a satisfacer un crédito frente a otros concurrentes (derechos de preferencia satisfactiva), aquellos otros que tienden a procurar la adquisición de una cosa frente a otros titulares concurrentes de la misma (derechos de preferencia adquisitiva) y, en consecuencia, la teoría general del derecho de preferencia, para ser exacta, tenía que abarcar a unos y a otros, a los satisfactivos y a los adquisitivos, e, igualmente, las causas de preferencia habrían de ampliarse a este otro campo. El plan de la obra quedaba definitivamente trazado: doctrina general del derecho de preferencia y causas de ella en particular.

No es la primera vez que se generaliza y se unifica en esta materia. THIBAUT elevó la colisión de privilegios a colisión de derechos en general, KNORR y POPLAWSKI elaboraron excelentes construcciones unitarias de los privilegios y hoy se comienza a hablar de los derechos de adquisición preferente. Creemos que la construcción de una doctrina general de todos los derechos de preferencia, tanto de satisfacción como de adquisición, puede ser de utilidad, pues evidentemente la tiene demostrar que pertenecen a una misma familia jurídica instituciones ahora tan distantes como los privilegios y los retractos, la prenda y la doble venta; que los privilegios, ni son todos derechos reales (tesis de POPLAWSKI) ni meras cualidades jurídicas (BONNECASE) ni derechos personales (tesis de KNORR), sino causas de preferencia, reales o personales, cuya unificación se produ-

ce en el derecho de preferencia que originan; que el derecho de persecución se deriva del de preferencia y lo complementa; que puede llegarse en nuestro Derecho a establecer el rango de los diversos derechos de preferencia, aún de los basados en privilegios asistemáticos, llamados *sin texto*; que el derecho de retención tiene una función conservativa de la preferencia y no constituye una causa de ella; que un buen número de instituciones procesales están al servicio del derecho de preferencia, como las tercerías, la oposición de tercero, la intervención, el juicio de graduación y otros.

Estas conclusiones y muchas más que consideramos de interés son las que el lector encontrará a lo largo de este trabajo; y no dejará de obtener nuevos y fructíferos resultados quien se acerque a esta materia con ánimo de profundizar en la misma. No otra finalidad perseguimos con este modesto estudio que contribuir a que se despierte entre los juristas la afición al tema que sólo hemos alcanzado a esbozar. La tarea no sería infructífera, pues la legislación y la jurisprudencia están necesitadas de una base doctrinal que les facilite el contenido jurídico preciso para estructurar y aplicar técnicamente el derecho de preferencia.

Ideas preliminares

El título de esta obra suscitará, sin duda, en el ánimo del lector una primera impresión de desconcierto acerca de su contenido. Porque, en efecto, cuando en Derecho se habla de preferencia no se emplea el término con la debida precisión; o se confunde con otros conceptos, o se le usa en una acepción vulgar. Por otro lado, no contamos con una elaboración sedimentada del concepto y, en consecuencia, abundan las graves disparidades doctrinales y falta un criterio unitario en la exposición de las diversas instituciones que son causa del derecho de preferencia. Citamos como muestra de este desconcierto en materia de preferencia el testimonio de RUGGIERO en relación con los privilegios: «Estudiados históricamente —dice— son el más extenso connubio de privilegios verdaderos y propios, de antiguas hipotecas tácitas, de prendas legales y convencionales», abogando seguidamente por una revisión crítica de la materia que conduzca a una disciplina más uniforme y, sobre todo, más racional (1).

La posición del jurista ante los privilegios, y no digamos ante el derecho de preferencia, ha sido siempre de respeto y de temor, hasta el extremo de tener una reputación de oscuridad y hermetismo entre los prácticos y

(1) RUGGIERO, *I dogmi del Diritto privato*, Archivio giurídico Serafini, 4.ª Serie, Tomo XIII, pág. 149.

los estudiantes, que la considerarán como un verdadero laberinto (2), reconociendo FERRARA, Jr., que la figura de los privilegios tiene fama de oscura y proteica y no se ha profundizado en su elaboración jurídica porque, dada la multiplicidad y heterogeneidad de los tipos que se acumulan bajo la misma denominación, son fáciles las confusiones y equívocos (3). En efecto, hay quienes identifican los privilegios con derechos de exclusión, de separación, de prededucción, de rango, y hasta con la simple ordenación preferencial; y, aún separando cuidadosamente estos conceptos, se consideran como privilegios instituciones de naturaleza muy diferente, como la compensación, la acción directa, el derecho de retención, etc. A estas confusiones doctrinales hace coro el legislador creando sin cesar nuevos privilegios mediante leyes especiales, que ha hecho exclamar a VOIRIN, con relación al Derecho francés: «Todos los acreedores quieren ser privilegiados; y, como corresponde a un régimen democrático, el Parlamento trata de satisfacer a sus electores y prodiga los privilegios como prodiga las condecoraciones. De este modo, la noción del privilegio se diluye; ¿de qué sirve ser privilegiado si el privilegio está clasificado después de los del Tesoro, de los salarios y de la Seguridad social, los cuales por sí solos absorben todo el pasivo del deudor?» (4).

Si de aquí pasamos a los derechos de preferencia adquisitiva la desorientación no es menor. BADENES GASSET, en un libro reciente que titula *La preferencia adquisitiva en el Derecho español*, se limita a la aposición de los estudios sucesivos sobre los derechos de tanteo, retracto y opción, dejando inédita su noción general sobre estos derechos de adquisición preferente. Y es lógico que se vacile cuando se trata de construir un concepto de la adquisición preferente, porque también es incierta la naturaleza de sus diversas causas, tales como los retractos, el tanteo, la adquisición preferente en la propiedad horizontal, y esta incertidumbre obstaculiza la tarea de generalización.

A esto se añade que nuevas leyes especiales usan con más frecuencia de la que sería de desear la expresión *derecho de preferencia*, la mayor parte de las veces con impropiedad, pero en ocasiones con justeza. La famosa selección de piso entre los coarrendatarios de un mismo inmueble por el arrendador necesitado de vivienda (art. 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, texto refundido de 13 de abril de 1956), ofrece una

(2) DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit Civil Belge*, VI, pág. 713.

PLANOL dice que el profesorado universitario francés, en buena parte, ha renunciado a interrogar en el examen sobre la naturaleza de los privilegios y sus caracteres. (*Traité élémentaire*, II, 8.ª ed., 1921, pág. 784, nota 1).

(3) FERRARA, junior, *L'ipoteca mobiliare*, 1932, pág. 201.

(4) VOIRIN, *Le vieillissement du Code civil*, *Annales Universitatis Saraviensis*, IV, 1955, pág. 711.

conurrencia de titulares arrendaticios sobre una misma cosa, el inmueble, concurriendo también el arrendador, que por ésto da lugar a que se produzca una situación deficitaria en cuanto al objeto (número de pisos inferior en uno al de concurrentes), que origina un rango de poseedores arrendaticio y arrendador con eliminación, en beneficio de éste, del arrendatario pospuesto por la ley. Es éste un supuesto bien configurado de preferencia adquisitiva.

Ante tal problemática, no apurada con las situaciones que se acaban de exponer, la cuestión primordial que hemos de plantearnos es si hay posibilidad de unificar la noción de todas las instituciones en que late la idea de preferencia entre derechos en una categoría común cuyo desarrollo permita, a su vez, infundir claridad y método en las particulares manifestaciones de aquella noción unitaria. Nuestra respuesta es que, desde el momento en que hay concurso de titulares sobre un mismo objeto, insuficiencia de éste para dotar de contenido a todas las titularidades y, además, una causa de preferencia, hay también derecho de preferencia y, por ello, no sólo es posible, sino muy conveniente, agrupar en una noción general cuantas situaciones jurídicas descansan sobre tales presupuestos fundamentales, siendo indiferente que el bien a entregar o distribuir sea una cosa (en la preferencia adquisitiva) o un valor (en la satisfactiva). Además se siente la necesidad de acometer este estudio de síntesis y generalización a fin de aproximar instituciones que se consideran tan lejanas como los privilegios y los retractos, por ejemplo, o encajar en el sistema de los derechos de preferencia otros institutos que se encuentran perdidos y vagando por los textos sin apoyo doctrinal definido, como la preferencia en caso de doble venta o entre acreedores en caso de subrogación.

Lo esencial —dice MÁXIMO FERRARA SANTAMARÍA— es que una verdadera individualización se determine en el campo amorfo de los variados derechos o poderes innominados que se centran en torno a la persona; puesto que si la individualización de figuras verdaderamente autónomas es posible, la jurisprudencia forense y la doctrinal no tarda en expresar su asentimiento, aún antes de que intervenga una aprobación legislativa (5). Precisamente sucede que cuando esta materia se ha enfocado, aunque solamente se haya hecho en aspectos parciales, con un criterio unitario, tal como procedieron POPLAWSKI y KNORR con los privilegios, KOHLER con el rango inmobiliario y HECK y otros tratadistas con el rango hipotecario en particular (6), las dificultades se aminoran, por-

(5) MÁXIMO FERRARA SANTAMARÍA, *Il potere de disposizione*, 1937, pág. 18.

(6) POPLAWSKI, *La notion du privilège en Droit romain et en Droit civil français*, Burdeos, 1913; KNORR, *Die Natur und Funktion der Vorzugsrechte*, Munich, 1891; KOHLER, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 1919, II, parte 2.^a, § 91; HECK, *Das Sachenrecht*, 1930, págs. 91 y sgts.

que los principios generales ayudan a resolver con criterio uniforme las cuestiones sobre interpretación y aplicación de los textos legales. No hay que resaltar cómo una obra, cual la presente, dedicada al derecho de preferencia, ha de tener muy en cuenta a estos autores que, o identifican el privilegio con el derecho de preferencia y por esta razón hacen aportaciones doctrinales aplicables al último, o bien estructuran la relación de rango (Rangverhältniss) para derivar de la ordenación por el rango propiamente dicho (Rangordnung) el derecho de preferencia (Vorrecht).

Por otro lado, también en otros aspectos del Derecho privado se ha empleado este método de generalización. Basta recordar la elaboración doctrinal del derecho de retención como institución de carácter general, que encontró franca acogida entre los comentaristas del Código napoleónico (TOULLIER, DURANTON, BARTIN, TROPLONG, DEMOLOMBE, MOURLON, AUBRY et RAU y que ya tiene plaza en algunos Ordenamientos legislativos, como el Código civil alemán (art. 273).

Invadimos con nuestro tema el campo de la dinámica jurídica. Como los derechos al valor (Wertrechte) hay que colocar también los de preferencia (Vorrechte o Vorzurechte) entre los llamados por DU CHESNE *derechos dinámicos* que, según él, se distinguen fundamentalmente por la introducción de un elemento de Derecho público y la utilización de este elemento como estímulo para el más amplio desarrollo de las otras categorías de derechos, los reales y los personales (7). Este aspecto dinámico de los derechos se toma también en cuenta por la doctrina con referencia a los derechos reales de garantía y a la inscripción registral (8); pero no están perfilados aún sus caracteres con rasgos bien definidos. Por lo que respecta a los derechos de preferencia no cabe duda que están fundados en un calificado interés público, porque, de otro modo, no se admitirían en Derecho privado preferencias que no tienen más apoyo que la cualidad personal del concurrente privilegiado o circunstancias de conveniencia social. En general, las instituciones construídas sobre el patrón de la subordinación tienen sus raíces en el interés público y así lo ha percibido nuestra jurisprudencia (sentencias de 11 de febrero 1911, 16 diciembre 1920, 16 junio 1924, 1 marzo 1929 y 23 octubre 1946), que justifica la distribución jerárquica de la masa concursal en la existencia de un evidente interés público. Esta afirmación no tienen ningún punto de contacto con la opinión de KNORR de que los derechos de preferencia

(7) DU CHESNE, *Wertrecht und Pfandrecht*, Jahrbücher Ihering, T. 76, pág. 207.

(8) VALLET DE GOYTISOLO, *Derechos reales*, Curso de conferencias refundido por SÁNCHEZ DE FRUTOS en el Anuario de Derecho Civil, 1952, pág. 693; RUBINO, *Il pegno*, 1952, pág. 240; MAIORCA, *Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*, 1938, pág. 219, nota 1; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Tomo I, 5.ª ed., 1954, pág. 9.

pertenecen al Derecho público en la medida en que los preceptos procesales están incardinados en él, puesto que el derecho de preferencia no puede concebirse fuera del procedimiento judicial de satisfacción (9), opinión que parte de una afirmación errónea, ya que la existencia de los derechos no depende de su ejecución procesal y ninguna duda ofrece que los derechos de preferencia pueden ejercitarse al margen del proceso, al que no siempre se ha de recurrir para satisfacer un derecho prevalente, ni para constituirlo, ni para modificar el rango mediante permuta, posposición o reserva; pero es que, aún en el supuesto de tener por cierta aquella afirmación que combatimos, no se sigue de ello la consecuencia de que los derechos de preferencia hayan de someterse a la naturaleza jurídica de las normas procesales, porque si así fuere habría que concluir, y ello es absurdo, que los derechos privados declarados o constituidos procesalmente pertenecen también al Derecho público. Aceptada, pues, la primera parte de la proposición de DU CHESNE, o sea el carácter público de los derechos dinámicos, lo que no puede admitirse es la segunda parte de aquella proposición, es decir, que tales derechos — y, por tanto, el de preferencia— constituyan una categoría distinta de los derechos reales y de los personales, un *tertius genus* entre ellos; en la tradicional bipartición de los derechos *in rem* e *in personam* no caben términos intermedios y así lo proclama la escasa fortuna alcanzada por la teoría del *ius ad rem*. Los derechos dinámicos podrán ser reales o personales y, en otro plano, se oponen a los estáticos, o, mejor dicho, los complementan (10).

Dos limitaciones se imponen a este trabajo: una, de sistema, que es la concreción de su contenido al campo del Derecho privado, aun cuando el derecho de preferencia tenga manifestaciones en todas las ramas jurídicas y, por eso, su estudio último corresponda a la Teoría general del Derecho; otra, de principio, que parte de la consideración de que toda preferencia jurídica no se funda siempre en un derecho de preferencia, es decir, que no en toda ordenación jerárquica de tipo jurídico v. gr. en el orden sucesorio, se manifiesta el derecho de preferencia, porque éste surge de la relación de derechos en determinadas circunstancias, que oportunamente serán examinadas, mientras que en el orden preferencial no hay concurrencia de derechos, sino previsión legal de una jerarquía en la adjudicación de una titularidad expectante. En estos supuestos sólo puede hablarse, como hace D'ORAZI, de *posición de prioridad* como criterio

(9) KNORR, ob. cit., págs. 15 y 16.

(10) Un derecho dinámico por excelencia, de carácter público, es el derecho de acción. Vid. FAIREN GUILLÉN voz ACCION en Nueva Enciclopedia Jurídica Española y ENNECCERUS, *Tratado*, Parte General, vol. 2.º, págs. 465 y sgts.

ordenador de graduación (11), o de principio de preferencia como criterio de solución de la colisión de derechos (12).

Otra limitación acota por sí sola la denominación *derecho de preferencia*, pues ella supone una concurrencia de *derechos*, que excluye el concurso de leyes, de intereses o de acciones. La concurrencia de normas, aunque pueda traducirse en un concurso de derechos, se sujeta en la determinación de la preferencia a una técnica distinta de la empleada para establecer la de los derechos que regulan, tanto si el concurso es entre normas de Derecho interno como entre éstas y otras extranjeras (13). El concurso de derechos tampoco coincide siempre con el de intereses, pues derecho e interés no se identifican, si bien no puede negarse que las causas de preferencia se fundan siempre en la existencia de un interés superior digno de protección jurídica frente a otros; por esto ROTONDI considera absurdo el conflicto de derechos y sólo admite el de intereses, posición que no tiene en cuenta que el mero conflicto de intereses no tiene trascendencia jurídica si no cuentan con protección de esta índole y entonces desembocamos en el conflicto de derechos (14). Por último, en el concurso de acciones, aunque subyace el de los correlativos derechos, su estudio procesal separado ofrece particularidades que no entran en el ámbito de este trabajo (15).

La distribución de la materia recogida en esta obra viene impuesta por el doble aspecto teórico y práctico del mismo. Una primera parte está dedicada a exponer la doctrina general del derecho de preferencia, delimitándose el concepto, se acopian los argumentos que tienden a demostrar la existencia del mismo, se razona sobre su naturaleza jurídica y a continuación se sigue la temática ordinaria de toda institución o sea, constitución, contenido y extinción. En la segunda parte se relacionan las distintas causas de preferencia, tanto satisfactivas como adquisitivas, y se estudia también el rango entre las distintas causas de preferencia en concurso. Se añade una tercera parte, de carácter procesal, que recoge los medios jurídicos de conservación y de defensa del derecho de preferen-

(11) D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, 1950, pág. 102.

(12) Vid. LÓPEZ BERRECUER, *La colisión de derechos*, 1956, págs. 91 y sgs.

(13) GÓMEZ ORBANEJA, *Concurso de leyes y concurso de acciones en Derecho civil*, Revista de Derecho Privado, 1946, págs. 705 y sgs.; WERNER GOLDSCHMIDT, *Sistema formal del Derecho de colisión en el espacio y en el tiempo*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1944, págs. 705 y sgs. y 1945, págs. 42 y sgs.

(14) ROTONDI, *Instituciones de Derecho privado*, trad. española, pág. 93.

Opina NATOLI, por el contrario, que es imposible el conflicto de intereses (*Il diritto soggettivo*, 1945, pág. 26).

(15) Vid. LIEBMAN, *Azioni concorrenti*, Studi per RATTI, 1934, págs. 665 y sgs. y GÓMEZ ORBANEJA, loc. cit.

ciá, entre aquellos ciertas medidas cautelares, y como medios de defensa las tercerías, el juicio de graduación, la oposición de tercero, la intervención de acreedores, la del tercer poseedor, el juicio de retracto, y otros.

PRIMERA PARTE

EL DERECHO DE PREFERENCIA EN GENERAL

CAPITULO I

LA PREFERENCIA EN EL DERECHO

1. La preferencia en general. 2. La preferencia jurídica. 3. El orden de preferencia y la relación jurídica de preferencia. 4. Delimitación de conceptos: A) Preferencia; B) Prelación; C) Rango; D) Privilegio; E) Exclusión; F) Separación; G) Prededucción; H) Prevalencia, preeminencia. 5. Criterios y causas de preferencia. 6. Clases de preferencias: A) Personal y real; B) Voluntaria y legal; C) Pura y modalizada; D) Sobre la cosa y el valor; E) Adquisitiva y satisfactiva.

1. LA PREFERENCIA EN GENERAL.—La palabra *preferencia* deriva etimológicamente de *praefero*, llevar una cosa delante de otra, anteponerla. Manteniendo esta etimología, el Diccionario de la Academia de la Lengua, en su XVI edición, la define «primacía, ventaja o mayoría que una persona o cosa tiene sobre otra, ya en el valor, ya en el merecimiento». A esta definición hay que objetar que limita los criterios de la preferencia al valor y al merecimiento, siendo así que son numerosísimos y variados tales criterios, tantos como módulos de comparación puedan idearse: el volumen, el color, la virtud, el talento, etc. Incluso cabe la combinación de dos o más índices de preferencia.

En el terreno de la Lógica pura, la preferencia es un concepto funcional encargado de relacionar en un determinado sentido a otros con-

ceptos de objeto; es decir, se trata de un concepto sin término objetivo inmediato que establece una relación de subordinación (y, a la inversa, de supraordenación) entre varios conceptos objetivos bajo el siguiente esquema: A es preferido a B, o bien, de la relación A-B vale el ser preferido A a B. Dentro de la clasificación aristotélica de las categorías la preferencia, es, por lo tanto, una especie de la categoría de «relación».

En el campo de la Metafísica cobran singular relieve dos criterios de ordenación preferencial: el espacio y el tiempo, que son base de la colocación y del acontecer o devenir, respectivamente. Hay una preferencia espacial determinada por la situación ordenada y una preferencia temporal constituida por la prioridad en el acaecimiento. Son criterios universales de preferencia que, por ello, pueden actuar también en el campo jurídico, sobre todo el temporal que, en efecto, se manifiesta fundamentalmente en el conocido *principio de prioridad* enunciado en el brocardo «prior tempore potior iure».

2. LA PREFERENCIA JURÍDICA.—El Derecho, cuyos conceptos se refieren a objetos «sui generis» pertenecientes a la esfera del valor, necesita también de conceptos funcionales relacionantes, entre los que alcanza destacada importancia la relación de preferencia que, ante una situación de concurso sobre un bien insuficiente para la satisfacción de varios sujetos, establece una jerarquía o subordinación entre éstos, otorgando a uno de ellos preferencia frente a los otros.

En las relaciones humanas, aún en insignificantes aspectos de la vida cotidiana, se tiene en cuenta la preferencia, ya como norma convencional, bien como presupuesto jurídico. El que cortésmente cede la acera a una dama, quienes ante una taquilla permutan sus puestos, los que disputan en un paseo público por la posesión de una silla de alquiler, todos los que, en suma, defienden o negocian en estas circunstancias una situación de preeminencia sobre otras personas se atienen a un concepto intuitivo o conscientemente aprehendido de la preferencia.

Las fuentes jurídicas ofrecen reiteradamente manifestaciones de la preferencia, porque el Derecho no se identifica con la igualdad, entendida como distribución cuantitativamente idéntica de goces (1). La preferencia de los derechos reales sobre los personales, la establecida entre derechos homogéneos por razón del tiempo o de la inscripción, la preferencia adquisitiva, la prelación de acreedores, el orden sucesorio, la titularidad preferente de poderes o funciones familiares (patria potestad, tutela, representante del ausente), los supuestos prelativos del Derecho mercantil especialmente del marítimo, la preferencia de arrendatá-

(1) STAMMLER, *Filosofía del Derecho*, trad. esp., pág. 380.

rios regulada por la Ley especial, la prelación introducida por la Ley de Hipoteca mobiliaria y tantos ejemplos como podrían enumerarse, muestran la atención constante del legislador hacia la regulación de instituciones bajo el patrón de la preferencia. Esta, tanto mira a la ordenación de derechos perfectos como expectantes, de derechos subjetivos como de facultades jurídicas, de derechos patrimoniales como extrapatrimoniales, de poderes jurídicos, de estados personales y de familia, de las más diversas situaciones jurídicas en general, unas en las que podrá actuarse un derecho de preferencia, otras en las que por distintas vías jurídicas, como la exclusión, la prededucción, la preterición, etc., podrá hacerse valer la preferencia.

En la noción genérica de la preferencia jurídica entra también la preferencia de normas, tanto en el espacio (Derecho interespacial), como en el tiempo (Derecho intertemporal), y también pueden presentarse en concurso acciones con prevalencia de alguna de ellas. Tan amplio es el ámbito de ésta que un buen número de autores aseguran que la *coordinación* (ley del concurso) y la *subordinación* (ley de la preferencia) son los instrumentos empleados por el Derecho para evitar supuestos de conflicto y prevenir la paz jurídica en el campo de las relaciones sociales (2).

Pero no ha de perderse de vista que la preferencia, si bien es un concepto de trascendencia jurídica, no es un concepto jurídico, y de ahí que sólo sirva como punto de partida para alcanzar la noción del derecho de preferencia, de la cual es presunto, a través de la relación jurídica de preferencia.

3.—EL ORDEN DE PREFERENCIA Y LA RELACIÓN JURÍDICA DE PREFERENCIA.—No siempre todo *orden de preferencia* establecido por la ley implica *relación jurídica de preferencia*. Aquél es un concepto genérico, creador de subordinación jurídica, sí, pero que se limita a establecer simples escalas de preferencia en las que el sujeto primeramente designado es el favorecido por la ley sin concurrir con los demás, designados con carácter subsidiario; ejemplos de este orden de preferencia son las escalas sucesorias o tutelares. En otras ocasiones el legislador tiende a evitar situaciones de concurso previniendo anticipadamente la solución, que se traduce frecuentemente en la atribución de un derecho a un sujeto con ne-

(2) NATOLI, *Limiti e presupposti del conflitto dei diritti*, en *Scritti in onore di Scialoja*, T. III, pág. 372. TERESCHI, *Negozi giuridici incompatibili*, Arch. giur. Serafini, 4.ª serie, T. XVII, pág. 213; COVIELLO, *Doctrina general del Derecho civil*, trad. esp., pág. 547; KNÜCKEMAN, *Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung römischen Recht*, Archiv für die civilistischen Praxis, T. 103, págs. 181 y sgts.; SINTENIS, *Das Praktische gemeine Civilrecht*, 1860, I, pág. 235; FERRARA, *Teoria del Diritto e metafisica del Diritto*, en *Scritti giuridici*, III, pág. 453.

gación del mismo al que pudiera discutírsele, como sucede en diversos supuestos de accesión o de ocupación, excluyéndose así la posibilidad de toda relación jurídica de preferencia aunque el legislador haya seguido una escala en la concesión de puesto favorable a uno de los titulares entre los que podrían haber entrado en conflicto.

Ciertos órdenes de preferencia pueden dar lugar a la *relación jurídica de preferencia*, como una modalidad de la relación jurídica, que FERRARA denomina *relación de orden*, D'ORAZI *relación de prelación* y algunos autores alemanes la llaman *relación de rango* (3). Otros tratadistas, como VON THUR, que en el caso concreto de que coincidan diversos acreedores de un mismo deudor niega que exista relación jurídica entre aquellos, reconoce en cambio que sí la hay cuando interviene alguna causa de preferencia, como el embargo, o las que pueden hacerse valer al amparo del Derecho concursal (4) y DE CASTRO apunta que en el concurso de acreedores podría quizás utilizarse el término de *relaciones jurídicas incidentales* (5). Sus particularidades son las siguientes: a) Es una relación jurídica secundaria, es decir, que presupone la existencia de otras dos relaciones, pues la de preferencia exige dos o más derechos en concurso; b) Las relaciones principales han de concurrir sobre el mismo bien; c) El sujeto pasivo de la relación de rango (pospuesto) es sujeto activo de la relación principal respectiva, mientras el sujeto activo (preferente) conserva la misma posición; d) Es una relación de signo unilateral (derecho del sujeto preferente y obligación del pospuesto); e) El objeto remoto se identifica con el de las relaciones principales; el objeto próximo es la conducta del sujeto pospuesto, que ha de tolerar que el preferido ejercite el suyo; f) Para que la relación sea de preferencia es indispensable que alguno de los derechos en concurso se encuentre favorecido por una causa de preferencia, lo que supone que a una de las relaciones principales se le superponga, fortaleciendo el derecho, otro elemento nuevo que, a veces, puede ser otra relación jurídica, como la hipoteca.

4. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS.—Mucho se ganaría en la comprensión y en la claridad expositiva de esta materia, si se pusiera el mayor cuidado en fijar una terminología precisa para expresar los diversos conceptos relacionados con la preferencia y, una vez fijada, pusiéramos todo

(3) FERRARA, *Trattato*, pág. 372; D'ORAZI, ob. cit., pág. 104; WEGE, *In welchem Verhältnisse sehen mehrere ihrem Range nach vortretende oder zuruckiretende Grundbuch-Posten zueinander*, Arch. Civ. Prax., T. 51, págs. 41 y sgts.; WESTERMANN, *Lehrbuch des Sachenrecht*, 1951, pág. 354.

(4) VON THUR, *Derecho civil, Teoría general*, trad. esp., T. I, vol. 1.º, págs. 156, 157, 404 y 455; NATOLI, *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 del Codice civile*, 1950, págs. 32-33

(5) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Tomo 1, 3.ª ed., pág. 622, nota 8.

nuestro empeño en usar con propiedad los términos propuestos. Resulta fatigoso que, cuando hemos de leer alguna obra relacionada con la preferencia, tratése de privilegios, de rango, de derechos de garantía, etc., tengamos que ir inquiriendo a través de sus páginas la terminología del autor y comprobar con bastante frecuencia que éste no siempre se mantiene fiel a las acepciones en principio empleadas. Entre diversos autores, con mayor motivo, la coincidencia terminológica no se produce con la unidad deseable.

Seguidamente relacionamos los términos comúnmente usados al tratar de la preferencia, con la noción que de los mismos tenemos y que respetaremos a lo largo de este trabajo.

A) A la *preferencia* hay que reservar el sentido amplio del concepto, entendiéndola como sinónima de subordinación. Es el término genérico que conviene a los diversos supuestos en que un sujeto, un bien, un derecho, una ley, un interés, una acción, se antepone a otro. ESCRICHE, que impropriamente la identifica con la prelación, la define como «ventaja, primacía o antelación que se da a un competidor sobre otro» (6).

B) La *prelación* debe limitarse a la preferencia entre acreedores concurrentes sobre un patrimonio en liquidación o, en general, sobre un bien insuficiente para la satisfacción de todos ellos. En este sentido escribe GAETANO que «se entiende por prelación la preferencia atribuida a un acreedor frente a otros acreedores, que se encuentran con él en concurso, para el reparto del precio de los bienes ejecutados en perjuicio del deudor común» (7). Nuestro Código civil se atiene a esta significación y encabeza el Cap. III del Tít. XVII del Lib. IV con la rúbrica: «La prelación de créditos». Los autores españoles siguen la letra del Código y su terminología.

Y todavía hay quien, siguiendo a las fuentes romanas, designa «ius praelationis» a los derechos de tanteo y retracto (8), lo que se presta a confusiones. El retracto, el «Vorkaufsrecht», los derechos de adquisición preferente, son preferencias, pero no prelación, pues éstas se refieren solamente a la preferencia crediticia.

C) *Rango*. En una acepción, es la preferencia que se manifiesta en el

(6) ESCRICHE, Diccionario, IV, pág. 634.

(7) GAETANO, *I privilegi*, 1952, pág. 36.

(8) D'ORAZI, en la obra citada y TAMBURO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, 1954, págs. 125 y sgts. y los autores que cita. El Código italiano da pie para esta terminología, pues también la usa en varios artículos (966, 732, 2157).

Sobre la prelación en el Derecho Romano, vid. PESCIONE, *La prelazione nel Diritto romano e greco-romano*, 1929 y GAETANO METE, voz PRELACIONE en el *Dizionario Pratico di Diritto Privato*.

concurso de los derechos reales limitados (9). Confiere una jerarquía sobre los otros derechos reales concurrentes, un poder jurídico que tiene eficacia para detener el derecho inferior, impidiéndole avanzar en su natural tendencia a la igualación y aún a la superación del derecho preferente.

La doctrina española ha dedicado su atención exclusivamente al rango hipotecario (COSSÍO, SANZ, ROCA...), con alguna excepción como LACRUZ BERDEJO, que estudia el rango en su propia extensión (10).

La otra acepción, que será la empleada aquí, es la preferencia de un derecho sobre otros que también gozan de alguna causa de preferencia, tal como cuando concurren varios retractos o privilegios: Es un concurso de preferencias jurídicas, entre las que triunfa la más fuerte («Privilegium fortius vincit debilis»). El término viene usándose de antiguo en esta acepción, incluso para la ordenación de créditos privilegiados (11).

D) *Privilegio*. En dos sentidos puede emplearse este término:

a) Como *privata lex*, que proporciona una posición excepcional para un caso concreto, ya de ventaja particular para un sujeto o para un grupo de personas, bien de desventaja para el sujeto afectado, al que se le impone una obligación o privación de un derecho general. Es una fuente anómala de Derecho en sí, por lo tanto, no tiene más relación con la preferencia que la posibilidad de crearla en alguna de sus manifestaciones (12).

b) Como *causa de preferencia (privilegium exigendi)* en favor de ciertos acreedores por razón de la persona, de las cosas o de las relaciones jurídicas. A los privilegios se refiere el art. 1528 del Cód. civil y son relacionados en los arts. 1922 a 1924 bajo la denominación de *derechos de preferencia*.

E) *Exclusión*. Como quiera que es presupuesto esencial de la preferencia una situación de concurso, si éste no se produce tampoco aquella se configura. Se habla entonces de exclusividad de tal derecho y, como dice JOSSE-RAND, ni aún puede hablarse de oposición. Pone este autor el ejemplo que proporciona el art. 582 del Code de Procedure, que autoriza a los acreedores por alimentos a la traba de ciertos bienes inembargables del deudor. Aquí —dice—, frente a los otros acreedores, no hay una simple causa de preferencia, sino un derecho de exclusividad; no existen los

(9) WOLF, *Derecho de cosas*, trad. esp., I, pág. 222; LENT, *Sachenrecht*, 1955, pág. 40.

(10) LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 1955, págs. 101 y 102; Idem., *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 1957, págs. 186 y sgls.

(11) UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Civilrechts*, I, 5.ª ed., pág. 627; POPLAWSKI, ob. cit., pág. 31.

(12) DE CASTRO, ob. cit., pág. 116.

demás acreedores para aquél, no tienen derechos respecto a los bienes embargados (13).

Claro que, de un modo indirecto, puede llegarse por vía de la exclusión a la consecuencia última de una satisfacción preferente.

F) *Separación*. Se diferencia de la exclusión en que sí hay aquí inicialmente situación de concurso; pero algunos titulares están facultados por la ley para apartar del patrimonio concursal una o varias cosas en su propio beneficio. Se manifiesta en el derecho hereditario como separación de los patrimonios del difunto y del heredero cuando concurren acreedores de éste con los del difunto (14). En el Derecho concursal actúa en beneficio de los acreedores que son titulares de derechos reales de goce sobre bienes incluidos en la masa (arts. 908 y sgts. del Código de com.); son los acreedores *ex iure dominii*, tradicionalmente beneficiados con este derecho de separación (15).

G) *Prededucción*. Guarda analogía con la separación y se diferencia de ella en que se aparta de la masa concursal no una cosa, sino un valor a metálico. Para SPANGENBERG estos titulares no reclaman ninguna propiedad, sino solamente la separación de una porción aislada del patrimonio del deudor y su satisfacción al acreedor (16). En la doctrina italiana se ha estudiado la prededucción con especial detenimiento, sobre todo en

(13) JOSSEBRAND, *Curso de Derecho Civil*, trad. esp. II, 2.º, pág. 398. Vid. también NICOLÒ en los Comentarios al Código civil italiano dirigidos por SACIALOJA y BRANCA, Libro VI, comentario al art. 2741, pág. 23, que considera casos de derecho de exclusión el de los acreedores sociales frente a los particulares de los asociados en el caso de sociedades no reconocidas (ar. 38) y de aquellas a las que no es atribuida personalidad jurídica (arts. 2267, 2293 y 2315).

(14) MARIO DE SIMONE, *La separazione dei beni hereditari*, 1942, pág. 68; VOIRINO, *Beneficio d'inventario*, 1942, pág. 382; FRITZ, *Über die Collision der Legatäre mit der Erbschaftsgläubigern und den Gläubigern der Erben*, Ar. Civ. Prax., XII, págs. 246 y sgts. Recientemente ha publicado LÓPEZ JACOISTE un interesante estudio sobre la materia bajo el título *El beneficio de separación de patrimonios en nuestro Derecho sucesorio*, Rev. Gal. Leg. Jur., T. 204 (año 1958), págs. 471 y sgts.

(15) NAVARRINI, *Quiebra*, trad. esp. núms. 263 y sgts., cuida de distinguir la separación de la reivindicación, aduciendo que en aquella no se pretende inmediatamente la restitución de la cosa. También establece la distinción GARRIGUES (*Curso de Derecho Mercantil*, II, 1.º, págs. 435 y sgts.), que llama a la separación, reivindicación impropia. La diferencia puede establecerse, a nuestro juicio, con más nitidez atendiendo al título esgrimido, que en la reivindicación es la cualidad de propietario, mientras que en la separación es, además, la de acreedor concurrente, y, a veces, hasta que ésta sea solamente titular de un derecho real. (Con relación al derecho de prenda vid. este argumento en HERDMANN, *Derechos reales*, trad. esp., pág. 491).

La más tajante separación entre derechos de preferencia y de separación ha sido hecha por VAREILLES-SOMIERES, *Du conflict de créances et du droit de préférence entre créanciers*, Revue Critique de Legislation et Jurisprudence, años 1905 y 1906, que sostiene que «el derecho de propiedad no dá jamás derecho de preferencia» (año 1905, pág. 535, nota).

(16) SPANGENBERG, *Über das Separationsrecht ex iure crediti bei concursen*, Arch. Civ. Prax., X, págs. 404 y sgts.

relación con los gastos de justicia, en donde se estima que hay prededucción por razón de constituir un crédito del acreedor respecto de los acreedores que participan en el reparto del producto de la ejecución (17). Más adelante, al estudiar las causas de preferencia, veremos cómo este supuesto de prededucción no puede aceptarse en nuestro Derecho.

H) *Prevalencia, preeminencia*. Estos términos son empleados por algunos autores italianos. El concepto de prevalencia —dice BATAGLINI— difiere del de preferencia en cuanto el primero implica una idea de superioridad o de potencia que falta absolutamente al segundo, y GAETANO se refiere a la preeminencia como concepto distinto del privilegio (18).

Hay que desterrar estas sutilezas terminológicas que sólo conducen a llevar la confusión a una materia harto intrincada como es ésta de la preferencia. Atributos de ella son la primacía, la prioridad, la prevalencia, la preeminencia, la anteposición, la precedencia..., y destacará uno u otro en cada ocasión, según las circunstancias en que se desenvuelva la preferencia. Lo que no debe hacerse, en beneficio de la claridad, es elevar cada uno de estos atributos a conceptos afines u opuestos al de la preferencia.

5. CRITERIOS Y CAUSAS DE PREFERENCIA.—Por criterios o principios de solución en la colisión de derechos entiende LÓPEZ BERENGUER aquellos que en cada caso concreto han inclinado al legislador o inclinan al Juez hacia alguna de las soluciones admitidas por el Derecho, bien de preferencia, ya de coordinación (19). Partiendo de esta noción, criterios de preferencia serán los motivos que han impulsado al legislador a otorgar la preferencia; no son arbitrarias apreciaciones del autor de la ley, sino que se conforman a una poderosa razón objetiva. Unas veces mueve a conceder la preferencia un interés público, otras, razones de humanidad y, en ocasiones, la particular situación de la cosa, sin que éstos sean los únicos motivos utilizables (20).

La causa de preferencia, de carácter objetivo, crea entre los titulares concurrentes la situación de desigualdad que excluye la aplicación de la

(17) GORLA, *Le garanzie reali della obbligazione*, 1935, pág. 291; BIGIAVI, *La separazione tardiva* *Rivista di Diritto Commerciale*, XXXIX, 1.ª, pág. 95; RELENTI, *Struttura del procedimento esecutivo per espropriazione e problemi di spese*, Arch. giur. Serafini, 5.ª serie, XI, págs. 161 y sgts.

(18) BATAGLINI, voz PREFERENZA en el Diz. Prat. Dir. Priv.; GAETANO, voz PRIVILEGIO en el Nuovo Digesto Italiano; cfr. también AULETTA, *Potéri formativi e diritti potestativi*, Riv. Dir. Comm., XXXVII, 1.ª, pág. 565.

(19) LÓPEZ BERENGUER, ob. cit., pág. 76.

(20) DE PAGE distingue, con relación a los privilegios, motivos de humanidad, de equidad, de orden público y de prenda fácil, ob. cit., VII, 1.º, pág. 18.

normal ley del concurso. Si un derecho está favorecido por una causa de preferencia entonces prevalecerá en concurrencia con los demás que carecen de ella. El Código napoleónico limitó las causas de preferencia entre acreedores a los privilegios y las hipotecas (art. 2094), patrón seguido por muchos otros Códigos y por buena parte de la doctrina y cuyas omisiones serán estudiadas oportunamente. Pero se comprende que la preferencia en general obedezca a otras causas, además de los privilegios y de las hipotecas, y ya veremos cómo constituyen causa ciertos actos de publicidad, como los asientos registrales, situaciones de prioridad, como en el concurso de posesiones, afecciones de carácter procesal, como el embargo, etc.

6.—CLASES DE PREFERENCIA.—Los supuestos generales de preferencia pueden agruparse en diversas categorías, bien definidas y con límites precisos entre ellas. Anteriormente nos hemos referido a la prelación, al rango, a la separación y a la prededucción; pero desde otros puntos de vista pueden establecerse nuevas clases:

A) *Preferencia personal y real*.—La primera se otorga a alguna clase de personas (*beneficia personae*); la segunda a ciertas cosas o relaciones jurídicas y, por ende, a los titulares de derechos conexos con ellas (*beneficia causae*) (21). Preferencia personal será la otorgada por el art. 1922 del Código civil a los aseguradores, real es la atribuida a los derechos reales sobre los personales.

B) *Preferencia voluntaria y legal*.—Aquella es establecida por acuerdo de los particulares y ésta por disposición de la ley.

Los casos de preferencia legal se clasifican por BATAGLINI atendiendo:

a) Al tiempo, o sea, al de la prioridad temporal, sea en la posesión, en la inscripción, en el ejercicio de la acción, en el cobro del crédito, etc.

b) Al *status familiae*. Generalmente es preferido el pariente más próximo al más remoto, como en las sucesiones y en la delación de la tutela.

c) A la posición jurídica de la persona preferida. Por ejemplo, de arrendatario o de colindante en el retracto.

d) A la naturaleza del derecho hecho valer por la persona preferida. Se refiere a las causas de preferencia originadoras del rango.

C) *Preferencia pura y modalizada*, según que la subordinación esté o no sometida a alguna limitación accesoria de la voluntad.

D) *Preferencia sobre la cosa y preferencia al valor*, según que la concurrencia se produzca sobre una cosa y se agote en ella, o que recaiga so-

(21) WACHTER, *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, 1842, II, págs. 329 y sgts.

bre una cosa pero se agote con la distribución de su valor. En el primer caso, como sucede en los casos de adquisición preferente, se produce la exclusión de los titulares postergados como última consecuencia; mientras que en el otro supuesto, cual sucede en el concurso de acreedores, la satisfacción del acreedor preferente no excluye la posibilidad de que otros puedan percibir su crédito, pese a su postergación, si después mejora la situación patrimonial del deudor (art. 1928 del Código civil).

E) *Preferencia adquisitiva y satisfactiva*, que guarda íntima relación con la bipartición establecida en el apartado anterior. En la adquisitiva el concurso tiene por objeto apropiarse de una cosa en especie; en la satisfactiva se tiende a la extinción de un crédito previa realización del valor de la cosa.

En último término se produce la satisfacción tanto del adquirente como del acreedor, por lo que toda preferencia acaba siendo satisfactiva. Pero la separación de estas dos especies pone de manifiesto la distinta finalidad de una y otra preferencia, lo que es de evidente utilidad. Por ésto la doctrina italiana opone la adquisición a la satisfacción y esta terminología ha tenido reflejo en GUASP (22).

(22) GUASP, *Derecho Procesal Civil*, 1956, págs. 869 y sgts.

CAPITULO II

CUESTIONES SOBRE SI EXISTE EL DERECHO DE PREFERENCIA

7.—Opiniones negativas: A) De DABIN; B) De TEDESCHI y SCARPELLI; C) De FERRARA; D) De JOSSERAND; E) De CARNELUTTI.

8. Argumentos favorables a la existencia del derecho de preferencia: A) Construcciones empíricas: a) La fuerza de los derechos; b) La intensidad de los derechos; B) La ley del concurso conduce, por excepción, al derecho de preferencia; C) La colisión de derechos y el derecho de preferencia; D) Del privilegio y de las causas de preferencia en general al derecho de preferencia; E) La substantivación del rango; F) Acciones que protegen el derecho de preferencia.

7. OPINIONES NEGATIVAS—A) De DABIN. Frente a la común orientación doctrinal que, insistentemente, viene refiriéndose al derecho de preferencia o al derecho de rango preferente, bien con carácter general, ya al estudiar las notas características de los derechos reales, de los de garantía, de los privilegios, del tanteo, retracto, doble venta, etc., se ha alzado recientemente DABIN sosteniendo que el derecho de preferencia no sólo es inútil sino contradictorio. «El titular del derecho real escribe—, cuando éste es el principal, no puede tener ni preferencia ni prioridad por la sencilla razón de que no entra ni tiene que entrar en concurso con nadie; en la medida de su derecho usa de él, y esto le basta», añadiendo que «cuando se dice que en el caso de pretensiones concurrentes de un mismo derecho o de dos derechos distintos, pero inconciliables, que uno de los *pretendientes* es preferido al otro, es evidente que no se trata ya de un derecho de preferencia. Se afirma el derecho en uno de ellos y se niega al otro, eso es todo» (1).

(1) DABIN, *Derecho subjetivo*, trad. esp., pág. 224.



Dos son, pues, los argumentos empleados por este ilustre jurista para defender su posición negativa. En el concurso del derecho real afirma que éste no entra ni tiene que entrar en concurso con nadie, que el titular usa de la cosa en la medida de su derecho; y en la concurrencia de pretensiones sostiene que lo que hay es afirmación de un derecho y negación de otro. A lo primero puede objetarse que el uso de la cosa por el titular del derecho real no es tan absoluto que excluya el uso simultáneo o sucesivo de la misma cosa por el titular de otro derecho; ¿qué es sino un concurso de varios derechos reales la incidencia de varias hipotecas o de varios derechos de servidumbre sobre una misma cosa?; ¿y cómo se puede negar la concurrencia de derechos reales y personales si los Ordenamientos jurídicos prevén este concurso en las normas graduatorias de la ejecución singular y la colectiva. La doctrina no viene cavilando en vano sobre el rango de los derechos reales, el concurso de éstos con los personales y, últimamente, sobre los interesantes problemas que plantea la concurrencia entre los derechos personales de goce. DABIN no ha matizado, como agudamente ha hecho NATOLI (2), que entre derecho real y de crédito, si no hay conflicto porque la ley ha previsto una situación de subordinación, sí hay concurso, pues hay la común referencia a un mismo bien sin expresa exclusión de aquél. En el caso de concurrencia de pretensiones es cierto que hay afirmación de un derecho y negación del concurrente; pero este efecto es, precisamente, consecuencia del derecho de preferencia, que autoriza al titular del mismo a impugnar el ejercicio del derecho postpuesto.

B) De TEDESCHI y SCARPELLI. —Hay una orientación doctrinal que no admite el derecho de preferencia, partiendo de la base de que es imposible todo conflicto de derechos, ya que desde un principio solamente tiene existencia el derecho tutelado por la ley, de tal modo que se considera imposible que exista otro derecho incompatible o concurrente con aquél. Un significado representante de esta tendencia es TEDESCHI, cuyo es este expresivo párrafo: «se imagina un conflicto que termine con la muerte de alguno, mientras... aquellos que deberían morir al fin del combate, estaban ya muertos antes de comenzarlo, no habiendo tenido más que una ilusión de vida» (3). Con el mismo radical criterio sostiene SCARPELLI que en el llamado erróneamente conflicto entre varios derechos personales de goce, que contempla el art. 1380 del nuevo Código civil italiano, sólo hay un derecho subjetivo, el del titular a quien corres-

(2) NATOLI, *Il conflitto...*, cit., pág. 43. Véase, no obstante, lo que decimos más adelante, al tratar de la opinión de JOSSEMAND.

(3) TEDESCHI, loc. cit., págs. 217-218.

ponde el goce, con eliminación, por tanto, de todo conflicto, que sólo es aparente. El autor no distingue entre la abstracta posibilidad de actuación de un derecho y su concreta realización, sino que afirma que «la imposibilidad de actuación para todos los derechos subjetivos no conviene a la materia que el derecho disciplina, sino que es inherente al derecho mismo, es interno al derecho de las normas». En otros términos, a los derechos que pretenden concurrir con el tutelado hay que tenerlos por inexistentes antes de que se produzca el aparente conflicto (4).

El error fundamental de este autor es su creencia de que un derecho que no se ejercita no existe, sin importar que esta suspensión del goce proceda de que otro derecho en concurso con aquél se lo impida. Pero es tan cierto en Derecho que el goce no es la medida o causa de la existencia de los derechos, que estamos relevados de pararnos a insistir sobre ello.

En general, cuando varios derechos incompatibles entran en concurso, si domina el criterio de subordinación habrá de prevalecer uno de ellos y la norma jurídica habrá cuidado de establecer el derecho preferente entre ellos. mas, para la determinación de este derecho será indispensable la previa concurrencia de aquellos, pues la preferencia exige, por lo menos, dos términos de comparación. Lo menos que puede otorgarse al titular de un derecho sobre un bien es que concurra con los otros, aunque sean preferentes, como respeto mínimo a aquel derecho. En situaciones dudosas será preciso, incluso, que sean los Tribunales quienes declaren cuál es el derecho preferente y a nadie se le ocurre pensar que en la misma resolución habrá de pronunciarse que los derechos concurrentes ni aún existían antes del aparente concurso. Todos ellos existían en el momento del concurso y, aún después de éste, siguen existiendo, hasta el extremo de que su facultad de goce puede reanudarse si, por cualquier causa, se extingue el derecho preferente. Si, por ejemplo, en el caso de la doble venta de un mismo bien inmueble varios adquirentes inscriben la propiedad en el Registro, será preferente, conforme al art. 1473 del Cód-

(4) SCARPELLI, *Il c. d. conflitto tra diritti personali di godimento e l'art. 1380 del Codice civile*, en *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, V, pág. 952.

Con un lenguaje reiterativo, a fuer de querer ser convincente, escribe que «no se puede tener pluralidad de derechos subjetivos allí donde haya entre ellos incompatibilidad lógica y subsista efectivamente para cada uno de los titulares la potestad del querer, o la tutela de los intereses, o la facultad, o la acción, etc... Si se paralizan recíprocamente, aún en el extremo momento de la realización, la ejecución, las potestades del querer, menos una, no son potestades, las tutelas jurídicas, menos una, no son tutelas, las facultades, las pretensiones, las acciones, menos una, no son facultades, pretensiones, acciones; los derechos subjetivos, menos uno, no son derechos subjetivos. Podremos decir que están quiescentes, condicionados, debilitados, a nuestro gusto, pero no que son derechos subjetivos».

Esta es la grave equivocación de SCARPELLI, negar que los derechos subjetivos quiescentes, condicionados o debilitados sean derechos subjetivos.

go civil, el primero que la haya inscrito; pero, si se declara nula esta inscripción es evidente que la propiedad corresponde al titular que inscribió en segundo lugar. En la quiebra tampoco puede afirmarse que no existen los derechos postergados; si así fuere no tendría explicación que el art. 921 del Código de comercio exija como requisito previo para la rehabilitación del quebrado que se pruebe que «con el haber de la quiebra, o mediante entregas posteriores, quedaron satisfechas todas las obligaciones reconocidas en el procedimiento de quiebra».

Por ésto, concluye así NATOLI su crítica de la postura de TEDESCHI: «Si subsiste la posibilidad de que ambas obligaciones sean cumplidas y que el cumplimiento de la una o de la otra sea igualmente válido, esto significa, y no puede significar otra cosa, que ambas obligaciones tienen ya válida existencia» (5).

C) De FERRARA.—Tampoco se muestra este tratadista adicto a la defensa del derecho de preferencia. Para él deben distinguirse de los derechos accesorios ciertas *cualidades inherentes a los derechos*, que, produciendo una ventaja, parecen surgir como derechos por sí subsistentes. Así, los *privilegia exigendi* —continúa diciendo— no son derechos de prelación, sino «*ragioni di prelazione*», son cualidades atribuidas por la ley a determinadas especies de créditos, por virtud de las cuales son preferidas en el concurso para su satisfacción (6). Admite, pues, que un derecho sea preferente sobre otro; pero niega que esa preferencia haya que atribuirle a un accesorio derecho de preferencia, sino que más bien es consecuencia de una cualidad de aquel derecho que es preferente.

Mas ¿qué son las cualidades jurídicas? El propio FERRARA, con referencia a las personas, las define como las condiciones o estados naturales o civiles de la persona que influyen sobre el goce o sobre el ejercicio de los derechos (edad, sexo, etc.) (7). También hay un concepto particular aplicado a los derechos subjetivos y así BUTERA (8) entiende que la cualidad a que nos referimos es un modo de ser del derecho subjetivo que ha impreso el Ordenamiento jurídico, por el cual, frente a los otros créditos concurrentes, adquiere aquel derecho un rango particular en cuanto al título de la prelación o preferencia, pero al mismo no corresponde deber alguno del deudor. Es difícil concebir que los derechos tengan un

(5) NATOLI, *Il conflitto...*, cit., pág. 38.

(6) FERRARA, *Trattato*, pág. 423. En el mismo sentido CANDIAN, *Nozioni istituzionali di Diritto Privato*, 1946, pág. 386; MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 1950, II, 2.º, pág. 65. VON THUR, ob. cit., I, 1.º, pág. 293. También abundan los autores que consideran que el privilegio es una cualidad del crédito (CHIRONI, DE PAGE, BONNECASE y otros).

(7) FERRARA, *Trattato*, pág. 337.

(8) BUTERA, voz PRIVILEGI, en el Diz, Prat. Dir. Priv.

módo de ser que les haga ser preferidos o pospuestos unos a otros, porque, si así fuera, el mismo derecho por sí, sin necesidad de añadirle elementos extraños, se impondría a otros en caso de concurso, cuando lo cierto es que un derecho, para gozar de preferencia, necesita de una causa anexionada que se la otorgue (9).

D) De JOSSERAND. En un aspecto particular, en el encuentro de derechos reales y de crédito, ha negado este autor que intervenga derecho de preferencia; para él solamente hay una manifestación del carácter absoluto de los primeros (10).

Esta postura, que equivale a una negación parcial de la existencia del derecho objeto de nuestro estudio, constituye una ampliación de los supuestos de exclusión a costa de los de preferencia; el derecho real no es para JOSSERAND nada más que eso: exclusión del derecho personal. No creemos, sin embargo, que, ni aún en este restringido aspecto, la nota de exclusividad que, en abstracto, se predica del derecho real suplante al de preferencia cuando incidan aquellos con derechos personales sobre una misma cosa; lo que ocurre es que la preferencia a favor del derecho real es la norma general, mientras la ley no disponga otra cosa. Ciertamente es imposible la situación de conflicto; pero ello es, precisamente, porque la hay de subordinación, de preferencia (11). Si hubiera exclusión basada en la absolutividad del derecho real sería difícil de explicar la razón por la cual hay supuestos en que el derecho personal prevalece sobre el real, como sucede con la subsistencia del arrendamiento en caso de enajenación de la finca arrendada o de ejercicio del retracto arrendaticio frente al propietario tercer adquirente. En la concurrencia de los derechos reales de realización del valor y los derechos de crédito, la preferencia y el rango entre ellos es materia regulada en los Códigos y en las leyes concursales, por lo que no cabe hablar de exclusión. Los derechos reales de goce, pueden entrar en concurso con los de crédito, aun cuando éstos se beneficien de una causa de preferencia (privilegio, hipoteca, etc.), pero el titular del derecho real tiene el derecho de separación con el fin de extraer la cosa gravada de la masa concursal.

E) DE CARNELUTTI.—No podía faltar el gran Maestro italiano a la cita del derecho de preferencia. Y ha acudido, como era de esperar, desde el punto de vista procesalista, negando que el concurso y la graduación de acreedores tenga naturaleza substantiva. Escribe que el *privilegio*, lo

(9) En otros términos dice De PACE que los derechos de persecución y de preferencia no son atributos exclusivos del derecho real, sino que constituyen hoy medios técnicos propios para asegurar una protección más fuerte de un derecho cualquiera. (Ob. cit., I, págs. 176-177).

(10) JOSSERAND, ob. cit., I, 1.º, pág. 113; Id., I, 3.º, pág. 19.

(11) Cfr. NATOLI, *Il conflitto...*, cit., págs. 43 y sgts.

mismo que la *concurzalidad*, es una *modalidad* (y precisamente una *extensión* más que una *limitación*) de la *acción ejecutiva*, esto es, del derecho (subjetivo) *procesal*, no del derecho *material* del acreedor; y tanto menos constituye un derecho *frente a los otros acreedores* o, en general, *frente a los terceros* (12). Y en otro de sus libros aclara que «el mismo acreedor hipotecario, en cuanto es preferido a los otros acreedores en la distribución del precio de remate, o cualquier otro acreedor provisto de un privilegio, no tiene respecto del deudor ningún derecho mayor que el de su crédito, ni tiene ningún derecho frente a los otros acreedores; éstos, o el tercero responsable, están sometidos tan sólo a una potestad del Organismo en cuanto al tercero se le expropian bienes para satisfacer al acreedor o en cuanto que a los otros acreedores no se les distribuye el precio de la expropiación, sino después de que el acreedor privilegiado haya sido satisfecho; por otra parte, a este último no le corresponde otro derecho sino el de obtener que el Organismo ejercite tales poderes» (13).

Las mismas ideas sostiene CARNELUTTI cuando expone su tesis procesalista de la hipoteca, combatiendo su naturaleza de derecho real para atribuirle la de una nuda acción ejecutiva. Al objeto de nuestro estudio ha de recogerse la insistencia con que defiende que los otros acreedores no están obligados respecto del hipotecario, sino meramente sujetos por el derecho de preferencia; al faltar el elemento de la obligación faltará también el elemento fundamental del derecho subjetivo material (14). También se ha escrito que «el derecho de prioridad o privilegio que otorga la hipoteca no constituye un derecho real oponible a terceros, sino un derecho frente al titular del Organismo jurisdiccional a cobrar con anterioridad a los acreedores posteriores» (15).

(12) CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad. esp., II, págs. 650-651. Siguen la misma dirección LIEMAN, *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, Rivista di Diritto Procesuale Civile, año 1934, 1.ª, págs. 146 y sgts.; BRUNO ROSSI, *Tutela e garanzie a favore del credito agrario*, Rivista di Diritto Agrario, X, págs. 528 y sgts.; CARNACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento*, 1936, págs. 262 y sgts.

(13) CARNELUTTI, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, trad. esp., pág. 191.

Es de notar que la *procesalización* del derecho de preferencia, si bien alcanza su más completa elaboración con CARNELUTTI, cuenta con importantes precursores, tales como SOHM, en la *Grünhuts Zeitschrift*, 1878, págs. 28 y sgts., bajo el título *Über Natur und Geschichte der modernen Hypothek* cita de KOHLER en su libro *Pfandrechtliche. Forschungen*, 1882, pág. 61; KNORR, ob. cit., págs. 10-16; DU CLOSNE, loc. cit., pág. 219; REDENTI, *Del giudizio civile con pluralità di parti*, 1910, págs. 224 y sgts. (Cita de FRANCESCHELLI, *L'ipoteca como diritto reale*, en Riv. Dir. Comm., año 1938, 1.ª, pág. 274).

(14) CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, en Studi di Diritto Procesuale, 1928, II, págs. 189 y sgts.; Id., *Natura giuridica dell'ipoteca*, en Riv. Dir. Proc. Civ., año 1939, 1.ª, págs. 3 y sgts.

(15) FENECH, *Recepción de la hipoteca en el Derecho Procesal*, Revista de Derecho Procesal, año 1952, págs. 335-336.

No podemos detenernos en una exposición de las numerosas objeciones de que ha sido objeto la tesis procesalista, un buen resumen de las cuales puede verse en ROCA SASTRE (16); pero no cerraremos este párrafo sin aludir a la inexacta afirmación de que no hay derecho de preferencia entre acreedores porque donde hay obligación de parte hay obligación del Juez y aquella obligación de los acreedores propuestos hay que sustituirla por una situación de sujeción. En primer lugar, aún partiendo de la hipótesis de que las relaciones de preferencia sean de naturaleza procesal —y la impugnación de esta postura es tratada en el capítulo siguiente—, se tiende hoy a sustituir el concepto de obligación procesal por el de cargas y deberes en razón a que no hay posibilidad de configurar dentro del proceso relaciones jurídicas semejantes a las del Derecho privado, porque, del lado del obligado, si éste no cumple, falta la consecuencia de la responsabilidad (17). Este razonamiento es del todo convincente cuando es al Juez a quien se atribuye la obligación, pues éste tiene el deber público de resolver de conformidad con las leyes (art. 6 del Código civil y arts. 2, 7 y 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), pero no obligación de otorgar preferencia a un acreedor determinado en correspondencia a un derecho de éste dentro de una relación jurídica procesal que sustituya a la que, ciertamente de carácter material, existe entre los acreedores; y si el Juez declara la preferencia de un acreedor es, ni más ni menos, en acatamiento a aquel derecho substantivo previo (en el orden lógico y cronológico) que el acreedor preferente tiene respecto de los otros (18). Esto es confirmado por nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, que somete la graduación de los acreedores al examen y decisión de la Junta (art. 1271), reconociendo así a aquellos una disponibilidad de los recíprocos derechos relativos a la preferencia. El papel del Juez queda limitado a resolver las disidencias que surjan en dicha Junta. Por otro lado, negar que los acreedores propuestos vienen obligados a tolerar la satisfacción del acreedor preferente para aceptar que están sujetos a éste, no conduce a la supresión del derecho de preferencia, sino a lo más a considerarlo como un derecho potestativo, caracterizado precisamente por la

(16) Ob. cit., IV, págs. 17 y sgts.

(17) GUASP, ob. cit., pág. 24; CARLOS MIGUEL Y ALONSO, *Los principios de la carga de la prueba en el proceso civil*, en Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, XXXIII pág. 172.

(18) Cfr. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, 1935, pág. 830; RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, 1956, págs. 10-11 y también en *Il pegno*, cit., pág. 269.

El propio CARNELUTTI ha sostenido que «el privilegio es un derecho que corresponde al acreedor frente a los otros acreedores: el derecho de ser preferido a estos otros en la distribución del precio obtenido con los bienes del deudor liquidado mediante el procedimiento de ejecución (*Conversione in denaro della cosa soggetta a privilegio*, en Riv. Dir. Comm., año 1923, 2.^a pág. 400).

sujeción de la voluntad de una persona por un vínculo al cual no puede sustraerse (19).

Las construcciones carneltuttianas, impresionantes por su vigor y agudeza, han de mirarse con prevención cuando pretenden atraer al campo procesal alguna institución de Derecho substantivo. El insigne FERRARA, en su último escrito, terminado unas horas antes de morir, ha calificado la labor jurídica de su compatriota en estos términos: «Valioso procesalista, ha tratado de *procesalizar* todo el Derecho» (20).

8. ARGUMENTOS FAVORABLES A LA EXISTENCIA DEL DERECHO DE PREFERENCIA.—Después de las objeciones formuladas contra las ideas de los autores que niegan total o parcialmente el derecho de preferencia, puede ya afirmarse que este derecho tiene vida propia y contornos definidos, como la realidad jurídica nos muestra con frecuencia. Pero, no satisfechos con esta defensa frente a posiciones contrarias, vamos a exponer seguidamente nuevos argumentos que reafirman la existencia de este derecho.

A) *Construcciones empíricas del derecho de preferencia.*—Eminentes autores, al advertir el fenómeno jurídico de la supremacía de unos derechos sobre otros en concurso, han comprendido que la causa de ello había de radicar en un elemento extraño y accesorio del derecho preferido, que han identificado con diversas notas de los derechos, en una rudimentaria intuición del de preferencia:

a) *La fuerza de los derechos.*—Cuando varios derechos entran en conflicto y éste ha de resolverse en beneficio exclusivo de alguno de ellos se dice por algunos juristas que es preferente el más fuerte, empleando los términos *fortaleza* y *debilidad* para jerarquizar a los derechos en conflicto. Así, REGELSBERGER distingue tres supuestos de colisión: 1.º Que un derecho sea *más fuerte* que otro y lo detenga en su ejercicio; 2.º Que los derechos contradictorios sean *igualmente fuertes*, pero con ejercicio limitado en proporción al ejercicio de los otros; 3.º La *misma fortaleza*, pero sin limitación en su ejercicio (21).

Esta fortaleza no es más que una metáfora tomada del mundo físico y aplicada a los derechos. El substratum de la fortaleza de los derechos es

(19) Cfr. MESSINA, voz DIRITTI POTESTATIVI, en el NUOV. Dig. It.; SANTI ROMANO, *Frammenti di un Dizionario giuridico*, 1947, págs. 177 y sgts.; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto Processuale Civile*, trad. esp., I, págs. 15 y sgts.

(20) FERRARA, *Teoria del Diritto...*, cit., pág. 156.

(21) REGELSBERGER, *Pandekten*, I, 1893, pág. 232. Cfr. también BIRHMAN, *Bürgerliches Recht*, 1908, pág. 345; DEHNBURG, *System des römischen Recht*, 1912, págs. 69-70; VON TUHR, ob. cit., III, 2.º, pág. 271.

otro derecho. En este sentido, SINTENIS apunta a la nota de *extraña procedencia* de la fortaleza cuando dice que ésta y la debilidad son cualidades relativas que los derechos toman con su nacimiento o inherentes a su naturaleza individual; ZITELMANN admite la idea de *relación jurídica entre concurrentes*, pues sostiene que en la relación entre el derecho limitador y el limitado, aquél prevalece, como más fuerte, sobre éste; y GIERKE, aceptando explícitamente el derecho de preferencia, hace depender la fortaleza de un derecho, o de su propia naturaleza, o de una *preferencia exterior* (por ejemplo, *derecho de preferencia* en el concurso), o de una mayor antigüedad, o de cualquier otra causa (22).

b) *La intensidad de los derechos*.—Ha sido KOHLER quien ha expuesto un original, aunque artificioso, sistema para la determinación del rango de los derechos, que él llama sistema de la intensidad. Consiste en que un derecho real, especialmente, tiene una gran fuerza en cuanto a su satisfacción y por ésto viene a ser el primeramente designado entre todos. La diferencia entre las hipotecas 1, 2 y 3 es una diferencia en la intensidad, una diferencia que se basa, no en la situación *cuasi-local* (quasi-örtlichen) de la hipoteca, sino una diferencia en el poder y en la eficacia (23).

La conclusión fluye por sí sola. Si la intensidad se funda en el poder y en la eficacia quiere decir ello que se funda en un derecho, habida cuenta de que el contenido de éste es un poder jurídico (24). Y la referencia que hace KOHLER al rango hipotecario se vuelve contra él, porque aquí precisamente se muestra patentemente la actuación del derecho de preferencia, según tendremos ocasión de ver más abajo al tratar de la substantivación del rango.

B) *La ley del concurso conduce, por excepción, al derecho de preferencia*.—Entre las funciones que el Derecho está llamado a cumplir destaca la de satisfacer una necesidad unánimemente sentida: la coexistencia de los derechos. Estos pueden concurrir con incompatibilidad total o parcial y el Derecho ha de arbitrar las fórmulas adecuadas para excluir el conflicto. En el concurso de acreedores se establece, en principio, la igualdad de trato de aquellos, que comprende estos tres aspectos: 1.º Admisión al concurso de todos los derechos aptos para concurrir; 2.º Participación de ellos en los bienes comunes que han de satisfacer las pretensiones concurrentes; 3.º Participación igual. En otros términos, los derechos concurren en pie de igualdad y están expuestos a sufrir de modo

(22) SINTENIS, ob. cit., I, pág. 235; ZITELMANN, *Anschluss der Widerrechtlichkeit*, Arch. Civ. Prax., T. 99, pág. 34; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, 1936 (reimpresión), I, pág. 322, nota 15.

(23) KOHLER, *Lehrbuch*, cit., II, 2.º, págs. 400 y sgts.

(24) Vid. DE CASTRO, ob. cit., I, págs. 642 y sgts.; MESSINGBO, ob. cit., I, págs. 128-129.

proporcionado la insuficiencia del bien sobre el que concurren (25). Ello es consecuencia de otro principio, generalmente admitido, el de la responsabilidad patrimonial universal e igualitaria, que también nuestro Código civil formula en su art. 1911.

Pero los titulares de un derecho pretenden, por todos los medios, fortificarlo para asegurar su completa satisfacción en caso de concurso, eludiendo la rígida ley de la igualdad. En un sugestivo libro dice VASSEUR que «los acreedores sujetos a la ley de igualdad han tratado de eludirla por un reflejo natural. Han tratado, naturalmente, de infiltrarse en el círculo de estas personas, sea que hayan pretendido beneficiarse de una causa legítima de preferencia, bien que hayan pretendido ser titulares de un derecho real de propiedad, o acreedores de la masa, o acreedores posteriores al juicio declarativo» (26). Por lo tanto, siempre sucede que el triunfo de un derecho en su tendencia a superar la ley del concurso se debe necesariamente a la intervención de un nuevo elemento que rompa la igualdad originaria de los derechos y que no es más que el derecho de preferencia, el cual una vez apuesto a alguno de los derechos concurrentes desequilibra la igualdad concursal en beneficio de aquél (27).

C) *La colisión de derechos y el derecho de preferencia.*—Los autores que admiten la posibilidad de la colisión de derechos incluyen entre las fórmulas de solución el que denominan sistema de la preferencia, por virtud del cual uno de los derechos debe extinguirse o reducirse en su contenido o transformarse o postergarse (28).

Ahora bien, estos efectos excluyentes, en todo o en parte, de uno de los derechos por causa de la supremacía, de la fuerza o de la intensidad de otro en conflicto con aquél, no puede ser atribuido a poderes arbitrarios o irracionales, sino que para excluir la antijuricidad que toda colisión de derecho lleva consigo (29), una de las maneras de que aquella sea purgada consistirá en la introducción de un nuevo dato que lleve al campo de lo jurídico, por vía de subordinación, aquel estado de colisión, otorgando preferencia a alguno de los derechos. Mas, como un derecho no puede neutralizarse y luego superarse si no es mediante otro derecho, de aquí la necesidad de recurrir al de preferencia como instrumento adecuado para evitar o salir del estado de colisión por dicha vía de subordinación. Expresamente lo reconoce así CROME cuando afirma que muchas veces se establece un rango de los diversos derechos y pretensiones con-

(25) Sobre esta ley del concurso cfr. DE PAGE, ob. cit., VI, págs. 679 y sgts.

(26) VASSEUR, *L'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, 1949, pág. 78.

(27) Vid. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, 1952, I, págs. 69-70; RUBINO, *L'ipoteca...*, cit., pág. 385; DE PAGE, ob. cit., VI, págs. 679 y sgts.

(28) Vid. LÓPEZ BERENGUER, ob. cit., págs. 70, 128, 144 y 149.

(29) ZITELMANN, loc. cit., pág. 31.



currentes mediante un derecho de preferencia de un determinado derecho ante los otros (30).

Se comprende, pues, que el principio de preferencia, de tanta importancia para la solución de estos supuestos conflictos, no sea más que una manifestación doctrinal de la actuación del derecho de preferencia, al que, en definitiva, hay que referir la solución de la colisión por vía de subordinación.

D) *Del privilegio y de las causas de preferencia en general al derecho de preferencia.*—En el capítulo precedente hemos aludido al privilegio en dos de sus acepciones, como *privata lex* y como *privilegium exigendi*.

Algunos autores alemanes acertaron, sin embargo, a destacar en el privilegio su moderno y amplio sentido de *relación jurídica* (GIERKE) y de *causa del derecho de preferencia* (KNORR). Aquel escribe que «el privilegio como relación jurídica consiste en un mejor derecho y se funda en aquel derecho de preferencia por virtud del cual el sujeto favorecido se antepone a los otros sujetos» (31), distinguiendo así la doble vertiente del privilegio: la que mira al deudor (causa de la preferencia) y la que se orienta hacia los otros acreedores (relación de preferencia). KNORR afirma que siempre que un acreedor puede exigir un rango preferente, una situación jurídica preferente frente a otro acreedor, aparece al mismo tiempo el derecho de preferencia como un término técnico siempre adecuado (32).

En general, no solamente el privilegio, sino toda causa de preferencia (la hipoteca, la prenda, el embargo, etc.) es, en realidad, causa del derecho de preferencia, pues la facultad de preferir aneja a dichas causas se convierte en un derecho autónomo de preferencia cuando el derecho subyacente, favorecido con dicha causa, entra en concurso con otros derechos. Causa, facultad de preferir y derecho de preferencia son los estadios del proceso seguido por un derecho para prevalecer sobre otros concurrentes. Bastantes autores se han percatado de esta vinculación del derecho de preferencia a su causa, entre ellos MAIORCA, quien, con relación a la hipoteca, dice que ésta «es sólo el derecho real y no es el derecho de prelación que está fuera de la definición de la hipoteca, la cual es causa legal del derecho de ejecución, cosa distinta y separada... Quien ejercita un derecho de ejecución privilegiada no realiza más que el derecho de prelación concedido por la ley, dados ciertos presupuestos, entre los cua-

(30) CROME, *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, I, 1900, pág. 501.

(31) GIERKE, ob. cit., I, pág. 303.

(32) KNORR, ob. cit., pág. 5.

les, por caso, son la existencia de una hipoteca válida o de una prenda válida» (33).

E) *La substantivación del rango.*—Sabemos que el rango registral de los derechos reales que gravan una misma cosa viene determinado por la prioridad de la fecha de las respectivas inscripciones, y no se pone en duda que el rango afecta a los derechos correspondientes de manera tal que —como dice JERÓNIMO GONZÁLEZ— su valor decrece rápidamente con el número de las inscripciones contradictorias que, por precederle, gozan de prelación (34). Se ha llegado, incluso, a conceder autonomía jurídica y económica al rango, substantivándolo y permitiéndose, con ello, una negociación del mismo con independencia del derecho respectivo (35).

Esta substantivación del rango no es más que el reconocimiento del derecho de preferencia, como entidad independiente del derecho principal, y que tiene por causa la prioridad registral. El rango en sí, como puesto en un conjunto, tendrá sentido para el matemático, que opera con los puros conceptos del número y de la medida; pero no lo tiene por sí sólo para el jurista, que se mueve entre relaciones jurídicas, derechos y deberes, a los cuales hay que referir necesariamente toda substantivación jurídica. Por ésto, cuando se habla de permuta, posposición o reserva de rango, se apunta a alteraciones de derechos accesorios de preferencia, no a puros rangos, que se elevan o rebajan permaneciendo inmutables los derechos subyacentes.

F) *Acciones que protegen al derecho de preferencia.*—No es pacífico el concepto de acción, ni entre los civilistas, que lo alumbraron, ni entre los procesalistas, que lo exaltaron como pilar básico de la autonomía del Derecho procesal. Todavía no está perfilada de una manera definitiva su naturaleza jurídica, si bien, en lo que interesa a nuestro estudio, es opinión común de la moderna doctrina que, aún manteniéndose la heterogeneidad de los conceptos de derecho subjetivo material y derecho subjetivo de acción, uno y otro no están desconectados, sino que guardan entre sí profundas relaciones, concebidas con variedad de matices por los diversos autores. Conocida es la primitiva tendencia doctrinal que identificó, más o menos plenamente, el derecho de acción y el derecho material al que ordinariamente sirve la acción, o, según otra terminología,

(33) MAIORCA, *ob. cit.*, pág. 219; RUBINO, *L'ipoteca...*, *cit.*, pág. 385.

(34) JERÓNIMO GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho hipotecario y civil*, I, pág. 446.

(35) El anteproyecto de la reforma hipotecaria del año 1944 disponía que «el rango hipotecario de los derechos reales de posible concurrencia sobre una misma finca o derecho tendrá la consideración de valor patrimonial negociable, con las limitaciones establecidas en la ley».

que la acción trata de proteger (36). La evolución posterior presenta a la acción como una pretensión de tutela del derecho (37). Y, aunque nuevas teorías distancian más y más a la acción del derecho material, llegándose a decir por PEKELIS (38) que el derecho subjetivo substancial no es más que un secundario reflejo del primario funcionamiento del derecho de acción, lo cierto es que no son convincentes ni útiles estas posturas extremistas y que en el campo de las acciones de condena —especialmente interesantes para nuestra argumentación— la correlación entre acción y derecho en un plano de coordinación se acusa destacadamente (39).

Pues bien, las leyes procesales atienden con adecuados preceptos al ejercicio de las acciones relativas al derecho de preferencia. Nuestra Ley de Enjuiciamiento civil regula diversas acciones protectoras de aquél, las cuales tendrá su oportuno desarrollo en la tercera parte de este trabajo. Solamente citaremos aquí tres de ellas de singular importancia: las tercerías, basadas, o en el dominio de los bienes embargados al deudor, o en el derecho del tercero a ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante (arts. 1532 a 1534); las pretensiones que en la pieza segunda del concurso pueden deducir los acreedores con referencia a la graduación de los créditos (arts. 1266 y sgts.); el juicio de retracto (art. 1618 y sgts.). En estos procesos se faculta a ciertos titulares para promover el restablecimiento de una situación jurídica de preferencia desconocida o vulnerada por los otros titulares concurrentes, dirigiéndose la pretensión contra ellos, que son el sujeto pasivo de la relación substantiva de preferencia.

En Derecho italiano alcanzar mayor elaboración las acciones encaminadas a hacer valer el derecho de preferencia en la ejecución singular. De una parte, los acreedores que no han solicitado la ejecución pueden pedir que se les tenga por partícipes, con la graduación que les corresponda, en la distribución del precio del remate obtenido por la liquidación del activo, mediante la llamada *demanda de colocación* (arts. 498 a 500

(36) SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, traducción esp. de Mesía y Poley, 2.ª ed., IV, págs. 9-10. MATTEOLO, *Trattato di Diritto Giuridario Civile Italiano*, I, 1902, pág. 21; MARRAS, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, 4.ª ed., pág. 226.

(37) WAGH, PLANCK, SCHMIDT, STRIN, HELLMIG y LANGHEINEREN, citados por GUASP, *Comentarios*, I, pág. 326, nota 1.

(38) PEKELIS, voz AZIONE, en el *Nuov. Dig.* II.

(39) GÓMEZ ORBANDEA, *Derecho Procesal Civil*, 2.ª ed., pág. 57; ARIAS, *El derecho subjetivo y la acción*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo, año 1951, pág. 629.

Ciertamente, como dice MARTÍNEZ BERNAL, no pasando de considerar que la acción procesal es un acto, pueden eludirse perfectamente los innumerables problemas que la acción «como derecho» ha llevado consigo (*Sobre el concepto del Derecho Procesal*, en *Rev. Der. Priv.*, año 1944, pág. 636); pero, aún así, la conexión entre derecho material y acción no puede eludirse.

del Código de Procedura Cívile). Por otro lado, el art. 510, sustituyendo al antiguo y complicado juicio de graduación que establecía el art. 717 del Código procesal derogado, ha introducido un procedimiento de oposición del acreedor que aspira a la satisfacción de su pretensión sobre los bienes del deudor, siendo substancialmente uniforme el procedimiento para los supuestos de expropiación de bienes muebles e inmuebles. Finalmente, la oposición a la ejecución respecto de los bienes embargados es normada por el art. 619 y viene a ser equivalente a nuestra tercería (40).

El Derecho alemán distingue la ejecución forzosa sobre bienes muebles y sobre bienes inmuebles. En el primer caso, contra el plan de distribución del precio puede plantear cada acreedor interesado reclamación de acuerdo con el art. 766 de la ZPO y queja inmediata, de conformidad con el art. 793, contra el auto que rechace aquella; o puede también plantear exclusivamente oposición contra la existencia, importe o jerarquía de un crédito precedente, con lo que trata de lograr mejor graduación para el suyo (art. 876). En la ejecución inmobiliaria puede interponerse reclamación a tenor de los arts. 114 y 115 de la ZVG (Ley de Ejecución forzosa) y además la oposición (41).

Este cuidado puesto por las legislaciones en dotar de instrumentos procesales adecuados a los titulares de derechos de preferencia para la defensa de los mismos, es un argumento definitivo favorable a la tesis que sustentamos.

(40) Vid. SATTI, *L'esecuzione forzata*, 1952, pág. 76; REDENTI, *Diritto Processuale Civile*, 1954, III, págs. 194 y sgts., y 307 y sgts.; CARNELOTTI, *Instituciones...*, cit., págs. 580 y sgts.

(41) ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. esp., 1955, III, págs. 196-197.

CAPITULO III

NOCION Y CLASES DEL DERECHO DE PREFERENCIA

9. Concepto y caracteres. 10. A) Es un derecho subjetivo. 11. B) Deriva de una facultad preferente aneja a la causa de preferencia. 12. C) Han de concurrir varios derechos patrimoniales. 13. D) La concurrencia ha de recaer sobre un mismo bien, de naturaleza económica. 14. E) La concurrencia ha de ser incompatible. 15. Naturaleza jurídica. 16. Clases.

9.—CONCEPTO Y CARACTERES.—La doctrina no abunda en definiciones del derecho de preferencia. RUBINO da una idea de la que denomina *preferencia en sentido amplio* concibiéndola como «derecho a obtener un determinado bien con preferencia a otros sujetos». Para VAREILLES-SOMIERES «es el derecho, para el titular de un derecho sobre una persona o sobre una cosa, de prevalecer sobre las personas que tienen también derechos sobre esta persona o sobre esta cosa» y BATAGLINI, más descriptivo, dice que es «aquel derecho subjetivo por el cual una persona que tenga en común con otra un bien, una cosa o un derecho, o que se encuentre ligada a otra por particulares relaciones jurídicas (por ejemplo: relaciones procesales) puede obtener en beneficio propio, o el sacrificio de la cuota de derechos de otro, o, en el ámbito de la relación, el cambio de la propia posición jurídica» (1).

(1) RUBINO, *L'ipoteca...*, cit., pág. 385; VAREILLES-SOMIERES, loc. cit., pág. 535; BATAGLINI, loc. cit.

La definición de RUBINO omite la situación de concurso y, además, emplea en la definición el término *preferencia*, que es el definido; tiene el acierto de emplear la expresión *bien* para designar el objeto del derecho de preferencia (el objeto remoto, se entiende), pues su amplio contenido se adapta a las diversas especies y supuestos. VAREILLES-SOMIERES, que sí tiene en cuenta la situación de concurso, se excede al equiparar las personas a las cosas como término objetivo de la relación de preferencia; lo correcto es entender que se refiere a derecho a la prestación por parte de otra persona (y no sobre esta persona) y, aún así, no puede admitirse que la prestación del deudor común pueda ser objeto del concurso, según tendremos ocasión de ver en el próximo capítulo. Por último, BATAGLINI maneja datos útiles, como su calificación del derecho de preferencia como derecho subjetivo, la situación de concurso previo y el sacrificio de la cuota de derechos del pospuesto como efecto del derecho de preferencia; pero involucra su definición con un supuesto extraño a la preferencia: el derecho al cambio de posición jurídica dentro de una relación jurídica, v. gr.: la relación procesal, que es la tenida en cuenta por el autor para configurar esta extraña relación de preferencia, la cual es examinada partiendo de la situación de preferencia inicial del demandante en la «litis», comparada con la que el demandado puede alcanzar en el curso de aquella, tales como la observancia del fuero del demandado, la rebeldía del actor, la imprescriptibilidad de las excepciones y la carga de la prueba (2). La verdad es que no apreciamos en el cambio de posición dentro de una relación jurídica (como en la de depósito, el cambio del depositario en prestatario en los supuestos de los arts. 1768 del Código civil y 309 del Código de comercio) o en un proceso (inversión de la carga de prueba, por ejemplo) concurso de derechos con privación a alguno de ellos de su ejercicio en beneficio del preferido; lo que se advierte es una conversión de las relaciones jurídicas o aplicación de reglas procesales acogidas por razones de necesidad o conveniencia y al margen de toda relación de preferencia.

Para nosotros el derecho de preferencia es *aquel derecho subjetivo subordinado que, por desenvolvimiento de una precedente facultad aneja a la causa de preferencia, nace en virtud del concurso de varios derechos patrimoniales sobre un mismo bien, el cual es insuficiente para la satisfacción de todos aquellos derechos, y produce el efecto, en beneficio*

(2) Este autor considera ventajosas para el demandado, en relación con situaciones análogas del actor, la carga de la prueba (que en principio corresponde al demandante), la rebeldía del actor (que no exige la prosecución del proceso y sí lo requiere la del demandado), la imprescriptibilidad de las excepciones (son prescriptibles las acciones, como regla general) y el fuero privilegiado del demandado.

del derecho preferido, de sacrificar los derechos postpuestos cuyos titulares habrán de tolerar la satisfacción de los preferentes.

Los caracteres del derecho de preferencia se deducen de esta definición y son los siguientes:

10. A) ES UN DERECHO SUBJETIVO.—Ya hemos tenido ocasión de defender esta naturaleza del derecho de preferencia cuando lo insertábamos en la relación jurídica de preferencia, ocupando la posición activa de la misma (3), (4).

Algunos autores se inclinan a considerarlo como un derecho potestativo (5). FERRI sostiene, en este sentido, que en el caso de doble venta, *secundus* goza de un derecho potestativo contra *primus*, que debe sufrir un cambio jurídico; MESSINA incluye entre los potestativos los derechos de retracto y de preferencia, en el grupo de los extintivos; y AULETTA conecta íntimamente el derecho de preferencia con el potestativo cuando define que «la relación potestativa resulta del conjunto de un poder (situación activa) y de una sujeción (situación pasiva), en fuerza de las cuales el titular del primero puede, mediante un acto de voluntad, cambiar una situación jurídica preexistente produciendo la prevalencia frente al derecho subjetivo de un interés subordinado, o bien la subordinación de un interés del sujeto pasivo antes prevalente» (6). No obstante, aún en el supuesto de que se admitieran como posibles los derechos potestativos o de formación jurídica, en modo alguno pueden incluirse entre ellos los de-

(3) Vid. supra núm. 3.

(4) Como derecho subjetivo califican al de preferencia GAETANO METE, GIERKE, BATAGLINI, KNORR y FRANCISCO COPPOLA, éste último en el *Digesto Italiano*, voz PRIVILEGIO.

(5) Desde que ZITELMANN ideara esta especie de derecho (*Internationales Privatrechts*, II, 1896, págs. 36 y sgts. y *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil*, 1900, páginas 22-23), la controversia en torno a esta figura jurídica no ha cesado. Sus más notables defensores son, en Italia CROVENDA, *Instituciones*, cit., I, págs. 9 y sgts.) y MESSINA (en la voz DIRITTI POTESTATIVI, del *Nuov. Dig. en Sui cosi detti diritti potestativi*, en *Studi per Fadda*, VI, págs. 281 y sgts.) y en el Derecho alemán Von TUHR (*Ob. cit.*, I, 1.º, págs. 201 y sgts.) y ENNECERUS, (*Tratado*, I, 1.º, págs. 294 y sgts.), que viene a definirlo como el poder de constituir, alterar o extinguir una relación jurídica mediante una declaración unilateral de voluntad. Son derechos que, como dice SOMM (*Die subjektiven Rechte in Deutsche Bürgerlichen Gesetzbuch, Jahr. Ther.*, 1923, pág. 28), encuentran satisfacción mediante el derecho mismo (mediante el resultado jurídico), jamás mediante «otro».

Han combatido esta construcción jurídica FERRARA (*Trattato*, págs. 341 y sgts.) y, últimamente, De CASTRO (*Ob. cit.*, I, 1.º, págs. 673 y sgts.), quien, después de un minucioso examen de los casos de derechos potestativos mencionados por los autores, llega a la conclusión de que casi ninguna figura jurídica deja de tener tal carácter. En efecto, añade, «no habrá, seguramente, derecho subjetivo que no encierre dentro de sí la posibilidad de alterar una situación jurídica».

(6) FERRI, *Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare*, *Studi in onore Cicu*, 1951, págs. 371-373; MESSINA, *Diritti...*, cit.; AULETTA, loc. cit., pág. 561.

rechos de preferencia, porque existen en éstos dos notas de que carecen los potestativos: la obligación correlativa al derecho y el objeto de éste (7). Los titulares concurrentes vienen obligados a tolerar que el preferente ejercite su derecho y el objeto del derecho de preferencia es esa prestación del otro titular y, remotamente, el bien sobre el que concurren los derechos.

Tampoco es el derecho de preferencia una situación jurídica, cualquiera que sea el alcance que se atribuya a esta expresión, como doble posición (activa y pasiva) de los sujetos en la relación jurídica (8), como un conjunto de expectativas, posibilidades de obrar y cargas (9), como el conjunto de poderes y deberes jurídicos de un individuo relativos a una materia determinada (10), como reglas de conducta que se imponen a los miembros de un grupo social en sus relaciones recíprocas, reglas de conducta que, naturalmente, imponen ciertos actos y ciertas abstenciones y que crea para todos aquellos miembros una situación desde el punto de vista activo y pasivo que no afecta para nada a su voluntad, que permanece siempre como era, voluntad individual regulada por las normas del grupo, voluntad cuya esfera de actividad varía con las leyes del grupo (11), como algo situado entre el no-derecho y el derecho subjetivo, como una relación de un sujeto con un bien en general o en particular que puede ser importante para el nacimiento o desarrollo del derecho subjetivo (12), como conexión entre algo y algo («sinere») valorado jurídicamente (13). El derecho de preferencia es más que situación pues está conectado dentro de la relación jurídica con la obligación recíproca; y es menos que ese conjunto de poderes y deberes que idean otros autores, porque es simplemente un derecho subjetivo.

No es una expectativa, aunque a ello pudiera inducir la consideración de que la facultad de preferencia ínsita en toda causa de preferencia no atribuye al titular el derecho correspondiente, sino una esperanza del mismo, que pende del concurso con otros sujetos sobre el mismo bien

(7) En los derechos potestativos no hay obligación, sino sujeción del obligado (supra núm. 7). La carencia de objeto en estos derechos es puesta de manifiesto por Von THUN (ob. cit. I, 1.º, pág. 82, nota 24).

(8) CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, pág. 29. LEVI, *Istituzioni di teoria generale del Diritto*, 1936, págs. 2 y sgts.; SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, 1944, págs. 5-6.

(9) GUASP, *Comentarios*, cit., I, pág. 21.

(10) BURDEAU, *Manuel de Droit Public*, 1948, pág. 41; MOUCHET y ZORRAQUIN, *Introducción al Derecho*, 1953, págs. 140-141.

(11) DUGUIT, *Droit Constitutionnel*, cit. por PUGLIATTI, ob. cit., pág. 49.

(12) KOHLER, *Lehrbuch*, cit., I, 1.º, pág. 49.

(13) De CASTRO, ob. cit., I, pág. 622, nota.

siendo éste insuficiente; pero, que la facultad de preferir penda para su conversión en derecho de ciertos presupuestos de hecho o de derecho no quiere decir que tal derecho sea también expectante, cuando, precisamente el nacimiento del mismo acaba con toda situación de interinidad (14).

Por último, se trata de un derecho subordinado, cuya titularidad viene determinada por la titularidad del derecho protegido por la causa de preferencia (15); además, es un derecho derivado por la razón de que es una facultad que se ha independizado y se ha transformado en derecho subjetivo (16); y es accesorio de otro derecho, al que salvaguarda y defiende de los ataques de otros derechos incompatibles y concurrentes con el primero, y de tal manera se muestra esta dependencia que, si bien puede transferirse el derecho de preferencia mediante avance, permuta o retroceso del mismo, ha de ser siempre sobre la base de adscripción a otro derecho matriz (17). Pero no es un derecho sobre otro derecho, porque el de preferencia surge, como hemos dicho antes, cuando dos derechos concurren incompatiblemente, y opera como un derecho que, reforzando al preferido excluye o rechaza al pospuesto, es decir, como un derecho que ampara al principal y ayuda a vencer al concurrente; pero este derecho ordenatriz limita o detiene el goce o ejercicio del derecho débil, no en beneficio propio, sino del principal preferente, o sea, no obtiene un goce o aprovechamiento del derecho postergado ni del objeto de éste, sino que se limita a detenerlo en su ejercicio para eliminar la perturbación que produce al derecho principal. Más que un derecho sobre derechos es un derecho contra derechos (18).

(14) TENESCH, loc. cit., pág. 228; De SENO, *Istituzioni di Diritto Privato*, 1952, pág. 95; KOLLEN, *Lehrbuch*, cit., I, pág. 152.

(15) De CASTRO, ob. cit., I, pág. 665.

(16) De CASTRO, ob. cit., I, págs. 6016-02.

(17) RUBINO, *L'ipoteca...*, cit., págs. 390 y sgts.); DEMOGUS *Ensayo de una teoría general de los derechos accesorios*, Rev. Der. Priv., año 1930, págs. 43 y sgts.

(18) La construcción de los derechos sobre derechos, realizada por la doctrina germánica mediante la concepción de que un derecho pudiera ser objeto de otro derecho, ha pasado por una demoleadora crítica, que ha llegado a conclusiones muy precisas:

a) La expresión misma es poco afortunada, inútil, errónea y peligrosa (De CASTRO, ob. cit. I, 1.º, págs. 666 y sgts.; FERRARA, *Concelto dell'usufrutto dei crediti*, Scritti, cit., II, pág. 310).

b) No son concebibles derechos subjetivos que tengan por objeto otro derecho subjetivo. Los llamados derechos sobre derechos son limitaciones de otro derecho principal, en cuanto concurren con él e impiden su completo desenvolvimiento, con el efecto de que el titular del derecho-objeto no tiene el pleno y libre ejercicio y goce (MESSINEO, ob. cit., I, 1.º, pág. 147).

c) Aunque parezca equívoca e inútil la expresión general derecho sobre derecho, nos resulta, por el contrario, simplificador hablar en sentido figurado de ciertas figuras concretas di-

11. B) DERIVA DE UNA PRECEDENTE FACULTAD ANEJA A LA CAUSA DE PREFERENCIA.—Toda causa de preferencia, desde el momento de su constitución, goza de una facultad de preferencia, que es abstracta e indeterminada cuando no hay otro titular concurrente, y concreta y definida cuando otros sujetos entran en concurso sobre bien de insuficiencia no precisada. Por la hipoteca, v. gr., se atribuye al titular del crédito hipotecario la facultad de preferencia para el cobro del mismo frente a cualquier futuro acreedor quirografario que concurriera, facultad que queda individualizada en cuanto efectivamente nacen otros créditos contra el mismo deudor o, en otro supuesto, cuando siendo estos créditos anteriores al hipotecario el concurso se produce por el nacimiento de este crédito preferente.

Cuando el bien concurrido resulta insuficiente para permitir el ejercicio simultáneo de todos los derechos concurrentes se produce el fenómeno de la independización de la facultad para formar un nuevo derecho subjetivo, el derecho de preferencia. Este tránsito de la facultad al derecho subjetivo se ve favorecido por la imprecisión de límites que se aprecia entre ambos, tanto en la diversa calificación que históricamente ha merecido una misma institución jurídica, como en la posibilidad de que en el Derecho vigente un derecho subjetivo pueda conceptuarse como facultad y a la inversa (19).

La separación que hacemos entre la facultad de preferencia y el sucesivo derecho subjetivo puede contribuir a resolver la disparidad de criterios que se mantiene en torno a la determinación del momento en que nace el derecho de preferencia, que unos autores sitúan en el del nacimiento de la causa de preferencia, otros en el del cumplimiento de la obligación y otros, que siguen la orientación procesalista, sólo admiten que se engendre con el proceso y dentro del mismo (20). Para nosotros, cuando, v. gr., subhipotecas, prenda de créditos, usufructo sobre usufructo, etc. (VALLET DE GOYTISOLO, *Hipoteca del Derecho arrendaticio*, 1951, pág. 85).

Sin embargo, a partir de Du Roi (*Noch einige Bemerkungen über actio in rem und actio in personam, jus in re und obligatio*, Arch. Civ. Prax, T. VI, pág. 278) han defendido esta construcción WINDSCHEID, *Pandekte*, trad. de Fadda y Bensa, I, págs. 141 y sgls.; FADDA y BENSA, notas a dicha traducción, IV, pág. 233; DEHNBURG, *Pandekten*, cit., pág. 448, nota 8; ENNECERUS, ob. cit., I, 1.º, pág. 305; DUALDE, *El usufructo de derechos*, 1932, págs. 77 y sgls.; MARIN PÉREZ, *Los derechos sobre derechos*, Rev. Gral. Leg. Jur., año 1942, vol. 2.º, pág. 149 y ahora en Nueva Enciclopedia Jurídica Española, Tomo VIII.

(19) De CASTRO, ob. cit., I, págs. 655 y 672-673; SANTI ROMANO, ob. cit., págs. 184, 187 y 189; KNORR, ob. cit., pág. 26; FERRARA, *Treatato*, pág. 349.

(20) De PAGE, ob. cit., VII, 1.º, pág. 12; TESDESCHI, loc. cit., págs. 214 y 228; CARNELUTTI, KNORR y demás autores citados supra, nota 12 del Cap. II.

Con relación a los derechos reales, se considera el rango como un elemento accesorio que nace, igual que los derechos de preferencia de rango, al tiempo de la constitución del derecho real (LAOZUZ, ob. cit., págs. 188-189. HECK, ob. cit., pág. 92).

después de cuanto llevamos expuesto, el derecho de preferencia nace con el concurso de titularidades sobre un mismo bien insuficiente para satisfacer a todas aquellas; antes de esa situación sólo hay, como hemos visto, facultades y ni aún el concurso sobre bienes suficientes puede originar aquel derecho de preferencia (21). Por otro lado, no se necesita del proceso para que haya derecho de preferencia y ya tuvimos ocasión de demostrar que a toda pretensión procesal relacionada con la preferencia le anteceden derechos substantivos que constituyen su contenido material (22); así, cuando se dicta auto declarando en situación de quiebra a un comerciante el concurso insuficiente se ha manifestado con anterioridad y por eso el promotor de la quiebra habrá de demostrar, en el supuesto del pfo. 2.º del art. 876 del Código de comercio, que «el comerciante ha sobreesido de una manera general en el pago corriente de sus obligaciones», y la tercería puede interponerse cuando, por haberse trabado embargo de bienes, esta causa de preferencia judicial concurre con el dominio u otra causa que atribuya mejor derecho que el embargo (23).

12. C) HAN DE CONCURRIR VARIOS DERECHOS PATRIMONIALES.—Hay concurrencia o concurso cuando varios derechos coinciden sobre un mismo bien, de tal modo que el ejercicio de uno de ellos restrinja o excluya la ventaja que otro podría obtener de su derecho (24). No coinciden los términos concurso y colisión, pues en el primero la coincidencia de derechos es pacífica a causa de que la ley regula anticipadamente el ejercicio de los derechos mediante normas de coordinación o subordinación, mientras que en la colisión el encuentro de los derechos no cuenta anticipadamente con aquella regulación (25). En consecuencia, la colisión no

(21) ANDRIOLI, *Il concorso dei creditori nell'esecuzione singolare*, 1937, pág. 65. En este sentido, y con relación al derecho de retracto, sostiene WILLIAM H. PRESTON, que nace desde el momento en que se adquiere el derecho principal que le sirve de sostén, siendo distinto este momento de aquel —posterior— en que dicho derecho puede ejercitarse (*Los derechos de tanteo y retracto en la propiedad horizontal*, tesis, extracto publicado en la Rev. Fac. Der. Madrid, 1952, II, pág. 420)

(22) Vid. supra núm. 8, F).

(23) El Tribunal Supremo llega incluso a declarar que las demandas de tercería deben fundarse siempre en hechos o circunstancias anteriores al embargo. (Sentencias de 25 noviembre 1926, 22 junio 1928 y 18 febrero 1936).

(24) No está aún definitivamente elaborado el concepto de la concurrencia de derechos, como demuestra LÓPEZ BERENGUER (ob. cit., pág. 29 y sgls.), que recoge hasta cuatro criterios diferentes en torno a la noción de dicho concepto.

(25) Excluyen la colisión en casos de subordinación y de coordinación, COVIELLO, STOLFI, ROTONDI, NATOLI, KRÜCKMAN, SINTENIS, BIERMANN y KIERULFF.

MELUCCI, CIVIELLO y FERRINI distinguen concurrencia de colisión, según que un derecho tenga influencia perjudicial sobre el derecho de otro titular (colisión) o sobre otro derecho del

puede ser una especie de concurrencia, sino que una y otra serían términos de un «genus» superior (26).

Tampoco es el concurso una comunidad, porque no se da la circunstancia fundamental de unidad de intereses entre los titulares, sino que, como dice SALIS, «cada uno de los derechos, además de tener características del todo semejantes a las que tienen los derechos de que es titular cada uno de los otros sujetos, conserva también todas las características que son peculiares a aquel determinado tipo de derecho cuando él corresponde a un solo sujeto (y) en esta hipótesis no hay comunidad sino solamente un concurso de varios derechos idénticos sobre una cosa o respecto de una determinada cosa» (27). BELTRÁN DE HEREDIA parte del amplio concepto de la cotitularidad, cuyo ámbito se extiende a toda clase de derechos, y en la que llama titularidad concurrente clasifica situaciones de concurrencia de derechos de distinto tipo fácilmente diferenciables de la comunidad (28). PUGLIATTI niega también que se pueda hablar de una comunidad verdadera y propia si varios acreedores concurren al reparto de la suma obtenida, pues a cada uno corresponde un derecho propio que tiene por objeto la suma misma (29).

Han de concurrir propios derechos subjetivos. Del lado activo, la misma naturaleza ha de tener el derecho principal que su derecho de preferencia, que le está subordinado; y del lado pasivo, los concurrentes puestos también han de ser derechos subjetivos, porque los meros intere-

mismo titular (concurrencia). MÜHLENBRUCH las denomina, respectivamente, concurrencia subjetiva y objetiva.

UNGER, ARNDTS y BURCKHARD no admiten la colisión cuando los derechos se contraponen como existentes a la vez; es preciso que uno de ellos impida el nacimiento del otro o que el nacimiento del uno aniquile al otro.

Por último, CHIRONI y ABELLO parten de la base de que los derechos tengan contenido diverso (concurso) o extensión y contenido igual (colisión).

(26) Se presta a confusión denominar a este género superior *concurrencia*, para distinguir luego la concurrencia sobre un mismo objeto y la colisión o concurrencia en sentido subjetivo (puede verse esta terminología en WENIG-JUGENHEIM, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts*, 1937, pág. 86); igualmente es confuso hablar de concurrencia, tanto cuando hay ejercicio con contradicción como sin ella (UNGER, ob. cit., pág. 620, nota).

(27) SALIS, *La comunione*, 1939, pág. III. En otro lugar precisa que cuantas veces exista la posibilidad de que sobre una cosa o relativamente a un determinado bien varias personas puedan tener un derecho idéntico (va examinando el de crédito, de servidumbres prediales, de hipotecas), no es posible hablar de comunidad del derecho sino de concurso de varios derechos (pág. 16).

(28) BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en Derecho español*, 1954, págs. 23-24. Explica que es incompatible la comunidad con la idea de concurrencia o concurso de titularidades jurídicas distintas (pág. 27).

(29) PUGLIATTI, ob. cit., pág. 382.

ses, las facultades, las expectativas, no tienen virtualidad suficiente para inquietar al derecho preferido, es decir, para concurrir con él (30).

Los derechos concurrentes han de ser de naturaleza patrimonial, porque la misma condición económica del bien concurrido, a que luego nos referiremos, impone por sí esta patrimonialidad; y así se reconoce en el caso de derechos concurrentes sobre la masa de la quiebra (31). Los derechos extrapatrimoniales, o no están elaborados aún como derechos privados subjetivos (tal es el caso de los derechos de la personalidad) (32), o se tiende a conceptuarlos como simples poderes (así los derechos familiares puros) (33). Además, estos derechos extrapatrimoniales son de tal modo inherentes al titular y en tal forma absolutos que eliminan toda posibilidad de concurso para ofrecer solamente supuestos de exclusión; en concreto, los casos de colisión de derechos extrapatrimoniales que a título de ensayo nos presenta LÓPEZ BERENGUER, y en los que actuaría el principio de preferencia, difícilmente pueden concebirse; entre derechos de la personalidad es evidente que no puede existir concurrencia, pues son distintos los bienes a que se refiere cada uno de los derechos, como radicantes en otras tantas personas (34); y en cuanto a los derechos familiares no hay ningún otro que pueda concurrir con la potestad marital o con la patria potestad, v. gr., sino que, de antemano, quedan excluidos del concurso porque los poderes familiares podrán ser limitados, o controlados, o sustituidos sus titulares, pero jamás debilitados o restringidos por otros derechos pues ello redundaría en perjuicio de la esencia de aquellos derechos basados en la autoridad, indispensable para el cumplimiento de las funciones familiares.

Por último, los derechos concurrentes han de pertenecer a diversos titulares. Esta es la opinión que estimamos correcta, frente a los autores citados en la nota 25 de este capítulo, que remiten la concurrencia al supuesto de reunión incompatible de varios derechos del mismo titular, pues esta coincidencia subjetiva es algo que escapa al campo de lo jurídi-

(30) KOHLER (*Lehrbuch*, cit., II, 2.º, pág. 262) dice que no se toma en consideración la intensidad en las excepciones jurídicas (la noción de intensidad, según este autor, puede verse supra, núm. 8, A), b) Cfr. también NATOLI, *Limiti...*, cit., pág. 378.

(31) GRIBÒ, *Diritto Commerciale*, II, pág. 544. Vid., en general, D'ORAZI, ob. cit., pág. 167.

(32) CASTÁN, *Los derechos de la personalidad*, 1952, págs. 19 y sgts.

(33) SANTI ROMANO, ob. cit., págs. 386 y sgts.. RUGGIERO y MAROI, *Istituzioni di Diritto Privato* 1940, pág. 194.

(34) Cfr. NATOLI, *Limiti...*, cit., pág. 394, *Il conflitto...*, cit., págs. 45 y sgts. LÓPEZ BERENGUER pretende salvar esta objeción refiriendo la colisión de derecho a la vida, en el ejemplo de los naufragos, al bien constituido por la tabla salvadora; pero, en verdad, ninguno de los naufragos tiene derecho alguno sobre la tabla y, falta, por lo tanto, el presupuesto fundamental de la colisión (ob. cit., pág. 35).

co, ya que si un sujeto prefiere beneficiar a un derecho propio en perjuicio de otro que también le pertenece sobre la misma cosa, ello es irrelevante para el Derecho, atento sólo a establecer las oportunas limitaciones entre diversos sujetos jurídicamente relacionados, dejando en libertad a las personas para que ejerciten en su propia órbita los derechos que les correspondan en la forma que tengan por conveniente (35).

13. D) LA CONCURRENCIA HA DE RECAER SOBRE UN MISMO BIEN, DE NATURALEZA ECONÓMICA.—Poníamos de manifiesto anteriormente, a propósito de una cita de VAREILLES-SOMIERES, que no puede aceptarse que varias titularidades concurren sobre una misma persona como término objetivo del concurso; y ni aún puede admitirse que este objeto sea una prestación o servicio, porque el concurso de créditos —que es el supuesto contemplado por dicho autor— sólo puede tener lugar en la fase de la responsabilidad, no en la del débito, o, como dice TEDESCHI, después del incumplimiento de las obligaciones.

Los bienes que pueden ser objeto del concurso son:

a) Las cosas corporales, las incorporales con valor económico (36) y los derechos patrimoniales, como el llamado derecho de traspaso de local de negocio arrendado.

No hay duda alguna que en los derechos de preferencia adquisitiva la concurrencia tiene lugar sobre las cosas expresadas. Pero la construcción por la doctrina de los derechos al valor ha llevado a notables autores a entender que las causas de preferencia satisfactiva recaen sobre el valor de los bienes afectados; por lo tanto, cabe añadir, el derecho de preferencia tendrá por objeto remoto, no una cosa, sino un valor. Así, escribía KOHLER en el tomo 91 del *Archiv für die Civilistische Praxis* que «el derecho al valor toma de la cosa un valor para deducir un *quantum* del patrimonio; no toma en consideración la cosa en sí, sino la cosa en virtud de su cualidad de valor» (37); posteriormente, lo calificó como «derecho real sobre la cosa, que otorga la facultad de tomar un determinado valor respecto de sus elementos útiles, de tal modo que cuando se haya obtenido el valor, el fin se logra y el derecho real se agota»; distinguiendo más adelante las diversas especies de derechos al valor, entre los que interesa, al objeto de nuestro estudio, el grupo caracterizado por la nota de que el

(35) Con referencia a la colisión de derechos, sostienen la misma opinión FERRINI, *Paradette*, 1917, pág. 51), NATOLI (*Limiti...*, cit., pág. 399) y WROBLESKI (*Zur Lehre von der Collision der Privatrechte*, 1894, pág. 65).

(36) Sobre la atribución de contenido patrimonial a las cosas inmateriales, vid. MESSINEO, ob cit., I, 1.º, pág. 399 y GARCO, *I diritti sui beni immateriali*, 1948, pág. 20).

(37) KOHLER, *Substanzrecht und Wertrecht*, pág. 156.

derecho al valor está en relación con otro derecho, como el de prenda o separación (*Beschlagsrecht*) en el concurso, porque aquí —dice— deben cooperar crédito y derecho de prenda para alcanzar uno y el mismo fin y porque tampoco pierden en su ejercicio la recíproca influencia (38). En Italia ha sido CHIRONI quien ha hecho una meditada cuanto radical aplicación del derecho al valor a algunas causas de preferencia. «Como la garantía real —escribe—, el privilegio al valor de la cosa... y su cualidad particular puede ser ejercitada solamente cuando el patrimonio, o la cosa, se hayan transformado en valor mediante la venta. Entonces es cuando se manifiesta el *derecho especial* que da la prelación contra los otros acreedores quirografarios» (39).

Creemos que antes de emitir juicio sobre esta cuestión hay que distinguir cuidadosamente el objeto de una causa de preferencia, que es el bien sobre que recae, y el objeto del crédito correspondiente, que es la prestación del deudor y, en caso de incumplimiento, el valor obtenido de la realización de los bienes afectos por la causa de preferencia. De modo que el objeto de esta última es un bien y no un valor, si bien con la posibilidad de reducción a metálico para la satisfacción del acreedor, no por exigencia de la causa de preferencia, sino por imposición de la naturaleza de la obligación principal que requiere que el pago de las deudas en dinero se haga en la especie pactada y, no siendo posible, en moneda de curso legal (art. 1170 del Código civil). Por ésto, algunos autores prefieren hablar de derechos de realización de valor y no de derechos al valor (40), y la terminología legal se refiere continuamente a privilegios sobre bienes y no sobre el valor de los mismos (41). La conclusión en relación con el derecho de preferencia es que su objeto remoto, al identificarse con el de la causa de preferencia, es la cosa sobre la cual recae ésta y no un valor, aunque trasciende a él.

b) También se ha considerado el *patrimonio* como objeto de algunas causas de preferencia, aunque hay discrepancias doctrinales sobre este particular. Sin duda, la preferencia adquisitiva, que se ejerce sobre una cosa determinada, no admite el concurso de derechos sobre un patrimonio. Es en la preferencia satisfactiva donde se multiplican los cri-

(38) KOHLER, *Lehrbuch*, cit., II, 2.º, pág. 366. En la doctrina germánica aceptan el derecho al valor DU CRESNE, loc. cit., pág. 207; SOHM, *Lehre vom Subpignus*, 1862, pág. 12 (cit. por BREMER en la pág. 62 de la obra que a continuación se nombra); BREMER, *Das Pfandrecht und die Pfandobjecte*, 1867, pág. 63); CROME, ob. cit. III, págs. 2 y sgts.

(39) CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, 1917, I, pág. 161.

(40) ROCA, ob. cit., IV, págs. 60 y sgts.; BARASSI, ob. cit., I, págs. 80-81; RUBINO, *L'ipoteca...*, cit., págs. 5 y sgts.

(41) PONSSA dice que ello es por comodidad de lenguaje, argumento nada consistente (*Doctrina General de los Privilegios*, 1951, pág. 57).

terios. Se admite la posibilidad de causas de preferencia cuyo objeto sea el patrimonio del deudor y son los privilegios generales la muestra que de ello ofrecen algunos autores (42). La garantía del acreedor constituída, según la tesis de Rocco que ha tenido muchos adeptos, por la prenda general sobre el patrimonio del deudor, verdadero derecho real de garantía universal, favoreció también la tendencia a estimar el patrimonio como objeto de causas de preferencia (43). Y en esta línea, cuando POPLAWSKI construye su teoría unitaria de los privilegios como derechos reales, al tener que atribuir esta naturaleza a los privilegios generales afirma que éstos recaen sobre todos los bienes del deudor, si bien hace a continuación una aclaración interesante: que recaen sobre todos esos bienes, pero no como una organización patrimonial en bloque, sino sobre todos y cada uno de los bienes agrupados, y apoya JOSSEMAND esta orientación con el argumento de que no hay que extrañarse de que un derecho real recaiga sobre el conjunto de los bienes del deudor, puesto que el usufructo universal no deja de conservar su carácter de derecho real principal (44). Por nuestra parte, aunque admitamos, con POPLAWSKI, que un conjunto de bienes pueda ser objeto de causas de preferencia, rechazamos que pueda serlo un patrimonio. En general, como dice De CASTRO, «la atribución de un conjunto patrimonial a un sujeto, ya sea como patrimonio personal, ya *ex qualitate*, como padre, como marido, no se concibe como un derecho subjetivo sobre un patrimonio, sino como una titularidad o cualidad jurídica, que determinará el ser sujeto de una multiplicidad de derechos subjetivos concretos. Ni siquiera la masa patrimonial inmovilizada, por estar sometida a liquidación, se puede estimar objeto de un derecho subjetivo. Por ello, no se puede hablar con propiedad de lenguaje de un derecho sobre la masa del concurso, sobre los bienes de la sociedad conyugal o sobre la herencia en partición» (45). En particular, de admitirse que las causas de preferencia que sean derechos reales gravan un patrimonio, ello significaría privar a aquellos del derecho de persecución, porque, al recaer sobre el patrimonio como *universitas*, cesaría de gravar las cosas que dejan de formar parte del patrimonio (46), y con relación

(42) Cfr. BEUDANT-VOIRIN, *Cours de Droit Civil Français*, XIII, 1948, pág. 419; PLANIOL-RIPERT-BECQUE, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, XII, 1953, pág. 292.

(43) Rocco, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, Riv. Dir. Comm., año 1910, 1.ª, págs. 686 y sgts., *Il fallimento*, 1917, págs. 44 y sgts.

La tesis de Rocco tiene en la actualidad escasa aceptación; cfr. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, 1948, págs. 21 y sgts.; RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, 1952, pág. 8.

(44) POPLAWSKI, ob. cit., págs. 129 a 133; JOSSEMAND, ob. cit., II, 2.º, pág. 461.

(45) De CASTRO, Ob. cit., I, pág. 534.

(46) RUBINO, *La responsabilità...*, cit., pág. 10.



a los derechos de crédito concurrentes es condición esencial que se refieran a un mismo bien individualizado y no a un patrimonio, pues, de otro modo, se tendrían en cuenta, más que los derechos actuales de los acreedores, sus eventuales sucedáneos, llevándose así el problema a un plano diverso (47).

14. E) LA CONCURRENCIA HA DE SER INCOMPATIBLE.—Un doble aspecto ofrece esta incompatibilidad:

a) Subjetivo. Porque algunos de los concurrentes han de quedar insatisfechos ante la imposibilidad de poder ejercitar sus derechos simultáneamente con los preferentes.

b) Objetivo, que deriva de la insuficiencia del bien para cubrir la demanda de cumplimiento. Aquí corresponde ahora distinguir varias situaciones de insuficiencia objetiva:

1.º Cuando una misma cosa es objeto simultáneo de varios derechos de adquisición: doble venta, retracto, etc.

2.º Insuficiencia porque una misma cosa o conjunto de cosas, o el valor de su realización, es insuficiente para la satisfacción simultánea de varios derechos de crédito. Esta insuficiencia puede originarse de dos modos:

1) Por incumplimiento, que tiene lugar cuando el deudor no satisface voluntariamente las obligaciones que le vinculan con otro sujeto (48). Viene a constituir un presupuesto de la insolvencia; ya que ésta es un incumplimiento caracterizado por ciertas notas que ahora examinaremos.

2) Por insolvencia, que la define PROVINCIALI como «la condición negativa del patrimonio derivada de la imposibilidad objetiva o de la voluntad del empresario de satisfacer sus obligaciones regularmente, es decir, no sólo al vencimiento, sino con medios normales de cumplimiento» (49). A este respecto es de advertir que el momento más importante de la insolvencia no es aquel en que se produce, sino aquel en que se manifiesta, pues los acreedores no entran en concurso sino cuando tienen noticia de aquella, en vista de que no tienen acceso libre a la contabilidad del co-

(47) NATOLI, *Il conflitto...*, cit., págs. 39 y sgts.

(48) No está claro que el incumplimiento voluntario de obligaciones pueda originar el derecho de preferencia, pues no existirá, por lo general, insuficiencia objetiva del patrimonio del deudor. En principio, este incumplimiento sería una manifestación de posible insolvencia que, incluso, podría justificar la apertura y declaración en estado de concurso o quiebra; pero, si luego el patrimonio resulta suficiente para la satisfacción de todos los acreedores no puede afirmarse que haya nacido derecho de preferencia alguno. Vid. sobre este particular BARASSI, *Teoria delle obbligazioni*, 1946, págs. 963 y 968; PROVINCIALI, *Stato di insolvenza*, en *Studi per Cicu*, II, 1951, págs. 137 y sgts.

(49) PROVINCIALI, *Stato...*, cit., pág. 142.

merciante (arts. 45 a 47 del Código de com.). Son manifestaciones del estado de insolvencia, el incumplimiento (que cuando es general se denomina sobreesimimiento), la fuga, la ocultación de bienes, etc., sin que sea posible limitar estas manifestaciones (50).

15. NATURALEZA JURÍDICA.—El derecho de preferencia es, según acabamos de ver, un derecho subjetivo, basado en una causa de preferencia, que tiene por finalidad hacer prevalecer frente a otros un derecho que concurre sobre un mismo bien insuficiente. El derecho protegido podrá ser real o personal, así como la causa de preferencia, y ésta puede ser incluso un hecho jurídico, como la inscripción o la prioridad posesoria. Pero el derecho de preferencia es siempre de naturaleza personal, pues constituye una pretensión dirigida contra una o varias personas para que *toleren* que otra adquiera o conserve una cosa o satisfaga un crédito sobre bienes del deudor y, en su caso, cooperen a que tales vicisitudes se produzcan.

Algunos autores confunden la causa de preferencia con el derecho de este nombre y llegan a atribuir a éste la naturaleza de aquella. GIERKE y WEGE otorgan la cualidad de derecho real al derecho de rango, afirmando el segundo de ellos que la relación de rango es un derecho real autónomo que concede al titular la facultad de procurar su satisfacción sobre la finca en relación con otro titular (51).

También es el derecho de preferencia un derecho substantivo, aunque últimamente ha adquirido gran predicamento la tesis procesalista, si bien limitada a los derechos de preferencia satisfactiva, como tuvimos ocasión de exponer y rebatir. Aquí sólo hemos de agregar que un buen camino para obtener resultados ciertos en estas cuestiones es determinar, en vista de que el derecho de preferencia actúa en la fase de responsabilidad, si los derechos que ésta engendra son de naturaleza sustantiva o procesal. DI PACE ha defendido el carácter procesal de la responsabilidad con el razonamiento de que «si el concepto de responsabilidad sirve para indicar aquella particular situación por la que un sujeto está obligado a sufrir una sanción (pena, ejecución, resarcimiento de daños, remoción de culpa) consecuente a la transgresión de una norma, es una inútil repetición de conceptos hablar de una responsabilidad sustancial» (52). En sentido

(50) Puede verse la clasificación que hace PROVINCIALI en *Stato...*, cit., pág. 148 y en el *Manuale di Diritto Fallimentare*, 1955, I, pág. 187.

(51) WEGE, loc. cit., págs. 41-42. Contrariamente, la Dirección General de los Registros se opone a la admisión de derechos reales modelados sobre el tipo de un derecho de preferencia (Rs. 4 enero 1927).

(52) DI PACE, *Il pegno dei crediti*, 1939, pág. 5, nota 7. Siguen esta orientación procesalista CARRACINI, GARBAGNATI y ANEMOLI.

opuesto se pronuncian RUBINO, COSSATINI, MESSINEO y GHIROTTI (53); este último escribe que no debe confundirse la acción ejecutiva, que es un fenómeno de Derecho procesal, con la responsabilidad del deudor que es un puro fenómeno de Derecho substancial. Una posición intermedia adoptan NICOLO y ROCA SASTRE (54); el primero sostiene que la responsabilidad patrimonial es una de las situaciones jurídicas instrumentales que están a caballo entre el derecho substancial y el derecho procesal; y ROCA puntualiza que «la especial sistemática de nuestro Código civil, distanciando rotundamente los artículos 1088 y 1911, permite sentar la afirmación de que prevalece, en definitiva, la escisión entre débito y responsabilidad, y no precisamente en el sentido de tratarse de dos elementos de la misma entidad, sino en el de considerar la responsabilidad del deudor y el correlativo poder del acreedor como una situación jurídica autónoma de carácter instrumental respecto a la relación obligatoria... Pero no hay que entender, a través de las anteriores afirmaciones, que el artículo 1911 sea una norma de Derecho procesal. La norma que atribuye al acreedor la acción ejecutiva pertenece necesariamente al Derecho material o sustantivo».

En esta materia, los límites entre lo procesal y lo sustantivo vienen determinados una vez más por la consideración de que la acción ejecutiva se basa en el previo derecho sustantivo del acreedor a disponer de los bienes del deudor para satisfacer su crédito. Esta sujeción general de los bienes del deudor por los acreedores es de naturaleza material y la prueba es que cuando se quiere *procesalizar* ese derecho hay que recurrir al embargo, mediante el cual aquella responsabilidad universal y sustantiva del deudor se concreta en una responsabilidad particular. Por lo demás, no hemos de insistir en la referencia a las modernas construcciones doctrinales contrarias a admitir derechos subjetivos en el proceso (55). Esta conclusión a que llegamos de atribuir naturaleza sustantiva a los derechos nacidos de la responsabilidad universal se extiende lógicamente a la responsabilidad concretada en determinados bienes, como en las causas de preferencia adquisitiva. Con mayor razón, a los derechos de preferencia entre acreedores hay que atribuirles naturaleza sustantiva, dada su accesoriidad respecto de las causas de preferencia; es evidente que la subordinación de derechos, que hace valer el de preferencia, viene

(53) RUBINO, *L'ipoteca...*, cit., pág. 386; COSSATINI, *La revoca degli atti fraudolenti*, 1939, págs. 53-54; MESSINEO, ob. cit., II, 2.º, pág. 14; GIMONNI, *L'obbligazione nel pensiero di F. Carnelutti*, Arch. Giur. Serafini, T. 127, pág. 164.

(54) NICOLO, en los Comentarios citados, págs. 3-6; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, 1948, I, pág. 169.

(55) Vid. *supra*, núm. 7, E).

determinada con anterioridad al proceso y hasta puede ejercitarse fuera de él, en convenios privados, que luego podrán ser homologados judicialmente o no (56). Tanto las tercerías como el juicio de graduación, por ejemplo, cuentan con una ordenación preferencial anterior de los derechos en concurso establecida por el Derecho substantivo (57).

16. CLASES.—El derecho de preferencia no se corresponde exactamente, en sus especies, con la preferencia jurídica en general, anteriormente examinada (*supra* núm. 6). En primer lugar, es siempre personal, según examinábamos más arriba, y no admite otra fuente de constitución que la ley, en virtud de la cual se adscribe a la causa de preferencia el derecho correlativo de este nombre (58).

La más importante clasificación que podemos hacer, y que en buena parte sustenta la sistemática de este trabajo, es en derechos de preferencia satisfactiva y adquisitiva, según que tengan como finalidad última contribuir a que el titular preferente cobre su crédito antes que los demás acreedores, o bien que permita a dicho preferente adquirir, frente a los demás, la propiedad o posesión de la cosa concurrida. Se distinguen por algunas notas secundarias que no afectan a la unidad sustancial de ambos tipos de derechos de preferencia:

1.^a Los adquisitivos apartan totalmente, en beneficio del preferente, a los demás titulares que concurren; los satisfactivos, según el grado de insuficiencia del bien concurrido, pueden apartarlos total o parcialmente, y la relatividad de la insolvencia ante la posibilidad de que el deudor venga a mejor fortuna lleva consigo también cierta relatividad a esta especie de derechos de preferencia.

2.^a Las causas de preferencia satisfactiva son, por lo general, derechos subjetivos, como la hipoteca o los privilegios; las causas de preferencia adquisitiva son, por el contrario y comúnmente, hechos, como la inscripción o la prioridad posesoria.

3.^a El derecho de preferencia satisfactiva conduce a un estadio más en el proceso seguido para consumar el ejercicio del derecho matriz por el titular preferente, que es la reducción a metálico de la cosa concurrida.

(56) *PROVINCIALI, Manuale...*, cit., II, págs. 1395 y sgts.

(57) Los arts. 1922 y sgts. del Cód. civ. y los arts. 913 y 914 del Cód. de com. son los preceptos fundamentales reguladores de las causas de preferencia entre acreedores y prevalecen en los juicios de graduación.

(58) El origen voluntario del derecho de preferencia ha sido negado por KNORN, aduciendo que la preferencia de un acreedor en un procedimiento de satisfacción para obtener productos no puede ser objeto de un acuerdo válido entre el deudor y ciertos acreedores o entre acreedores del mismo deudor entre sí. (*Ob. cit.*, pág. 22).

Ello no significa que las causas de preferencia no puedan constituirse voluntariamente, ni que puedan producirse alteraciones de rango por permuta, posesión o reserva.

CAPITULO IV

CONSTITUCION Y MODIFICACION DEL DERECHO DE PREFERENCIA

17. Elementos personales: A) Sujeto activo; B) Sujeto pasivo. 18. Elementos reales. 19. Elementos formales. 20. Modificación de la relación de preferencia: A) Modificaciones directas; B) Modificaciones indirectas.

17. ELEMENTOS PERSONALES.—La titularidad de los derechos corresponde a personas concretas y determinadas, y comenzamos haciendo esta afirmación porque, desde un principio, hemos de apartarnos de un equívoco frecuente en la doctrina que fácilmente podría advenir a esta materia de la preferencia. Nos referimos al lugar común, tan arraigado en algún sector doctrinal, de que en los derechos reales el sujeto pasivo se identifica con todos los individuos de la colectividad, sometidos a una obligación negativa de abstención respecto del ejercicio por el titular de aquel derecho (1).

De modo análogo podría sostenerse que todo el mundo está obligado a no adquirir una cosa sujeta a retracto o a privarse de desarrollar actividad contraria a la tolerancia del ejercicio de un privilegio por su titular, lo que equivaldría, en definitiva, a sustituir la relación de preferencia por el genérico deber de abstención de la colectividad.

Mas este general deber de respeto no es otra cosa, como dice De CASTRO (2), sino el efecto normal producido por la creación de cualquier si-

(1) Vid. la exposición de ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil*, II, 1952, pág. 3.

(2) De CASTRO, ob. cit., pág. 660.

tuación jurídica, del que tampoco está excluido —añadimos nosotros— el derecho de preferencia. En la relación de preferencia se distinguen con precisión el sujeto activo y el pasivo, que podrán ser múltiples o simples, pero no abstractos o indefinidos. En todo caso, el deber de abstención afecta a cuantas personas no sean concurrentes y, por lo tanto, ajenas a la relación jurídica por razón de concurso de derechos, porque es un contrasentido que el titular de un derecho, que en principio tiene la facultad de goce del mismo, tenga el deber general de abstenerse de ese goce porque otro derecho concurrente sea preferido, cuando más bien se trata de una particular y restringida obligación de tolerar, de padecer, el ejercicio de aquel otro derecho.

A) *Sujeto activo*.—Es la persona que ostenta la titularidad del derecho de preferencia, o, de otro modo, quien frente a los demás concurrentes está facultado para detener la eficacia de los derechos titulados por éstos (3).

De ordinario está bien precisado; pero puede suceder que sea indeterminado y a designar por el acreedor entre los que reúnan las condiciones legales adecuadas a cada supuesto, siempre que el derecho de preferencia no se atribuya «intuitu personae» o que la designación vaya contra el interés o el orden público. No vemos inconveniente en que el dueño de una finca la hipoteque a favor de un acreedor a designar, o que en un pacto de prelación voluntaria —y seguimos por vía de ejemplo— se establezca que el retracto consiguiente será en beneficio de persona a designar. La *reserva de rango*, es decir, la atribución anticipada de rango hipotecario preferente a un futuro derecho, equivale también al empleo de la cláusula «persona a nombrar» (4).

De todos modos, estamos propiamente ante un supuesto de derecho mediatamente determinado, puesto que el titular del derecho de preferencia se corresponde con el del derecho concurrente que tiene, además, el beneficio de la causa de preferencia. Esto supone, como escribe De CASTRO, una simplificación para la legitimación del titular para actuar, defender o reclamar el derecho, pues basta la prueba de la titularidad básica y la existencia del derecho de que se trata para ser considerado sin más como titular legítimo (5).

(3) Lo define D'ORAZI en estos términos: «Aquel a quien es atribuido el poder de influir sobre la vicisitud de la relación que constituye el objeto de la prelación, de modo que la vicisitud siga en favor de un determinado sujeto» (ob. cit., pág. 131).

(4) Vid. JERÓNIMO GONZÁLEZ, ob. cit., I, págs. 450 y sgts. y Roca, *Der. Hip., cit.*, I, página 777, que admite la posibilidad de esta reserva en nuestro Derecho basándose en la Resolución de la Dirección General de los Registros de 5 de febrero de 1915. En contra SANZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, 1953, págs. 75 y sgts.

(5) De CASTRO, ob. cit., I, pág. 670. FERRARA, *Trattato*, pág. 499. Cfr. también WILLIAM H. PRESTON, loc. cit.

B) *Sujeto pasivo*.—Hemos de plantearnos la cuestión de si en el concurso de más de dos titulares (en la relación bilateral están perfectamente individualizados los sujetos activo y pasivo) el pospuesto corresponde a alguna de estas situaciones:

1) Término múltiple de la relación de preferencia, constituido por el conjunto de los titulares pospuestos.

2) Estimar la existencia de tantas relaciones de preferencia cuales sean los sujetos postergados, cada uno de los cuales sería término pasivo de la correspondiente relación.

El supuesto de que se produzcan varias relaciones independientes de preferencia está contradicho por el carácter universal de los juicios concursales y la «*vis atractiva*» de los mismos respecto de los juicios singulares que se tramiten contra el mismo deudor (arts. 161, núm. 3.º, 171 y 1187 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

Por esto, ha de admitirse que todos los titulares pospuestos se integran en una unidad subjetiva dentro de la relación jurídica de preferencia. Sabido es que en los contratos bilaterales alguna de las partes, o ambas, puede estar constituida por varias personas que, aún teniendo intereses particulares distintos, se presentan como unificados en un interés común (6). Pero en el caso de que entre los pospuestos hubiera alguno beneficiado con causa de preferencia inferior a la preferente, se independiza de los restantes titulares pasivos quiescentes para integrar con el preferente la relación de preferencia, sin perjuicio de que, al extinguirse éste, pueda el sujeto pasivo pasar a activo y ocupar su lugar otro derecho preferente que le siguiera en rango.

No es sujeto pasivo el titular del bien concursado, como el deudor en el concurso o el vendedor en el retracto. Con relación al deudor lo afirman RUBINO, DE PAGE y BIANCHI argumentando que el deudor no tiene interés alguno en las causas de preferencia porque no tiene acción y no hay acción sin interés (7). Debe aclararse que el deudor sí puede tener un simple interés personal en que sea un determinado acreedor el preferente; pero sin que tal interés esté tutelado por el derecho (8). Otro tanto

(6) Cfr. OSTI, voz *CONTRATO* en *NUOV. Dig. It.* y MESSINEO, *Manuale*, cit., I, pág. 455. Pero no es relación plurilateral, pues falta la autonomía de los sujetos y la heterogeneidad de contenido; vid. sobre estas notas de la relación plurilateral ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, en *Studi in tema dei contratti*, 1952, pág. 100.

(7) RUBINO, *L'ipoteca...*, cit., pág. 385. DE PAGE, *ob. cit.*, VI, pág. 718; BIANCHI, *Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito in generale*, 1907, pág. 121.

(8) Es lo que viene a decir KNORR cuando escribe que «contra la persona del deudor no puede ser dirigido el derecho de preferencia, al menos directa e inmediatamente» (*ob. cit.*, pág. 9). Cfr. también COPPOLA, *Privilegio*, cit.

puede decirse del vendedor en el retracto o en la doble venta y, en general, del titular concurrido en la preferencia adquisitiva.

18. ELEMENTOS REALES.—Hemos sentado anteriormente que el derecho de preferencia es de naturaleza personal. De ahí que su objeto sea la conducta humana, la conducta de los concurrentes propuestos, que vienen obligados a tolerar el ejercicio del derecho de preferencia (9).

Pero hay también un objeto remoto del derecho de preferencia, que estaría constituido por el bien sobre el cual concurren los derechos que sustentan al de preferencia y sobre el que recae también la causa de preferencia. Los autores franceses y belgas vienen denominando a este objeto *asiento*, referido al privilegio, y en la práctica es este objeto remoto el que ordinariamente se tiene en cuenta, de modo análogo a cómo en las obligaciones el derecho del acreedor se dice que recae sobre el objeto de la prestación y no sobre ésta; mas debe, no obstante, poner cuidado el jurista en separar el objeto próximo e inmediato del objeto remoto o *asiento* del derecho de preferencia (10).

La naturaleza de los bienes objeto del asiento es variable, dentro de su carácter patrimonial, según corresponda a los tipos de derechos en concurso. Así, cuando es la prenda la causa de preferencia, pueden constituir el objeto del asiento las cosas muebles que estén en el comercio con tal que sean susceptibles de posesión (art. 1865 del Código civil); los pri-

(9) Sobre la conducta humana como objeto de los derechos subjetivos, cfr. De Castro, ob. cit., I, pág. 652; DARIU, ob. cit., pág. 104 y De PAGE, ob. cit., V, pág. 247).

(10) BATAGLINI considera que es objeto de la preferencia «la cuota de derecho del preferido o la relación jurídica que lo liga a otros». Según esta concepción, el derecho de preferencia partiría de la base de una previa distribución a prorrata de la cosa concurrida y posterior reivindicación por el preferente de la cuota de éste que pudiera delentar aquél, postura muy endeble, porque si ha habido previa liquidación desaparece la eficacia del derecho de preferencia; éste se ejerce precisamente antes de la liquidación y de ahí la existencia y utilidad del juicio de graduación en los procesos concursales; el acreedor hipotecario, por ejemplo, no ha de esperar a que los quirografarios se distribuyan el valor de la cosa hipotecaria para reclamarles después el importe de las cuotas indebidamente adjudicadas a ellos, sino que ha de hacer prevalecer su preferencia tan pronto el concurso se produzca. En el supuesto de que dicho autor se refiera a la cuota indivisa del preferido, hay que tener presente que las causas de preferencia constituidas sobre una cosa la afectan íntegramente —si no se hace alguna expresa salvedad— y, por tanto, el derecho de preferencia recae también sobre la totalidad de la cosa gravada; el importe del crédito garantizado podrá ser inferior al de la cosa sujeta a preferencia, mas esta cuota ideal de valor no puede restringir la extensión de la cosa objeto de la preferencia, porque, como dijimos anteriormente, el derecho de preferencia recae sobre la cosa y no sobre el valor. Por lo demás, esta tesis carecería de aplicación a la preferencia adquisitiva, en la que el titular propuesto padece el sacrificio de su íntegro derecho.

vilegios tienen por objeto bienes muebles (11) e inmuebles (arts. 1922 a 1924 del Código civil y art. 912 del Código de com.) y lo mismo cabe decir de los derechos de adquisición preferente (arts. 1473, 1521, etc.).

El asiento abarca ordinariamente las cosas accesorias, como, en la hipoteca, las accesiones naturales, mejoras, indemnizaciones, frutos, rentas, etc. (arts. 109 y 110 de la Ley Hip.), en el retracto los frutos (art. 1519 del Código civil). La Sentencia de 20 enero 1908 declara que, reconocida en juicio la preferencia de un crédito sobre otro, comprende, no sólo el capital, sino los intereses.

19. ELEMENTOS FORMALES.—El derecho de preferencia no necesita de formalidad alguna para que tenga existencia y pueda ejercitarse. Los derechos en concurso o sus causas de preferencia se habrán perfeccionado cumpliendo las solemnidades que en cada caso puedan exigirse; mas, una vez constituídos y en concurso incompatible, el derecho de preferencia nace sin otra formalidad, pues la ley lo deduce inmediatamente de la causa de preferencia.

20.—MODIFICACIÓN DE LA RELACIÓN DE PREFERENCIA.—La subordinación del derecho de preferencia no impide que el mismo pueda ser separado del derecho principal para su adjunción a otro de la misma naturaleza, produciéndose de este modo alteraciones en la relación de preferencia, que directamente la modifican. Pero también las alteraciones que pueden sufrir los derechos en concurso o sus causas de preferencia repercuten en la relación de preferencia.

Estas modificaciones pueden acordarse por los acreedores en convenios colectivos celebrados al efecto, que, si son judiciales, obligan a quienes intervengan en la correspondiente Junta y a los que se adhieran posteriormente (Sent. 5 diciembre 1891), sufriendo los créditos en sus caracteres una especie de novación (Sent. 6 julio 1914) y priva de toda eficacia a los privilegios que luego quisieran ostentar los acreedores contra los acuerdos (Sent. 4 junio 1929) (12).

A) *Modificaciones directas*, o sea, producidas de una manera inmediata en alguno de los elementos constitutivos de la relación de preferencia:

(11) No son aplicables en este caso las limitaciones del art. 346 del Código civil, pues el art. 1929 dispone que el privilegio puede extenderse sobre títulos-valores (n.º 3), sobre el mobiliario (n.º 5) y sobre los frutos (núms. 6 y 7). Para el derecho italiano derogado vid. BIANCHI, ob. cit., págs. 156 y sgts.

(12) En contra, la Sentencia de 20 de noviembre de 1928 declara que los acreedores privilegiados no pueden ser perjudicados por el convenio.

a) *Subjetivas*. Hemos de distinguir la inversión de los sujetos. la novación, la cesión del derecho y la pluralización de las relaciones de preferencia.

a') *Inversión de los sujetos*.—He aquí una modificación típica, que se traduce en el recíproco cambio de las respectivas posiciones en la relación jurídica (13): el sujeto activo se convierte en pasivo, y al revés, mediante una inversión del signo de la preferencia. Los respectivos derechos matrices permanecen inmutables en sus elementos y en su contenido: sólo varían los elementos subjetivos de la relación de preferencia subordinada (14).

Esta inversión necesita del acuerdo de los respectivos sujetos y si perjudica a terceros también habrán de consentir éstos (15). Pero como el deudor común no es sujeto de la relación de preferencia, tampoco puede intervenir en este negocio de modificación (16), salvo que pudiera resultar perjudicado por el mismo, en cuyo caso se haría precisa su intervención, como en el supuesto de que los arrendatarios de una finca urbana alteraran la relación de preferencia en la conservación del contrato frente al arrendador que necesita la vivienda (art. 64 de la Ley de Arrendamientos).

Cuando en el sujeto pasivo hay varios rangos yacentes, no resultan perjudicados por la inversión los titulares intermedios entre los negociadores, es decir, los que, al ser satisfecho el preferente, pudieran entonces hacer valer sus, hasta entonces, quiescentes derechos de preferencia, pero siempre que los derechos en concurso sean de la misma naturaleza y contenido (17).

(13) Lo que, desde el punto de vista de la relación de preferencia, es inversión de sujetos, constituye permuta de los derechos matrices o de las causas de preferencia si se atiende a la modificación de la posición de los mismos en el concurso.

(14) Los hipotecaristas estudian detenidamente esta materia, que llaman permuta de rango o puesto, como una de las manifestaciones de la negociabilidad de éste, concebido como una cualidad del derecho real.

(15) Cfr. art. 880 del BGB y también COPPOLA, voz citada.

(16) No puede exigirse el consentimiento expreso del deudor para alterar la prelación de los distintos créditos, máxime si se tiene en cuenta que el orden de inscripciones puede determinarse por un hecho independiente de la voluntad del dueño de la cosa hipotecada y al amparo de los principios objetivos sobre que descansa el régimen inmobiliario (Rs. 5 febrero 1915).

El deudor no puede eficazmente declarar preferente un crédito, pues no puede alterar en perjuicio tercero la naturaleza de los créditos ni darles calificación distinta de la establecida por el Cód. (Sent. 18 noviembre 1887).

(17) Sean las hipotecas A - B, C, D, siendo A el sujeto preferente. Al producirse la inversión de A y D, las otras no resultarán perjudicadas.

Ahora bien, si sobre créditos con causa distinta, como P - F, S, R (prendario, con fianza

b') *Novación*.—Si el derecho preferente se extingue en una relación con sujeto pasivo múltiple, su posición es ocupada por otro titular de los que integran la parte pasiva y que tenga algún derecho de preferencia sobre los restantes, mediante extinción de la primitiva relación que es sustituida por otra nueva (18). Pero si, en cambio, se extingue el derecho de alguno de los sujetos que integran la parte pasiva, entonces sigue subsistiendo la misma relación modificada solamente en aquel aspecto interno subjetivo.

c') *Cesión del derecho de preferencia*.—Los términos amplios en que está concebido el art. 1526 del Código civil admiten la cesión del derecho de preferencia a una persona que carezca de él o lo tenga en grado inferior al del cedente. A este respecto traemos a colación el testimonio de AUBRY et RAU, quienes, después de asegurar que es imposible separar los privilegios y las hipotecas de sus respectivos créditos para añadirlos a otros, sostienen que «sin embargo, nada impide que un acreedor privilegiado o hipotecario anterior ceda la prioridad de su rango a un acreedor posterior» (19). Tal cesión debe ser notificada al deudor o titular del bien concurrido a los efectos que determina el art. 1527. Y no se excluye la posibilidad de que, por razón de orden público, no pudiera efectuarse tal cesión, como en el supuesto de concurrencia de varios retractos legales, en que no tendría validez que el retrayente arrendatario cediera anticipadamente su derecho de preferencia a otro retrayente de distinta naturaleza.

d') *Pluralización de la relación de preferencia simple*.—Constituída una relación de preferencia simple puede verse alterada por la afluencia de nuevos titulares de derechos que entren también a concurrir sobre el mismo bien:

1.ª Si el titular que adviene es de rango superior a los otros, asume él solo la cualidad de sujeto activo y los demás se relegan a la posición de sujeto pasivo.

2.ª Si es de rango inferior al sujeto activo, se agrega al sujeto pasivo de su mismo rango para integrar la parte obligada múltiple.

b) *Modificación del contenido*.—Puede tener lugar por reforzamiento o por debilitación del derecho preferente, que da lugar a que se super-

de valores, por semillas y por rentas), la inversión R-F, S, P, perjudicará a S, porque P continuará siendo preferente conforme al art. 1922 del Código civil.

Cfr. KOHLER, *Lehrbuch*, cit., II, 2.º, págs. 400 y sgts.

(18) Nos referimos al supuesto de ascenso automático de rango, como sucede en nuestro Derecho (Vid. SANZ, ob. cit., II, pág. 64). Pero esta novación no puede tener lugar cuando domina el llamado *Locusprinzip*.

(19) AUBRY et RAU, *Cours de Droit Civil Français*, III, 1900-1902, pág. 742.

pongan dos o más relaciones de preferencia del mismo signo, o que, a la inversa, se reduzcan aquellas; por ello, más que de modificación, debe hablarse aquí de acumulación o desacumulación de relaciones de preferencia:

a') Son causas productoras de reforzamiento la agregación de otra causa de preferencia, como si a un crédito garantizado con privilegio se le añade una garantía hipotecaria.

b') La debilitación, a la inversa, tiene lugar por reducción de alguna de aquellas causas (20).

B) *Modificaciones indirectas*, producidas en los derechos concurrentes o en sus causas y que se reflejan en el de preferencia. Distinguiremos también las que se manifiestan en los sujetos y en el contenido:

a) *Subjetivas*.—La substitución del sujeto de la relación principal trasciende a la de preferencia, dado el carácter subordinado de ésta, produciendo también la sustitución del mismo sujeto, siempre que el derecho de preferencia no sea personalísimo y se cumplan en la transmisión los requisitos exigidos por la ley.

Concretamente establece el art. 1528 del Código civil que «la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, la hipoteca, prenda o privilegio» (21). También comprenderá la transmisión de la facultad de preferencia ínsita en aquellas causas y, por lo tanto, los posibles derechos de preferencia derivados.

En los derechos de preferencia adquisitiva también se produce esta subrogación, en correspondencia con la producida en la causa de preferencia respectiva (22); así, en el caso de transmisión del derecho de adquisición preferente que regula el art. 396 del Código civil en beneficio del propietario de piso o parte de piso inmediato al que es objeto de la venta, la cesión de este derecho a otro condómino transfiere el derecho de preferencia frente a los demás. También la cesión del derecho de retracto está reconocida por la jurisprudencia (Sents. 13 febrero y 26 septiembre 1864 y 8 abril 1914).

Entendida la subrogación personal como una cesión (23), también ella

(20) Vid. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, 1950, pág. 141.

(21) El término privilegio que emplea el Código civil en este artículo, y que ya no vuelve a usar en este sentido, está tomado del art. 1459 del Proyecto de 1851, copiado, a su vez, del art. 1692 del Código francés. GARCÍA GÓYENA apostillaba que «no pasan los privilegios meramente personales del vendedor, pues de otra manera vendrían a hacerse perpetuos»: (Concordancias, motivos y comentarios, III, pág. 430).

(22) Nosotros lo entendemos así, aunque la cedibilidad de estos derechos es muy controvertida. Con referencia al «patto di rescato» vid. RUBINO, *La compravendita*, 1952, págs. 776-777 y los autores que cita en la nota 21.

(23) ESPÍN, *Sobre el pago con subrogación*, en Rev. Der. Priv., 1942, pág. 327.

produce la transmisión del derecho matriz y, con él, la causa de preferencia, como expresa el art. 1212 del Código civil, y derivativamente se produce también la transmisión del derecho de preferencia correspondiente.

b) *Modificación del contenido.*—El asiento del derecho de preferencia puede ampliarse, reducirse, perderse o ser sustituido.

La ampliación del objeto de la causa de preferencia satisfactiva está regulada en diversos supuestos, como en la hipoteca (art. 163 Ley Hip.) y en el embargo (art. 1466 Ley Enj. civ.) (24).

La reducción del asiento podrá tener lugar mediante conformidad de las partes interesadas o, en otro caso, cuando se produce pérdida parcial y no indemnizable del objeto (25).

La pérdida total o parcial de la cosa puede originar la subrogación real de las indemnizaciones por razón de seguro o expropiación forzosa, sobre las cuales perdurará el derecho de preferencia. Se refiere a este supuesto el art. 2742 del Código civil italiano, que sujeta las sumas debidas por el asegurador o expropiante cuando perecen o se deterioran las cosas objeto del privilegio, prenda o hipoteca (26) y de modo análogo se expresa la Ley belga de 16 de diciembre de 1851 en su art. 10. En nuestro Derecho, el acreedor hipotecario goza de esa preferencia, tanto respecto de la indemnización por seguro, como por razón de expropiación forzosa (arts. 109 y 110 Ley Hip. y art. 186 Rgto.) (27); pero nada dice el Código ni las leyes especiales sobre subrogación de las indemnizaciones en los privilegios, omisión en que también incurrió el Código francés, por lo que ha de entenderse —y así lo sostiene también la doctrina y la jurisprudencia de la nación vecina— que la indemnización debe distribuirse a prorrata entre todos los acreedores privilegiados (28).

Por último, en los casos en que estuviere excluido el derecho de per-

(24) Sobre la mejora de embargo puede verse nuestro trabajo *El recambio y sus problemas*, en *Revista Prefor*, núm. 32.

(25) En la hipoteca vid. COVIELLO, *L'ipoteche*, 1928, págs. 422 y sgts.; RUBINO, *L'ipoteca...*, cit., págs. 384 y sgts.

(26) Cfr. MESSINBO, *Manuale*, cit., II, 2.º, págs. 61-62. Para precepto análogo del Código de 1865, COPPOLA, voz citada y CHIRONI, ob. cit., págs. 384 y sgts.

(27) BENÍTEZ DE LUGO, *Tratado de Stgatos*, II, 1955, págs. 232 y sgts.; ROCA, *Der Hip. cit.*, IV., págs. 313 y sgts.

(28) Vid. PLANIOL-RIPERT, *Tratado de Derecho Civil Francés*, trad. esp., XIII, págs. 255 y sgts. y autores que citan.

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1891 declara que las indemnizaciones abonadas por una Compañía aseguradora al deudor en caso de incendio de bienes afectos al pago de créditos, al responder de obligaciones contraídas por el deudor no podían ser alteradas y entregadas al acreedor designado por el deudor.

secución sobre la cosa que constituye el asiento del derecho de preferencia, éste apuntará al valor que ha sustituido en todo o en parte a la cosa que hubiere salido del poder del titular de la cosa. CAPITANT expone, entre otros, el caso de venta de bienes gravados con privilegio mobiliario y admite que el privilegio recaiga sobre el importe de los bienes enajenados (29). PONSSA añade el supuesto del art. 3897 del código civil argentino, que extiende el privilegio del depositante al precio de la cosa enajenada por el depositario y FERNÁNDEZ generaliza en estos términos: «En todos los casos en que no exista derecho de persecución y aún cuando exista, si así lo prefiere el acreedor, el privilegio puede hacerse efectivo sobre el precio adeudado por el tercer adquirente o pagando por éste, pero que pueda individualizarse» (30).

En Derecho español, no contamos con precepto general que abone este criterio y tampoco debe hacerse uso en estos casos de la analogía (31).

(29) CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, Rev. Trim. Droit Civil, año 1919, pág. 404; TROPLONG, *Examen Critique e Pratique sur les Privilèges*, 1855, págs. 128 y sgts., citado por GULLON, *El crédito privilegiado en el Código civil*, An. Der. Civ., año 1958, pág. 462.

(30) FERNÁNDEZ, *Tratado teórico-práctico de la hipoteca, la prenda y demás privilegios*, 1941, I, pág. 80.

(31) Nos remitimos a lo que se expone más adelante (núm. 80).

CAPITULO V

EFFECTOS Y EXTINCION DEL DERECHO DE PREFERENCIA

21. Efectos del derecho de preferencia. 22. A) Efectos entre preferente y pospuesto. 23. B) Efectos respecto de tercero, 24. C) Efectos respecto del titular del bien concurrido. 25. Extinción del derecho de preferencia. 26. A) Causas independientes. 27. B) Causas de extinción derivadas.

21.—EFFECTOS DEL DERECHO DE PREFERENCIA.—Si, como venimos sustentando a lo largo de este trabajo, la relación de preferencia se produce entre los sujetos concurrentes, a ellos han de afectar los derechos y obligaciones derivadas de dicha relación, tendentes a establecer una graduación satisfactiva o adquisitiva en beneficio del titular del derecho de preferencia.

Por otro lado, hemos de indagar también si el derecho de preferencia puede desplegar su eficacia más allá del ámbito subjetivo de la relación de preferencia, permitiendo que sean atacados terceros adquirentes del bien concurrido.

Por último, no puede negarse el efecto, si no directo, al menos reflejo, que soporta el titular del bien concurrido en virtud del ejercicio del derecho de preferencia, que se traduce en un «debilitamiento de la disponibilidad» (1) fuertemente influída por las vicisitudes preferenciales.

Analicemos por separado estas cuestiones:

22. A) EFFECTOS ENTRE PREFERENTE Y POSPUUESTO.—He aquí los más caracterizados:

a) El titular pospuesto viene obligado, sobre todo, a tolerar que el

(1) Es expresión de D'ORAZI, ob. ci., pág. 101.

preferido ejercite plenamente su derecho, sin obstaculizarlo o impedirlo total o parcialmente mediante el ejercicio de actos jurídicos dirigidos a satisfacer concurrentemente su derecho. Se trata de algo más que una abstención, pues en esta conducta el derecho no existe, mientras que el que tolera tiene un derecho quiescente a causa de que su ejercicio es impedido por el derecho de preferencia (2). De la quiescencia dice RUGGIERO que en ella el derecho existe y no viene perdido para el titular, pero sobrevive una circunstancia que le quita su actual vigor, de modo que su eficacia está sólo en potencia, su vida se halla como en suspenso y debe esperarse a que aquella circunstancia desaparezca para que pueda de nuevo desplegar su eficacia (3). Por lo tanto, el acreedor concurrente pospuesto será vencido por el preferente en el supuesto de que los bienes del deudor no alcancen a cubrir ambos créditos; pero el otro acreedor verá revivir su derecho cuando el deudor viniere a mejor fortuna (4) o el acreedor preferido renunciare a su derecho de preferencia, a la causa de ella o al crédito mismo. De modo análogo, en caso de doble venta o de concurso de retrayentes, la extinción del derecho del preferente hace renacer el derecho del otro concurrente a la adquisición de la cosa, siempre que no haya decaído por prescripción o caducidad o se haya extinguido por otra causa.

c) En caso de incumplimiento de aquella obligación de tolerancia por parte del sujeto pospuesto, si éste ha sido satisfecho con preferencia mediante pago o adquisición de la cosa, según el tipo de preferencia, el preferente puede constreñirlo a que le entregue el valor o cosa obtenido con infracción del derecho de preferencia, y de ahí las tercerías y retratos como procesos adecuados para obtener el valor o la cosa indebidamente adquiridos por el pospuesto (5). En defecto de este cumplimiento específico, sea por intervención de terceros protegidos o por cualquier otra

(2) Von TUHR, ob. cit., I, 1.º, págs. 134 y 135.

(3) RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. esp., II, pág. 242.

(4) En la regulación de la quiebra los arts. 905 y 921 del Código de com. dan a entender la posibilidad de que el acreedor haga efectivo su crédito por haber llegado el deudor a mejor fortuna, y de una manera precisa el art. 1136 del Cód. de com. de 1829 establece que «los acreedores que no sean satisfechos íntegramente de sus derechos contra el quebrado con lo que perciban del haber de la quiebra hasta el término de la liquidación de éste, conservarán acción por lo que se les reste debiendo, sobre los bienes que ulteriormente pueda adquirir el quebrado».

(5) Con vigorosos trazos describe VARRILLES-SOMERRES estos efectos: «Debe ser satisfecho y totalmente satisfecho antes que los otros, de no sufrir nada la existencia de sus derechos, de impedir, cuando haya lugar, ser pagados en su detrimento, y si no ha podido prevenir esta usurpación, constreñirles a que le reviertan el provecho que ellos han obtenido», loc. cit., pág. 529.

causa, tendría derecho el titular preferente al *id quod interest*, debiendo ser indemnizado en el perjuicio patrimonial sufrido.

23. B) EFECTOS RESPECTO DE TERCERO.—El derecho de preferencia sera muchas veces ineficaz si se le considerara inoponible a terceros adquirentes del bien concurrido, pues solamente actuaría mientras los bienes estuvieren en poder del deudor y se extinguiría cuando pasaren a poder de tercero ajeno a la relación de preferencia, con el peligro de fáciles perspectivas de fraude en perjuicio del titular preferente y hasta de los postpuestos.

Para evitarlo, el derecho de preferencia se ha de construir en sus líneas generales con una eficacia trascendente, autorizándose al titular preferido para que pueda perseguir los bienes asiento de su derecho cuando pasaren a poder de tercero, siempre que éste no cuente con una protección especial frente a aquellos pretensesores, bien al amparo del art. 34 de la Ley Hipotecaria, ya del art. 464 del Código civil, según que los bienes sean inmuebles o muebles (6).

Se asegura, en este sentido, que en la hipoteca o en los privilegios el crédito asegurado goza del derecho de preferencia con una yuxtapuesta eficacia reipersecutoria. La doctrina franco-belga, que ha sido la artífice del «droit de suite», considera a éste, no como un efecto del derecho de preferencia ni como una transformación del mismo, sino como otro elemento distinto aunque complementario de aquél, prolongación del mismo y únicamente destinado a asegurar su efectividad en caso de enajenación de la cosa (7). Y cuando estudia la sobrevivencia de estos derechos coinciden en que, aun cuando se extinga el derecho de persecución, no desaparece por ello el derecho de preferencia y, en el caso inverso, el derecho de persecución no puede subsistir sin el de preferencia, de donde deducen que este último derecho es el fundamental y el de persecución no puede subsistir sin él (8).

Con mayor razón aún se muestra esta facultad reipersecutoria en el caso de derechos de adquisición preferente, como en el retracto, pues el retrayente debe dirigirse contra todos los componentes de una cadena de

(6) Sobre este aspecto de la pretensión del tercero, que no excluye el derecho de persecución, sino que lo detiene, insiste POPLAWSKI, ob. cit., págs. 221 y sgts. y 253.

(7) De PAGE, ob. cit., VII, 1.º, pág. 739; PLANIOL-RUPERT, *Traité*, XII, pág. 704; COLIN et CAMBANT, *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp. V. 2.ª ed., pág. 499. También en la doctrina italiana es común esta orientación; BIANCHI afirma que el ejercicio del derecho de persecución no constituye cosa distinta del ejercicio del derecho de preferencia, sino un modo especial de ejercicio del derecho mismo frente al tercero (*Dell' ipoteche*, 1907, I, pág. 10).

(8) Vid., *ad exemplum*, BEUDANT, cit., XIV, pág. 580. En nuestra patria GARRIGUES, *Curso*, 2ª. ed., II, pág. 599.

compradores sucesivos (9); igualmente en el concurso de retrayentes, si el preferido puede accionar eficazmente contra el pospuesto, *a fortiori* podrá actuar contra cualesquiera titulares de la cosa que traigan causa de aquél.

En relación con los derechos de preferencia satisfactiva, que es donde se han manifestado las discrepancias acerca de la posición del derecho de persecución respecto del de preferencia, creemos que debe centrarse la cuestión atendiendo a la causa de la preferencia, a su naturaleza, según admita o no junto a la facultad de preferencia la de persecución. Si dicha causa es uno de los llamados derechos reales de segundo grado (10), como la hipoteca, la facultad reipersecutoria de que ella está dotada beneficiará al derecho de preferencia, que por virtud de aquella podrá ejercitarse cuando los bienes hubieren pasado a tercero; igual «droit de suite» es reconocido a los privilegios mobiliarios por el último párrafo del art. 1922 del Código civil (11). Pero la persecución de las cosas no es facultad integrante del derecho de preferencia, sino que éste es antecedente y presupuesto del ejercicio de aquella; así, puede decirse que sin derecho de preferencia no lo hay de persecución, pues éste a solas no tendría ninguna finalidad útil, mientras que sin derecho de persecución puede existir el de preferencia, ya que no siempre hay enajenación de bienes del deudor a tercero y, por otro lado, algunas causas de preferencia no son derechos reales y carecen, por tanto, de facultades reipersecutorias.

24.—C) EFECTOS RESPECTO DEL TITULAR DEL BIEN CONCURRIDO.—Hemos dicho que este titular no es parte en la relación jurídica de preferencia, que sólo se manifiesta entre los concurrentes sobre un mismo bien insuficiente. Pero es indudable que el deudor es afectado por aquella relación, ya que sufre una debilitación o limitación de sus facultades de disposición, porque ni puede pagar al acreedor que le plazca ni puede transmitir libremente la cosa concurrida a la persona que él mismo designe, sino que, en todo caso, ha de respetar la preferencia establecida legal

(9) Cfr. sentencias 2 febrero 1949 y 28 abril 1953.

(10) «Si está permitido —dice De PAGE— en materia de seguridades reales hablar de *derecho real* se trata en todo caso de un derecho real de *segunda zona*. Es un derecho real de GARANTIA, destinado únicamente a asegurar el *cobro del crédito*. En este aspecto es indudablemente un derecho real *sui generis*, un derecho que no confiere, contrariamente a los derechos reales normales, ni el *usus*, ni el *fructus*, ni el *abusus* ni aún alguno de *estos elementos aisladamente tomados*. Es, como se ha observado muy justamente, un derecho real que se *superpone a la propiedad*, que se establece SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD MISMO más bien que sobre la cosa y no teniendo otro fin —y por tanto otro campo de aplicación— que permitir al acreedor *obtener su crédito* (Ob. cit., VI, págs. 717-718).

(11) Sobre la interpretación de este precepto vid. *infra* núm. 44.

o voluntariamente. Por otro lado, al deudor no le es indiferente la condición personal del acreedor preferente, según acostumbre a emplear mayor o menor rigor en la realización de sus créditos. Por esta razón, por no ser parte el deudor en la relación de preferencia y, a la vez, por no ser indiferente a ésta, hay que concluir que la afección del deudor por la relación de preferencia es de carácter reflejo, o sea, que influye en aquél más bien desde el punto de vista económico que del jurídico (12).

25. EXTINCIÓN DEL DERECHO DE PREFERENCIA.—Dada la natural subordinación que caracteriza a la relación de preferencia hemos de separar las causas de extinción autónomas, independientes de las vicisitudes de la relación principal, y causas de extinción derivadas de dicha relación principal, abstracción hecha de la facultad que a los concurrentes asiste de convenir la extinción de causas y derechos de preferencia (13).

26. A) CAUSAS INDEPENDIENTES.—No es pacífica la doctrina acerca de la posibilidad de cesación del derecho de preferencia en estos términos de autonomía (14). Nosotros, que hemos sentado la posibilidad de la transmisión separada del derecho de preferencia, admitimos también, como consecuencia, su extinción independiente, con mayor razón aún cuando el art. 1929 del Código civil recoge un supuesto de extinción separada que es el de la prescripción. En todo caso, la pérdida de tal derecho producirá una claudicación del subyacente, cuyo titular quedará reducido a la condición de común o quirografario, en situación de paridad con los otros titulares no preferidos. Entre las causas de extinción de este tipo destacan:

(12) El efecto reflejo —dice IBERING— está condicionado por una especial relación y exclusivamente produce consecuencias económicas ventajosas o perjudiciales en una persona por un hecho causado por tercero (*Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkungen rechtliches thatsachen auf dritte Personen*, en *Jahr, Iher.*, X, págs. 284-285).

Vid. también FERRARA, *Trattato*, pág. 312; FERRARA JR., *Ipoteca...*, cit., págs. 45; CIGALA, *Rapporto giuridico*, 1909, pág. 71, nota 52. Vocino (ob. cit., pág. 322) expone un supuesto de efecto reflejo en el caso de separación de patrimonios por causa de beneficio de inventario, o igualmente LÓPEZ JACOISTE, loc. cit., pág. 498.

Con un criterio más restringido, como efectos secundarios producidos por la actividad administrativa, se refieren al efecto reflejo De CASTRO, ob. cit., I, pág. 670; Espín, *Manual*, cit., I, págs. 101 y sgts.; ANGELOTTI, *La pretesa giuridica*, 1932, pág. 101.

(13) En el convenio judicial reconocen este efecto los arts. 1917 del Código civil y 904 del Código de comercio. Lo consideran como transacción las sentencias de 20 noviembre 1928, 30 diciembre 1932 y 26 junio 1945.

(14) Vid. BIANCHI, *Dei privilegi*, cit., págs. 142-143; CHIRONI, ob. cit., págs. 401 y sgts.

a) *La renuncia* (15).—Puede hacerse abdicativamente por el titular preferente, produciéndose por su declaración unilateral la pérdida del derecho de preferencia, que hará ascender a la posición de sujeto activo al titular preferente inmediatamente inferior, si lo hubiere, o, en otro caso, actuará la ley de igualdad en el concurso. La renuncia puede ser también traslativa, lo que requerirá la aceptación del adquirente del derecho de preferencia, o una permuta de sus respectivas posiciones.

Admite la doctrina la renuncia tácita, que puede inferirse de ciertas abstenciones del preferente. En nuestro Derecho opera en este sentido la inasistencia al juicio de graduación de un acreedor y la no impugnación de un acuerdo que posponga el crédito preferente (art. 1275, Ley Enjuiciamiento civil).

b) *Prescripción*.—Nos referimos a la posibilidad de que los titulares pospuestos excepcionen la prescripción del derecho de preferencia que pretenda hacer valer otro titular, con independencia de la prescripción del derecho subyacente o de la causa de preferencia (16); como quiera que el derecho examinado es de naturaleza personal, el plazo de prescripción será el de quince años que, con carácter general, establece el art. 1964, inciso último, del Código civil.

Para la mejor comprensión de los supuestos en que actúa la prescripción distinguiremos:

1.º Que el plazo de la causa sea mayor que el del derecho de preferencia, como en el caso de hipoteca garantizadora de un crédito, en que la acción hipotecaria prescribe, como es sabido, a los veinte años. Si el deudor común pagó a un acreedor pospuesto, también hipotecario, una vez que hayan transcurrido quince años, sin que lleguen a cumplirse los veinte, no podrá el acreedor preferente obtener la declaración de su mejor derecho.

2.º Que el plazo de prescripción de la causa sea menor que el del derecho de preferencia, por ejemplo cuando el núm. 4.º del art. 1922 del Código civil señala para el privilegio por transporte el plazo de caducidad de treinta días siguientes al de la entrega de los efectos transportados. Son éstos los supuestos en que el Código prevé el efecto de la prescripción del derecho de preferencia (art. 1929), que es su conversión de créditos

(15) BAUBRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, *Del pegno, dei privilegi delle ipoteque e delle espropiazione forzata*, trad. ital., III, págs. 512 y sgts.; BIANCHI, *Dei privilegi*, cit., págs. 143 y sgts.; RUIJNO, *Il pegno*, cit. págs. 285 y sgts.

(16) Vid. sobre esta prescripción independiente: RUBINO, *Il pegno*, cit., pág. 287; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito civil*, V, 1932, pág. 359; art. 1026 del Código civil portugués; AUBRY et RAU, ob. cit., III, págs. 814 y sgts.; art. 2180 Código civil francés; D'ORAZI, ob. cit., pág. 351. En nuestro Derecho prevé esta prescripción independiente el art. 1929 del Cód. civ.

singularmente privilegiados en créditos simplemente privilegiados, con el orden de prelación que determina dicho precepto. Es claro que, en el ejemplo anotado, una vez que ha caducado el plazo del privilegio, el crédito del porteador sólo gozará del privilegio general sobre los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, pero subsistiendo, de todos modos, el plazo de quince años de prescripción que hemos asignado al derecho de preferencia. O sea, que cuando el privilegio es especial domina el plazo prescriptivo o de caducidad correspondiente a tal privilegio, y cuando claudica en privilegio general opera el plazo quincenal; a mayor intensidad de la preferencia menor duración de la posibilidad de su ejercicio.

Otras veces, la expiración del plazo de caducidad de la causa lleva consigo la extinción de la misma y el triunfo, por consiguiente, del otro derecho concurrente. Piénsese en los retractos y en los limitados plazos que para su ejercicio otorgan las leyes.

27. B) CAUSAS DE EXTINCIÓN DERIVADAS.—El derecho de preferencia se extingue derivativamente cuando se extingue su causa o cuando se extingue el derecho subyacente. Examinamos seguidamente los modos de extinción más calificados:

a) *Pérdida de la cosa*.—Si es total se extingue el derecho de preferencia. Si es parcial, subsistirá sobre la parte que reste y así lo dispone, respecto de la hipoteca, el art. 122 de la Ley Hipotecaria.

En caso de reconstrucción de la cosa destruída cabe preguntarse si el derecho de preferencia revivirá sobre la totalidad de aquella. Con relación a los privilegios, GAETANO se muestra contrario a ello y aduce en su apoyo el art. 10 de la Ley italiana de 26 de octubre de 1940, sobre edificios destruídos en caso de guerra, que dispone la permanencia de los privilegios, hipotecas y otros derechos reales tal como existían sobre los mismos inmuebles antes del daño. A la misma conclusión puede llegarse en nuestro Derecho, como se deduce de diversos textos: el art. 122 de la Ley Hipotecaria declara la subsistencia de la hipoteca sobre cualquier parte de los bienes hipotecados que se conserve aunque la restante haya desaparecido, y este precepto ha de interpretarse en el sentido de que con la reconstrucción no retorna la hipoteca, sino solamente la cosa, a su estado anterior (17); el art. 4.º de la ley de 9 de septiembre de 1939, sobre reconstrucción de fincas urbanas dañadas por la guerra, incluye a los acreedores hipotecarios como contribuyentes en el coste de la reconstrucción y si no contribuyeren se reducirán los créditos proporcionalmente (art. 5.º); el art. 62 de la Ley de Hipoteca mobiliaria atribuye al acreedor

(17) BARRAGHINA, *Derecho Hipotecario y Notarial*, 1911, pág. 106.

el sólo derecho de indemnización en caso de pérdida o deterioro de los bienes pignorados.

En la preferencia adquisitiva sucede de modo análogo. En el retracto, la pérdida de la cosa hace físicamente imposible la entrega de la misma (art. 1184 del Código civil); mas, si fuere parcial subsiste sobre la parte no destruída y con él el derecho de preferencia; manifestaciones de este retracto parcial ofrecen los arts. 1514, 1516 y 1517 del Código civil, así como el retracto arrendaticio urbano que, según la jurisprudencia, procede en el caso de agrupación de varias viviendas para su venta por precio global, en cuyo caso se impone la necesidad de reconocer a los inquilinos o arrendatarios la facultad de los derechos de tanteo y retracto referido para cada uno de ellos al local que respectivamente ocupen (Sent. 8 julio 1952). En caso de reconstrucción de la finca no renacería el derecho de retracto sobre la finca reconstruída; un argumento poderoso lo constituye el art. 118 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que declara resueltos los contratos de arrendamiento en caso de pérdida o destrucción de la finca, con la consecuencia de que la pérdida de la condición de arrendatario lleva consigo necesariamente la extinción del derecho de retracto (18).

b) *Transformación material.*—Separamos para su estudio los supuestos de preferencia satisfactiva y adquisitiva:

a') En el primer caso, la doctrina más radical sostiene, por un lado, que estos cambios, efectuados por obra del mismo propietario, no ejercen ninguna influencia sobre la causa del derecho de preferencia (19), y, por otra parte, en relación con la prenda se afirma que la transformación de la cosa produce, sin más, la extinción de aquella (20).

La doctrina ecléctica que es la tradicional, ha venido entendiendo que se producirá o no la extinción, según que la cosa fuere o no reconocible, añadiendo PLANIOL-RIPERT-BOULANGER que ha de exigirse para la continuidad del derecho de preferencia que «la identidad de la cosa pueda ser seguida a través de sus transformaciones» y RUBINO que «la materia originaria se transforme de modo que no presente en lo sucesivo un valor apreciable» (21).

(18) La jurisprudencia viene insistiendo en que solamente el arrendatario está legitimado para el ejercicio del retracto arrendaticio. (Para el arrendamiento rústico, sentencias 3 agosto 1939 y 17 mayo 1943; para el arrendamiento urbano, sentencias 4 noviembre 1955 y 18 junio 1957).

(19) Vid. con relación al privilegio, GAETANO, ob. cit., pág. 64.

(20) BORSARI, *Commentario del Codice Civile Italiano*, IV, 2.^a, 1881, pág. 273; Rossi, voz PEGNO en el Dig. Ital.

(21) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité élémentaire de Droit civil français*, II, 1953, página 1010. RUBINO, *L'ipoteca*, cit., pág. 508.

Esta doctrina intermedia, tan razonable, parece ser la que mejor se amolda a nuestro Derecho positivo. En efecto, con carácter general establece el art. 1182 del Código civil que la obligación quedará extinguida por pérdida o destrucción de la cosa sin culpa del deudor y antes de haberse constituido en mora, explicando el art. 1122, regla 2.ª, pfo. 2.º, que se entiende que la cosa se pierde cuando «perece, queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignora su existencia, o no se puede recuperar». Pero, junto a la extinción de las obligaciones; regula el Código la modificación de las mismas por variación de su objeto, que no produce la extinción de la obligación respectiva, sino la subsistencia de la misma sobre el objeto transformado, siempre que, como dice la sentencia de 11 de junio de 1947, la modificación no altere o varíe su esencia (22). La misma idea domina en el art. 869, 1.º del Código civil, que dispone que quedará sin efecto el legado si el testador transforma la cosa legada de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía.

b') En caso de preferencia adquisitiva, rige también la doctrina indicada sobre transformación material. Así lo viene a reconocer el Tribunal Supremo en sentencia de 17 noviembre 1928 en la que declara que una vez celebrada la venta, aunque no se consume, no afecta al cambio de la naturaleza de la finca sujeta a retracto las obras de transformación realizadas por el demandado.

Una transformación especial es la inmovilización de bienes muebles. Si se atiende a que la cosa pierde su individualidad mediante incorporación a un inmueble, hay que convenir, en principio, que no hay posibilidad de que subsista la causa de preferencia. Otra cosa es que la inmovilización sea por disposición de ley, pues en tal caso la pertenencia conserva su individualidad; por ésto la doctrina italiana sostiene, apoyándose en el art. 819 del Codice civile— según el cual el destino de una cosa al servicio o adorno de otra no perjudica el derecho preexistente sobre ella a favor de terceros—, que el acreedor privilegiado podrá pretender la separación de la cosa mueble, sobre la cual grave el privilegio, del inmueble a que esté incorporada y hacer valer sobre ella su derecho de garantía, criterio que comparte la doctrina francesa aun sin contar con texto legislativo análogo al italiano reseñado (23). Esta solución, que es la más lógica dada la condición jurídica de las pertenencias (24), cuenta en nuestro Derecho con preceptos aislados que permiten su aplicación, tales como los

(22) Vid. BONET, en sus comentarios jurisprudenciales, Rev. Der. Priv., XXXII, págs. 241 y 372; AZURZA, *Notas sobre la novación*, en la misma Revista, año 1950, págs. 596 y sgts.

(23) En la doctrina italiana cfr. GAETANO, ob. cit., pág. 64, y en la francesa el *Traité de PLANIOL-RIPERT-ESMEIN*, cit., XIII, pág. 220.

(24) Cfr. ANDREOLI, *Le pertinenze*, 1936, pág. 284.

arts. 111 a 113 de la Ley Hipotecaria y el art. 52, 1.º de la de Hipoteca mobiliaria, que separa, a los efectos de constitución de la hipoteca y de la prenda no desplazada, las pertenencias de la cosa principal a la que se incorporan.

Si lo que, a la inversa, se produce es la movilización de la cosa inmueble (por ejemplo: materiales resultantes de la demolición de un edificio), entonces se produce la extinción de la causa de preferencia inmobiliaria (25). Así, la hipoteca o el retracto sobre un edificio se extingue por la ruina del mismo y, consecuentemente, se extinguen también los respectivos derechos de preferencia. No equiparamos a esta transformación la realización del valor de la cosa en la preferencia satisfactiva, que es un elemento subrogado necesario para hacer posible el pago a los acreedores.

c) *Novación extintiva*.—El Código francés, siguiendo a POTHIER, se atuvo a la regla de que las obligaciones accesorias sólo pueden ser conservadas, en caso de novación, con el consentimiento del propietario de los bienes sobre los cuales aquellas se asientan. Hoy el Código italiano dispone que el privilegio, la prenda y la hipoteca del acreedor originario se extinguen, a no-ser que las partes convengan expresamente mantenerlas para el futuro (art. 1232) (26). En esta misma línea se encuentra nuestro Código, que establece la extinción de las obligaciones accesorias cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, y sólo podrán subsistir aquellas en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento (art. 1207), precepto que hay que entenderlo en sentido restrictivo, limitado, por lo tanto, al supuesto de la novación extintiva y total. Asimismo, cabe la posibilidad de que subsistan las obligaciones accesorias si consienten los que están gravados con ellas, sean o no terceros (27).

(25) GASTANO, ob. cit., pág. 65.

(26) Vid. art. 803 del Cód. civ. argentino y el comentario de PONSSA, ob. cit., pág. 51.

(27) En el caso de obligaciones solidarias dice el art. 1143 del Cód. civ. que «la novación, compensación, confusión o remisión de la deuda hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1146». Aquí ni aún menciona la subsistencia de las obligaciones accesorias beneficiosas para terceros.

SEGUNDA PARTE

LAS CAUSAS DE PREFERENCIA Y SU RANGO

CAPITULO I

LAS CAUSAS DE PREFERENCIA EN GENERAL

28.—Noción. 29. Causa, motivo y fuente del derecho de preferencia. 30. Régimen jurídico de las causas de preferencia. 31. De la causa de preferencia al derecho de preferencia. 32. Pluralidad de causas de preferencia. 33. A) Acumulación de causas. 34 B) Rango de causas. 35. Clasificación de las causas de preferencia.

28. Noción.—Todo derecho de preferencia deriva de algún hecho jurídico que determina, precisamente, la satisfacción o adquisición preferente del derecho matriz. Unas veces la causa de la preferencia es un negocio jurídico, como sucede en la hipoteca; en otras ocasiones es una relación impuesta por la ley, como en los retractos legales; y hasta un simple hecho jurídico puede ser causa del derecho de preferencia, como la prioridad o la inscripción. (1). En la terminología de D'ORAZI estas causas «generan una posición subjetiva facultativa de prioridad... Algunos supuestos de hecho determinan la vicisitud constitutiva de una relación, la

(1) La naturaleza jurídica de la inscripción es objeto de debates doctrinales. Vid. CONTRADO, *La pubblicità nel Diritto Privato*, s. a., págs. 183 y sgts.; FERRI, *Tutela dei diritti; Trascrizione immobiliare*, 1955, págs. 10 y sgts., en los Comentarios dirigidos por SCIALOJA y BRANCA, Lib. VI; FERRI, *Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare*, en los *Studi per Cicu*, I, pág. 305; LACRUZ BERDEJO, ob. cit., págs. 142 y sgts. Véase también lo que respecto de las anotaciones decimos más adelante, en el núm. 60.

cual, a su vez, da lugar a una posición subjetiva facultativa de prioridad» (2).

El término causa es usado comúnmente en las legislaciones en el sentido que aquí le damos. El Código civil francés se refiere en el art. 2093 a las «causas legítimas de preferencia» como excepción a la distribución a prorrata del precio de los bienes del deudor y en el art. 2094 establece que «las causas legítimas de prelación son los privilegios y las hipotecas». En idénticos términos se expresaban los arts. 1949 y 1950 del Código italiano de 1865 y la misma redacción se mantiene en el art. 2741 del vigente, pero añadiendo la prenda como tercera causa de prelación, que ya había sido introducida por el Código holandés (art. 1179) (3). Nuestro Código civil, como el Proyecto de 1851, ha omitido toda noción de las causas de preferencia ni hace enumeración de las mismas, lo que ha de estimarse acertado, pues, de una parte, resulta superfluo insistir en que las causas de prelación exceptúan al beneficiario de la ley del concurso, y, por otro lado, es inútil que el legislador quiera acotar de una manera exhaustiva tales causas, que han de quedar en su determinación a merced de la jurisprudencia y de la doctrina científica con el criterio restrictivo que inspira toda interpretación en esta materia.

También la doctrina ha acogido la expresión causa de preferencia o de prelación, pero con una riqueza de contenido superior al que le asignan los textos legales. Así, GAETANO METE distingue, además de la prenda, del privilegio y de la hipoteca, la anticresis, el derecho de separación hereditaria, el que tiene lugar en la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, el derecho de retracto del enfiteuta, el derecho de separación del tercer poseedor sobre el precio del inmueble ejecutado, el derecho de separación de la dote, el derecho de separación del cónyuge en la comunidad conyugal y el derecho de los operarios sobre el precio aún debido por el comitente al empresario (éstos cuatro últimos los enumera como dudosos) (4). BEUDANT y VOIRIN incluyen, junto a las garantías reales, la compensación legal, la resolución del contrato, la acción directa y el derecho de retención, este último como una seguridad real más y las otras tres como «causas indirectas de preferencia» (5). En el Repertorio

(2) D'ONAZI, *ob. cit.*, págs. 104-105.

(3) En la legislación hispanoamericana, el Código boliviano enumera como causas de prelación los privilegios y las hipotecas (art. 1438); las mismas relaciona el art. 2480 del Código de El Ecuador, con la particularidad de configurarla expresamente como derechos reales, pues el pfo. 2.º de este artículo dispone que «estas causas de preferencia son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de otra manera».

(4) Voz PRELAZIONE, *cit.*

(5) BEUDANT y VOIRIN, *ob. cit.*, XIII, págs. 248 a 297.

DALLOZ (Tomo I, pág. 1104) se recogen como causas las seguridades reales y las *situaciones de preferencia* (retracto, separación de patrimonios y acción directa). Por último, ROSARIO NICOLÒ reconoce que las causas de preferencia no se agotan con las legales de prenda, privilegios e hipoteca y añade, por su cuenta, la separación de patrimonios por causa de muerte, el crédito cuyo titular inste la ejecución mobiliaria, las causas que favorecen a ciertos acreedores en el caso de aceptación a beneficio de inventario y la que se asigna al acreedor del que enajena simuladamente (6).

Nuestra labor en esta parte de la obra se va a dirigir, principalmente, a exponer las causas de preferencia, no solamente las que son tenidas por ciertas legal y doctrinalmente sino también aquellas otras que han sido propuestas bajo el signo de la duda, poniendo especial cuidado en seleccionar las que pueden ser acogidas en Derecho español.

29. CAUSA, MOTIVO Y FUENTE DEL DERECHO DE PREFERENCIA.—El Derecho romano empleó, con relación a los privilegios, la palabra *causa*, basándose en este término la clasificación que de aquellos hace el Digesto, L, XVII, 196: «Privilegiae quaedam causae sunt, quaedam personae». Pero no empleó aquí la palabra *causa* en el sentido técnico-jurídico moderno de «fin del negocio admitido por el Derecho» (7), sino como las razones, cualesquiera que sean, que el legislador ha tenido en cuenta para conceder el privilegio; es decir, que aquí la causa es sinónima de motivo que impulsa a otorgar el privilegio.

La doctrina moderna emplea también el término causa en este sentido, confundiéndola con el motivo, como GAETANO (8), que relaciona las siguientes causas del privilegio: una «versio in rem», es decir, una ventaja que el crédito ha procurado y podía procurar a toda la masa de acreedores; exigencias financieras del Estado o de los Entes autárquicos menores; la particular relación en que la cosa sobre la cual viene concedido el privilegio se encuentra con la persona del acreedor o con la esfera de su actividad patrimonial; consideraciones de humanidad; la concurrencia de varias de estas razones; y hasta motivos de oportunidad.

Sin embargo, aparece clara la perfecta diferenciación de la causa de preferencia, tal como se configuraba en el núm. anterior, y los motivos

(6) ROSARIO NICOLÒ, ob. cit., págs. 22-23.

(7) VOCI, *Istituzioni di Diritto Romano*, 1948, pág. 128.

(8) GAETANO, *I privilegi*, cit., págs. 54-55; POPLAWSKI escribe que «en lo que toca a los privilegios, la causa designa las razones, cualesquiera que sean, obtenidas de la naturaleza misma de la relación de derecho privilegiado, sobre cuyo fundamento la ley ha concedido el privilegio», causa que unas veces es el motivo que ha empujado a un individuo a devenir deudor, otras, diversas circunstancias que dan una fisonomía especial al crédito, otras es el fin inmediato perseguido por el deudor (ob. cit., pág. 26).

o criterios que el legislador haya podido tener en cuenta para otorgar causa de preferencia a ciertos créditos o derechos en general. Si, por ejemplo, decimos que el privilegio concedido a los acreedores por semillas y gastos de cultivo sobre los frutos de la cosecha para que sirvieron se basa en aquella «versio in rem» a que se refería GAETANO, no se nos ocurre pensar sino en el móvil de equidad que animó al legislador para que no resultara perjudicado, en caso de concurso, el acreedor que con su aportación había hecho posible el nacimiento y conservación de los frutos, y sobre cuyo importe es justo que sea preferido para el cobro de su crédito; pero la causa de preferencia es el propio privilegio, al que se debe de modo inmediato el derecho de preferencia de dicho acreedor.

Por ésto, puede decirse que la fuente originadora del derecho de preferencia es su causa y, en este sentido, ambos términos se identifican. Pero, a su vez, toda causa de preferencia tiene su fuente propia, sea la ley, el contrato y hasta la decisión judicial o administrativa, por lo que esta fuente viene a serlo también, remotamente, del derecho de preferencia (8 bis). Podemos reservar la voz fuente a estos medios técnicos originadores de la causa de preferencia, porque, en definitiva, constituyen la raíz última de estos derechos.

30.—RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CAUSAS DE PREFERENCIA.—Sean negocios jurídicos, obligaciones legales o simple hechos jurídicos, las causas de preferencia habrán de regirse por los preceptos que, en particular, rijan cada uno de aquellos supuestos. En esta casuística no podemos entrar y el lector habrá de acudir a las fuentes legales y estudios doctrinales que a cada institución corresponda, sea la hipoteca, la prenda, los privilegios, retractos, etc. Algunas cuestiones generales hemos tratado en los capítulos III, IV y V de la primera parte, en los que nos hemos referido a las causas de preferencia en cuanto repercuten en la existencia, constitución, modificación y extinción del derecho de preferencia.

31. DE LA CAUSA DE PREFERENCIA AL DERECHO DE PREFERENCIA.

La causa de preferencia es el fundamento del derecho de este nombre, porque sin aquella no existiría éste, ya que amparando a alguno de los derechos que están en concurso o pueden estarlo, procura al titular de

(8 bis) Lo que no estimamos acertado es considerar la equidad como fuente del derecho de preferencia, pues en esta materia privilegiada no debe rebasarse el *ius strictum*. Sin embargo, el Tribunal Supremo declaró en Sent. de 14 noviembre 1950 que «la equidad, como regla de justicia intuitiva, llevaría a declarar la preferencia del crédito de unos maestros que ilícitamente han sido expoliados de una suma de dinero que a ellos iba destinada como remuneración de su trabajo profesional, frene al derecho de los actores que con parte de aquella suma cobraron lo que se les debía».

aqué la efectividad de su derecho frente a los otros concurrentes. Estas causas, constituídas a la vez que el derecho protegido o en momento posterior, preven, pues, aquel estado de concurso incompatible sobre un mismo bien y de antemano procuran al titular beneficiado una situación favorable en tal estado, si llegare a producirse. Y protegen al respectivo derecho, en principio, mediante una facultad jurídica inherente a tales causas, que deviene derecho de preferencia, y gracias al cual quiebra la igualdad originaria en que se encuentran situados todos cuantos participan en el concurso. Antes del concurso tal facultad viene a ser centinela avanzado del derecho protegido, germen capaz de elevarse a un grado más alto de eficacia jurídica cuando el concurso llega a producirse, porque, en este supuesto, se convierte en derecho subjetivo, independizado de la causa, que opera eficazmente frente a los otros acreedores o titulares concurrentes, en los términos también examinados anteriormente.

He aquí, pues, cómo de la causa de preferencia se pasa al derecho de preferencia, a través de la facultad de este nombre.

32.—PLURALIDAD DE CAUSAS DE PREFERENCIA.—Se produce con frecuencia en el concurso de titularidades satisfactivas, al contrario que en la concurrencia de las adquisitivas en que, por lo general, actúa una sola causa. Por otro lado, la pluralidad de causas ofrece dos aspectos, o acumulación para la protección conjunta de un mismo derecho, o adscripción por separado de cada una a un derecho diferente de los que han de entrar o están en concurso. En todo caso, las causas de preferencia han de guardar también entre sí una jerarquía a tono con el rango que a cada una concede la ley.

33. A) ACUMULACIÓN DE CAUSAS.—No está descartada por la ley la posibilidad de que un mismo derecho esté protegido por varias causas de preferencia acumuladas, antes bien recoge algún supuesto aislado, como hipoteca legal y privilegio para amparar créditos del Estado, Provincia, Municipio y aseguradores (art. 168, núms. 6.º y 7.º Ley Hipotecaria, en relación con arts. 194 y 196 del mismo texto). Del mismo modo, es lícito en el campo de la preferencia adquisitiva que un retrayente lo sea, a la vez, como comunero y como colindante; y en el de la satisfactiva que un acreedor esté protegido por hipoteca y por embargo sobre un mismo bien (9). Incluso un retrayente puede serlo por doble colindancia y un acreedor por doble hipoteca; es decir, que las causas que se acumulan pueden ser de distinta o de la misma naturaleza.

(9) Los bienes hipotecados pueden ser embargados por el acreedor, que luego podrá ejecutarlos basándose en una o en otra garantía. Vid. CARRERAS, *El embargo de bienes*, 1957, págs. 139 y sgts.

Esta acumulación no produce un efecto sinérgico de fortalecimiento de la preferencia, de alumbramiento de un derecho de preferencia de grado superior al que cada causa tiene por separado, sino que cada una actúa con su propia eficacia. Si, por ejemplo, se hipoteca a favor del mismo acreedor un bien ya hipotecado, aquél podrá realizar los bienes actuando una u otra hipoteca, sin más vinculación respecto de la otra que la ordinariamente producida por el rango entre ellas.

La acumulación, en definitiva, ni crea nada ni anula la causa más débil; es una aposición de causas que, aún referidas a un mismo derecho, actúan por separado, sin apartarse de la norma general.

Un problema interesante que se plantea es el de la forma en que han de ser realizados los créditos con causas acumuladas: si ateniéndose a un rango o al arbitrio del ejecutante. Nada en concreto determina nuestro Derecho; pero de los arts. 126 y 127 de la Ley Hipotecaria parece desprenderse que no hay rango preestablecido (10).

34. B) RANGO DE CAUSAS.—La pluralidad de causas ofrece otra importante modalidad, que tiene lugar cuando varios derechos en concurso están protegidos por respectivas causas de preferencia, de la misma o de distinta naturaleza.

Esta pluralidad de causas conduce necesariamente, en caso de concurso incompatible, al rango entre ellas para que prevalezca uno de los derechos frente a los demás concurrentes sobre el mismo bien; rango que trasciende, como anteriormente hemos dicho, al mismo derecho o al complejo constituido por el derecho más su causa de preferencia.

El supuesto ofrece mayor complicación que la simple concurrencia de un derecho provisto de causa con otros que carecen de ella, pues aquí, en este último caso, el derecho de preferencia actúa cómodamente, sin tener que contender con otros derechos de preferencia. Pero cuando varios derechos en concurso o todos ellos están protegidos por causas de preferencia, una de dos, o habría de estimarse que todos se neutralizan y los derechos concurren entonces en plano de igualdad, o bien se establece una gradación entre todas aquellas causas prevaleciendo una de ellas sobre las restantes. Esta última solución es la adoptada por las legislaciones, que introducen en su articulado preceptos normativos del rango entre las causas de preferencia, mejor dicho, entre algunas causas, porque en esta materia los Códigos son incompletos y fragmentarios, teniendo que pechar la jurisprudencia y la doctrina con la tarea de completar aquellos insuficientes preceptos en los términos que veremos más adelante.

Y al llegar a este punto hemos de formularnos la siguiente pregunta:

(10) Cfr. CASTÁN, *Derecho civil*, II, 8.ª ed., pág. 720.

¿Rango y preferencia son conceptos diferenciados y hay, por lo tanto, distinción también entre derecho de preferencia y derecho de rango? Ciertamente no vemos diferencia sustancial entre ellos; que la ordenación de los derechos para su efectividad se haga atendiendo a la única causa de preferencia que existe en el concurso (preferencia) o se haga teniendo en cuenta la única causa que opera entre las varias que concurren (rango), es algo que no afecta a la sustancia de la preferencia. En el rango habrá unas causas postergadas y los respectivos derechos devendrán simples, de tal modo que solamente actuará el derecho de preferencia de la causa preferente; por esto, derecho de preferencia y derecho de rango se funden en un mismo concepto. Claro que en el rango no puede borrarse la particularidad de que concurren varias causas de preferencia y de que las quiescentes pueden revivir tan pronto se extinga la causa que las comprime. Por el contrario, en caso de preferencia la extinción de la única causa existente en el concurso trae la consecuencia de que los otros derechos carentes de ella serán satisfechos en plano de igualdad, a prorrata, cuando proceda, con cesación por lo tanto del estado de subordinación, que en el supuesto del rango continúa.

No es preciso advertir que el rango se produce entre causas de preferencia de una misma clase, o adquisitivas o satisfactivas, y no entre todas, pues hay causas que no admiten concurrencia, por ejemplo, el derecho de preferencia del acreedor parcialmente satisfecho por tercero (art. 1.213 Código civil), que tiene un campo de concurso muy limitado.

Por último, nos referiremos a las tres clases de rango que pueden distinguirse con arreglo a las leyes: absoluto, relativo e indeterminado. El primero prevalece sobre toda otra causa, como el privilegio del Tesoro para el cobro de las contribuciones que gravan los bienes inmuebles; el segundo se precisa por la ley con referencia a otra causa, siendo un ejemplo el que proporciona el artículo 8.º de la ley de 26 de diciembre 1958 que atribuye privilegio a los créditos liquidados por tasas parafiscales pero subordinado al privilegio del tesoro; y el rango indeterminado cuando se atribuye preferencia de modo genérico sin alusión al rango como el concedido por el art. 98 del Código de comercio en beneficio de los perjudicados por las operaciones de los agentes mediadores de comercio sobre la fianza constituida por éstos.

35. CLASIFICACIÓN DE LAS CAUSAS DE PREFERENCIA.—Pueden agruparse con arreglo a diversos criterios:

A) Por razón de la fuente pueden clasificarse en voluntarias, legales y judiciales.

a) Las voluntarias son limitadas, en atención al carácter restrictivo

que tiene la constitución de estas causas, y pueden ofrecer diversas formas:

a') Constituidas por negocio jurídico unilateral, como la hipoteca testamentaria.

b') Constituidas por negocio jurídico bilateral, como la prenda.

c') Constituidas por un hecho jurídico, como la inscripción.

B) Las legales son más abundantes, debiendo distinguirse entre causas constituidas:

a') Pos leyes comunes.

b') Por leyes especiales.

B) Por razón de la causa pueden ser gratuitas y onerosas. Ni aun de las primeras puede decirse que sean siempre relaciones de *mero favor* no reguladas por el derecho, como entendía ASCOLI del pacto de prelación (11).

C) Por razón del motivo, personales y causales, según que la causa de preferencia se otorgue por razón de la posición jurídica de la persona o del derecho matriz protegido.

D) Por su conexión con las sseguridades reales, las causas pueden ser de garantía, como la hipoteca, o de otra finalidad (12).

E) Por razón del asiento, generales y especiales, según que se extiendan sobre todos los bienes del deudor o solamente afecten a una parte de ellos o a alguna cosa, inmueble o mueble.

F) Por su sistematización, hay causas con texto ordenatriz y sin él, según que aparezcan o no reguladas en el elenco general de causas de preferencia establecido por los códigos o leyes especiales, o bien aparezcan diseminados por los mismos.

G) Por las limitaciones accesorias que concurren, puras o modalizadas. La condición o el término es admitido algunas veces por las leyes en ciertas causas de preferencia satisfactiva, v. gr., la hipoteca (art. 1861 Código civil y art. 107, 10.º Ley Hip.), la prenda (art. 1861 Cód. civ.) (13). Las causas de preferencia adquisitiva no son propicias a tales limitaciones, y así, en materia de retracto, es nutrida la jurisprudencia que exige la consumación de la venta (Sents. 26 mayo 1943, 4 julio 1946, 2 julio

(11) ASCOLI, *Patto di prelazione in caso dei vendita*, Rivista di Diritto Civile, año 1914, pág. 668; CARNELUTTI, *Appunti sul patto di prelazione*, Riv. Dir. Comm., año 1921, 2.ª, págs. 56 y sgts.

(12) Cfr. D'ORAZI, ob. cit., págs. 105 y sgts.

(13) En general vid. DEMOGUE, ob. cit., págs. 37-38. Con relación a los privilegios en el Derecho italiano, GAETANO, ob. cit., pág. 75, favorable a la condicionalidad de los mismos. Opuesta a ella es la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 21 abril 1928.

1950 y 5 febrero 1952) sin que a ello obste el aplazamiento del pago (Sent. 11 diciembre 1944) (14).

Como privilegio temporal puede citarse el del transportista que caduca a los treinta días de la entrega de la mercancía y también tienen vigencia limitada los retractos.

H) Por sus efectos, las causas pueden ser de satisfacción y de adquisición según que contribuyan al cobro preferente de un crédito o a la adquisición preferente de una cosa, remitiéndonos a lo expuesto en el número 16 para una mayor delimitación de ambos tipos de causas.

(14) Vid. FIGA FÁBRA, en Rev. Der. Priv., año 1948, págs. 887.

CAPITULO II

LAS CAUSAS DE PREFERENCIA SATISFACTIVA

36. Generalidades. 37. Causas ciertas de Derecho común. 38. A) Inmobiliarias. 39. a) La hipoteca. 40. b) Los privilegios. 41. c) Las anotaciones de garantía. 42. B) Causas mobiliarias. 43. a) La prenda. 44. b) Los privilegios mobiliarios. 45. C) Causas generales; privilegios. 46. Causas ciertas de Derecho de la navegación. 47. A) Causas de Derecho marítimo. 48. a) La hipoteca naval. 49. b) Privilegios marítimos. 50. B) Causas de Derecho aeronáutico. 51. Causas ciertas establecidas por leyes especiales: A) Privilegios del Tesoro; B) Privilegios laborales; C) Privilegio del subarrendatario; D) Hipoteca privilegiada del Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional; E) Hipoteca privilegiada de los créditos navales otorgados por el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional; F) Acciones privilegiadas en la Sociedad Anónima.

36. GENERALIDADES.—Acometemos el estudio de las causas de preferencia satisfactiva, cuya noción nos es ya conocida, y lo hacemos partiendo de una separación, que estimamos útil desde el punto de vista expositivo y práctico, entre las causas ciertas y las dudosas, o sea, entre aquellas que se reconocen unánimemente como creadoras de derechos de preferencia y estas otras que son materia de discusión doctrinal. En todo caso, las soluciones que apuntemos se ajustarán a nuestro Derecho positivo y cuando éste no cuente con normas aplicables al caso se tendrá en cuenta que el Derecho regulador de las causas de preferencia ha de interpretarse restrictivamente, pues constituye una excepción a la ley general

de igualdad en el concurso (1), y, por lo tanto, la solución de la duda acerca de si ha de considerarse como causa de preferencia alguna relación jurídica deberá inclinarse a la respuesta negativa (2).

Las causas ciertas las hemos clasificado agrupando, por una parte, las causas reguladas por el Derecho común (civil y mercantil), reuniendo las sistematizadas y las que no tienen texto ordenatriz, sin separación especial, ya que se distinguen fácilmente, con el fin de seguir los tres grupos en que el Código civil ordena los privilegios y que adaptamos a las causas de preferencia en general: causas inmobiliarias, mobiliarias y generales. Por otro lado; recogemos en clase aparte las causas de Derecho marítimo y aeronáutico, cuyas particularidades justifican un estudio separado. Por último, las causas establecidas por leyes especiales, que constituyen un grupo abierto y heterogéneo, son contempladas también separadamente para no romper la unidad que encierra cada una de las agrupaciones que preceden.

37. CAUSAS CIERTAS DE DERECHO COMÚN.—Como hemos indicado anteriormente, los Códigos son muy pocos en la enumeración de estas causas de preferencia. El Código francés solamente menciona la hipoteca y los privilegios, a las que el Código italiano añade la prenda. El Código civil brasileño, con criterio más amplio, enumera como títulos legales de preferencia, junto a los privilegios, los derechos reales (art. 1557). La enumeración es, de todos modos, muy limitada, lo que da lugar a que leyes especiales acojan con harta frecuencia causas diversas que son motivo de perturbación en el régimen general de la preferencia.

Nuestro Código civil ha tenido el acierto de no establecer una enumeración taxativa de estas causas, evitando así caer en el defecto que cabe achacar a aquellos otros Códigos de incluir en su articulado un precepto que resulta inútil y superfluo. No obstante, del examen de los Capítulos II y III del Título XVII del Libro IV del Código civil parece deducirse que tales causas son la hipoteca, la prenda, algunas anotaciones y los diversos privilegios (3).

38. A) INMOBILIARIAS.—Su asiento está constituido por una cosa inmueble y entre ellas distinguimos:

(1) Sobre interpretación de privilegios, vid. BIANCHI, ob. cit., págs. 145 y sgts.; CHIRONI, ob. cit., págs. 364 y sgts.

(2) De PAGE admite, por el contrario, que puedan emplearse criterios de analogía para aceptar nuevos privilegios (Ob. cit., VII - 1.º, pág. 238).

(3) Cfr. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, cit., IV, pág. 28.

39. a) LA HIPOTECA.—Su nota característica es la sujeción, con carácter real, de la cosa al cumplimiento de la obligación garantizada, sin desplazamiento de posesión; pero con inscripción en el Registro como presupuesto de eficacia. Aunque relacionada como privilegio en el art. 1923, n.º 3 del Código civil, no es tal, sino causa distinta de preferencia que en sí lleva la facultad de tal nombre, que la transmite al propio crédito.

Puede ser la hipoteca convencional o legal según se constituya por voluntad de los interesados o venga impuesta por la ley en ciertos supuestos preestablecidos, cumplidos los requisitos legales. En nuestro Derecho las hipotecas legales, que son asimilables a los privilegios inmobiliarios, son relacionadas por el art. 168 de la Ley Hipotecaria, y además, otros textos recogen hipotecas de esta naturaleza, cuya enumeración puede verse en ROCA SASTRE (4).

40. b) LOS PRIVILEGIOS INMOBILIARIOS.—La noción de los privilegios nos viene del Derecho romano, que los llegó a configurar con la significación técnica hoy empleada, es decir, como creadores de una ventaja a favor de ciertos acreedores, por razón del crédito o de la cualidad de la persona, y que consisten esencialmente en el derecho de ser pagados sobre el precio de la venta de los bienes del dador con preferencia a los acreedores que están reducidos al Derecho común (5). En la lucha establecida entre la hipoteca y el privilegio tendía a imponerse éste mediante la adición al simple «privilegium exigendi», sin confundirse con él, de prenda o hipoteca legal que hacía preferentes los créditos privilegiados respecto de los hipotecarios de fecha posterior. En una fase más moderna, unidos íntimamente el privilegio y la hipoteca, se construye la hipoteca privilegiada, que prevalece incluso contra los créditos hipotecarios anteriores (6). Estas hipotecas privilegiadas se mantienen aún en el Derecho moderno y, entre las inmobiliarias, figuran en nuestro Código civil el privilegio a favor del Estado y a favor de los aseguradores (art. 1923, números 1 y 2, en relación con la regla 1.ª del art. 1927).

También hemos de recoger aquí una interesante distinción que de los privilegios estableció el Derecho romano y que ha ejercido posteriormente poderosa influencia. Nos referimos a la separación entre «privilegia personae» y «privilegia causae», según que se otorgara en consideración a una cualidad de la persona o del crédito, y que degeneró dando lugar

(4) ROCA SASTRE, *Def. Hip.*, cit., IV, págs. 601 y sgts.

(5) Cfr. POPLAWSKI, *ob. cit.*, pág. 16.

(6) Sobre esta evolución, vid. POPLAWSKY, *ob. cit.*, págs. 62 y sgts.; GAETANO, *I privilegi*, cit. pág. 45; GULLON BALLESTEROS, *loc. cit.*, págs. 440-441.

a la distinción entre *privilegios personales y reales*, en que el primer término viene adoptado para designar los privilegios personales de los jurisconsultos romanos, mientras los privilegios reales venían identificados con los privilegios «causae» y, en definitiva, los privilegios serían reales o personales según que «rei o personae coherent»; otro modo de entender la distinción era atendiendo a que hubiere sido real o personal la acción expectante del acreedor privilegiado (7). El antiguo Derecho francés, teniendo en cuenta esta separación de los privilegios se inclinó a atribuir a todos ellos el carácter real haciendo desaparecer los privilegios personales (8). Del moderno Derecho francés y de los que le han seguido no puede decirse otro tanto; de ahí los numerosos criterios que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado en torno a la naturaleza real o personal de las diversas especies de privilegios, es decir, de los que recaen sobre inmuebles (especiales), de los que gravan determinados muebles (especiales) y de los que tienen por objeto los bienes muebles e inmuebles del deudor (generales). Hay posiciones radicales, como estimar que todos los privilegios, sin distinción, son derechos reales (9), o derechos personales de preferencia (10), o simples cualidades o propiedades del crédito (11); y hay criterios eclécticos que separan los privilegios generales de los especiales para atribuir a los primeros la condición de una mera cualidad, propiedad o atributo del crédito y a los segundos la naturaleza de un verdadero y propio derecho real (12), con la variante de distinguir en los privilegios especiales los mobiliarios de los inmobiliarios atribuyendo solamente a éstos el carácter de derecho real (13). Pues bien, los privilegios inmobiliarios pueden conceptuarse en nuestro Derecho como reales, pues sujetan legalmente los bienes sobre que recaen a la satisfacción de ciertos créditos, gozando de los derechos de preferencia y de persecución y el art. 1923 del Código civil incluye entre tales privilegios las hipotecas y aún considera preferentes a ellas los privilegios del Estado y de los aseguradores (art. 1927)

(7) Cfr. GARTANO, *I privilegi*, cit., pág. 46.

(8) Ampliamente trata esta fase histórica de los privilegios POPLAWSKI, ob. cit., págs. 102 y sgts.

(9) POPLAWSKI, ob. cit., págs. 278 y sgts.; PACIFICI-MAZZONI, *Codice Civile Italiano commentato. Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, vol. I, 1908, pág. 46; LAURENT, *Principes de Droit Civil français*, 1878, XXIX, pág. 357; RICCI, *Derecho civil teórico y práctico*, trad. esp., XIX, págs. 351-352; BIANCHI, ob. cit., págs. 126 a 128 y 137 a 140.

(10) DUSSI, *Istituzioni di Diritto Civile*, 1943, II, pág. 201, nota 5.

(11) BONNECASE, *Elementos de Derecho civil*, trad. esp., II, págs. 620 y sgts.; DE PAGE, ob. cit., VII, 1.º, pág. 17.

(12) FERRARA, *Concetto e tipi dei diritti reali*, en Scritti, II, págs. 432 y sgts.

(13) COLIN et CAPITANT, ob. cit., V, págs. 168 y sgts.; PLANIOL, *Traité élém.*, cit., pág. 785; BEUDANT-VOIRIN, ob. cit., XIII, pág. 300.

Sentada esta premisa: que los privilegios inmobiliarios son propias hipotecas legales privilegiadas y, por tanto, derechos reales, pasamos a exponer los diferentes privilegios de esta naturaleza recogidos por nuestros Cuerpos legales:

1) *Privilegio fiscal*.—«El Estado, las provincias y los pueblos tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque haya inscrito sus derechos en el Registro, para el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones o impuestos que graven a los bienes inmuebles» (art. 194 Ley Hip., que amplía y modifica el art. 1923, n.º 1 Código civil) (14).

Ya el Derecho romano concedía al Erario un *privilegium exigendi* y, después, una hipoteca tácita en garantía de sus créditos. Su fundamento está en razones de orden público: el interés común en que el Estado obtenga, sin trabas, los recursos necesarios para la implantación y buena marcha de los servicios públicos.

Cuáles sean los impuestos favorecidos por esta causa de preferencia viene expresado por el art. 271 del Regto. Hip. que lo reduce a aquellas «contribuciones e impuestos que directa e individualmente recaigan sobre el inmueble». El impuesto indudablemente comprendido en esta prelación y tenido en cuenta especialmente por el legislador, dice Roca SASTRE, es la contribución territorial, con sus recargos consiguientes. En cambio, por no afectar a inmuebles queda excluida la contribución industrial y de comercio y por no referirse a anualidades queda también fuera de la prelación el impuesto de derechos reales» (15).

Anualidad vencida será la constituida por los cuatro trimestres del ejercicio económico anterior al corriente, sea cualquiera la fecha y periodicidad de la obligación fiscal de pago (art. 194, pfo. 2, Ley Hip.). Por anualidad corriente debe entenderse la que corre al tiempo de reclamarla ejecutivamente la Hacienda (16).

2) *Privilegio de los aseguradores*.—Gozan de él «los créditos de los aseguradores, sobre los bienes asegurados, por los premios del seguro de

(14) El art. 1923, núm. 1.º, Código civil, atribuye privilegio a «los créditos a favor del Estado, sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que gravan sobre ellos». Vid. infra, núm. 51, cómo se regulan los privilegios fiscales en otras leyes generales.

(15) Roca, ob. cit., IV, pág. 710 y Resolución de la Dirección General que cita; ARBAS, Necesidad de modificar la norma primera de la regla segunda del art. 130 del Estatuto de Recaudación de 29 diciembre 1948, Rev. Gral. Der., año 1953, págs. 23 a 25. Hoy ha de tenerse en cuenta el art. 19 de la Ley de 21 de marzo de 1958 que afecta al pago de los derechos reales los bienes y derechos transmitidos que no estén inscritos a favor de tercero en el Registro de la Propiedad.

(16) Ob. cit., IV, págs. 705, nota 2.

dos años; y si fuere el seguro mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubiesen repartido» (art. 1923, n.º 2 Cód. civ.).

Este precepto hay que interpretarlo a la vista del art. 196 Ley Hipotecaria (17) y conduce a precisar que la preferencia se extiende a los dos últimos años devengados, por lo que, si bien se han devengado dos y empieza a transcurrir el tercero, se sustrae el primero a la preferencia legal.

Justificaba este privilegio la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 con el argumento de que «no puede dudarse de su justicia, tanto por los riesgos que corre el asegurador, mayores que en los demás contratos, como porque, si bien no puede decirse, atendido el tecnicismo riguroso, que es una carga real que grava la propiedad, tiene mucha semejanza con ella y suele estipularse en los contratos de seguros de bienes inmuebles». Aun hoy De PACE lo fundamenta en la idea de que se han hecho gastos para la conservación de la cosa, aunque sean para la conservación puramente virtual; en el patrimonio del deudor el seguro ha sustituido a un valor llamado a desaparecer, un valor desde el presente cierto (18).

Pero en nuestra Patria tiene este privilegio más detractores que defensores, ante la evidente observación de que las Compañías de seguros son lo suficientemente poderosas para que pueda decirse de ellas que reúnen cualidades personales especialísimas dignas de protección, como sí puede asegurarse del Estado o de los obreros. «Los aseguradores —dice Casso—, especialmente tratándose de empresas mercantiles, ya procuran garantizar en sus pólizas el cobro de las primas, estableciendo sanciones graves —a veces poco acordes con buenos principios de justicia y equidad—, que llegan hasta a la pérdida de derechos, para el asegurado que retarda el pago de las vencidas» (19).

3) *Privilegio del acreedor refaccionario sobre inmuebles.*—Son créditos refaccionarios los que se invierten en la construcción, conservación o reconstrucción de una cosa. El privilegio tiene rango diverso según que el crédito refaccionario haya sido anotado o no en el Registro de la Propiedad, pues el núm. 5.º del art. 1923 del Código civil concede el privilegio a los créditos refaccionarios no anotados ni inscritos solamente respecto a otros créditos distintos de los expresados en los cuatro números anteriores (Estado, aseguradores, créditos hipotecarios y refaccionarios

(17) Dice así: «Mientras no se devenguen las primas de los otros dos años o los dos últimos dividendos, en su caso, tendrá el crédito del asegurador preferencia sobre los demás créditos».

(18) De PACE, ob. cit., VII, 1.º, págs. 211-212.

(19) Casso, *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 1956, pág. 656. Vid. en Roca, ob. cit., IV, págs. 722-723 más opiniones contrarias a este privilegio.

anotados e inscritos, créditos preventivamente anotados por causa de mandamiento de embargo, secuestro o ejecución de sentencia).

La anotación preventiva del crédito refaccionario viene recogida por el núm. 8.º de lart. 42 Ley Hip., que restringe la procedencia de la misma al supuesto de que la cantidad prestada lo haya sido con destino a las obras y que la misma no haya sido aún invertida en ellas (20). Esta anotación es convertible en inscripción (arts. 93 a 95 Ley Hip.).

41. c) LAS ANOTACIONES DE GARANTÍA.—La construcción de las anotaciones como causa de preferencia no está definitivamente acogida por la doctrina, según veremos más adelante (21); pero anticiparemos que en nuestro Derecho positivo no puede prescindirse de calificar ciertas anotaciones como causas de preferencia. Si un embargo, que no necesita para su constitución de la anotación preventiva (22), está desprovisto de toda preferencia si no es anotado, ello es porque solamente esta anotación causa dicha preferencia. No hay, pues, que añadir a la anotación un privilegio para que se constituya la causa, sino que basta aquélla; por esto, aunque relacionadas algunas anotaciones en el art. 1923 Cód. civ. junto a privilegios, no hay que extender la naturaleza de éstos a las anotaciones. No se olvide que dicho precepto atribuye preferencia a los créditos que comprende y el término preferencia es mucho más amplio que el de privilegio (23).

He aquí las anotaciones preferentes:

1) *Embargo*.—Viene establecida esta causa por el art. 1923, n.º 4 Código civil y art. 42, n.º 2 en relación con el art. 44 Ley Hip., limitada la preferencia a los créditos posteriores. Sin entrar a discriminar si la hipoteca es un embargo convencional o el embargo es una hipoteca judicial, la razón histórica de otorgarse a la anotación de embargo la consideración de causa de preferencia es el haberse estimado que aquél es una hipoteca judicial.

2) *Secuestro*.—El de bienes inmuebles es admitido por el art. 1786 Código civil y —como dice CARRERAS— puede concederse en ciertos casos como medida cautelar de aseguramiento de bienes litigiosos poniendo en relación los arts. 1785 y sgts. de dicho Cuerpo legal con el art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento civil (24). También viene regulada esta

(20) ROCA, ob. cit., III, págs. 55 2a 554.

(21) Vid. infra, núms. 41 y 60.

(22) Cfr. CARRERAS, ob. cit., págs. 134 y sgts.

(23) Incurren en el equívoco de calificar de privilegio al embargo anotado CARRERAS, ob. cit., pág. 135 y LACRUZ, ob. cit., pág. 315.

(24) CARRERAS, ob. cit., págs. 366 y 433.

anotación por el número 4.º del del art. 1923 Código civil y art. 42 n.º 4 y 44 Ley Hipotecaria.

3) *Prohibición de enajenar*.—Está prevista en el art. 42 n.º 4 en relación con el art. 44 Ley Hip. mas no en el Código civil. Solamente es anotable, como el secuestro, dentro del juicio ordinario, y como esta materia es de interpretación restrictiva no puede extenderse el precepto a juicios sumarios y especiales a no ser que la propia ley disponga otra cosa (25).

4) *Ejecutorias*.—A ellas se refieren los arts. 1923 n.º 4 Cód. civ. y 42 n.º 3, en relación con el 44, Ley Hip. Aquí, al contrario que en el supuesto anterior, dice la Ley Hipotecaria que son anotables las sentencias ejecutorias obtenidas en *cualquier clase de juicios*.

5) *Créditos contra la herencia, concurso o quiebra en caso de adjudicación de bienes para pago de aquéllos*.—Dispone el párrafo 2.º del art. 45 Ley Hip. que «los acreedores cuyos créditos consten en escritura pública o por sentencia firme podrán, sin embargo, obtener anotación preventiva de su derecho sobre las fincas que se hubieren adjudicado para pago de sus respectivos créditos, siempre que la soliciten dentro de los ciento ochenta días siguientes a la adjudicación, a no ser que conste en el Registro el pago de aquellos». Aquí la anotación otorga preferencia a los créditos anotados sobre todo otro acreedor, quedando afectos los bienes anotados al pago de tales créditos. DÍAZ MORENO, MORELL, ROCA, GONZÁLEZ PALOMINO y COSSÍO consideran inútil esta anotación; pero estiman que siempre aprovechará como causa de prelación de créditos frente a otros acreedores que pretendieran hacer valer sus créditos sobre los mismos bienes, sobre todo si no consta inscrita en el Registro la adjudicación fiduciaria (26).

6) *Legados de cosa genérica o cantidad*.—La anotación podrá pedirse sobre cualesquiera bienes inmuebles de la herencia bastantes para cubrir el legado, siempre que no hubiesen sido legados especialmente a otros (art. 88 Ley Hip.). Los arts. 50 a 54 contienen las normas de prelación.

42. B) CAUSAS MOBILIARIAS.—Su asiento está constituido por una cosa mueble y podemos distinguir:

(25) En contra, ROCA, ob. cit., III, pág. 488.

(26) DÍAZ MORENO, *Legislación Hipotecaria*, 1911, II, págs. 274-275; MORELL y TERRY, *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, III, pág. 133; ROCA, ob. cit., III, pág. 106; GONZÁLEZ PALOMINO, *La adjudicación para pago de deudas*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, I, pág. 326; COSSÍO, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 1956, pág. 276.

43. a) LA PRENDA.—Constituye la causa de preferencia convencional sobre cosa mueble. Nuestro Código, a diferencia del francés, no incluye la prenda entre los privilegios, posición correcta puesto que por sí es ya una causa de preferencia. Es la postura seguida por el vigente Código italiano, rectificador en este aspecto del de 1865. No han tenido, por lo tanto, cabida en nuestra Patria las fatigosas discusiones en que se enzarzó la doctrina francesa y la italiana acerca de si la prenda puede configurarse jurídicamente como un privilegio o no (27). La conclusión cierta a que debe llegarse en esta cuestión es que la prenda en sí, como causa de preferencia ya lleva implícito el derecho de este nombre y no necesita que le sea prestado por el privilegio (28).

Sus modalidades son las siguientes:

1) *Prenda manual*, en tanto la cosa empeñada se halle en poder del acreedor y hasta donde alcance su valor (art. 1922 n.º 2 Código civil); guarda correspondencia este precepto con el art. 1863 Código civil que exige para constituir el derecho de prenda que se ponga en posesión de ésta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo, y sobre ello insiste el Tribunal Supremo en Sentencias de 1 marzo y 7 noviembre 1930 y 11 junio 1952.

La preferencia, y no por causa de privilegio, se otorgó ya por el Derecho romano al acreedor pignoraticio: «Quid tamen, si, qui contrahebant, ipsam mercem pignori acceperint. Puto debere dice praefereudos domino iure pignoris» (Dig., XIV. IV, 5, § 8).

2) *Prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria*.—La Ley de 16 diciembre 1954 ha configurado estas garantías mobiliarias como causas de preferencia de rango igual a la prenda manual. Así, dispone su art. 10, pfo. 1.º que «el acreedor hipotecario o pignoraticio gozará para el cobro de su crédito de la preferencia y prelación establecida en los arts. 1922 n.º 2 y 1926 n.º 1 del Código civil, dejando a salvo siempre la prelación por créditos laborales».

La elevación de esta prenda a causa de preferencia ha sido objeto, con razón, de crítica por parte de VALLET DE GOYTISOLO, que se pregunta hasta qué punto está justificada la creación en términos generales de un

(27) Vid. BONNECASE, ob. cit., II, págs. 621 y sgts.; COLIN et CAPITANT, ob. cit., V, págs. 185 y sgts.; PLANIOL-RIPERT-BÉCQUE, ob. cit., XIII, pág. 12; DUSI, ob. cit., II, pág. 186, nota 4.

(28) Vid. PLANIOL-RIPERT-BÉCQUE, ob. cit., XII, pág. 138. Y en la doctrina italiana, BIANCHI, ob. cit., pág. 114; BARASSI, *Diritti reali*, cit., I, pág. 70; Rossi, voz PEGNO CIVILE en el Dig. Ital., núm. 152.

DOMAT no colocaba entre los privilegios la preferencia que el acreedor pignoraticio tiene sobre los muebles que le son dados en prenda (Lois Civiles, I, 5.ª).

El nuevo Código italiano, con bastante precisión terminológica, ya no emplea el término *privilegio* al denominar la prenda, sino el de prelación (arts. 1787, 278, ad exemplum).

privilegio mobiliario dogmáticamente anómalo, necesariamente ineficaz contra terceros de buena fe —si no se quiere destrozarse las raíces del comercio jurídico— y que prácticamente se limita a poco más que a restaurar la prisión de deudas, convencionalmente pactada, y a dar lugar a una alteración, no siempre merecedora de respeto, del orden normal de prelación señalado por el Código (29).

3) *Prenda de efectos o valores* constituida en establecimiento público o mercantil, sobre la prenda y por el valor de los efectos de la misma (art. 1922 n.º 3 Código civil).

Esta modalidad fué omitida por el Proyecto de 1851 y no se encuentra tampoco en el correspondiente articulado de los Códigos francés e italiano. Es de suponer que se incluyera en el nuestro en vista de que el Código de comercio de 1885 reguló —y ello constituyó una novedad respecto al de Sainz de Andino— los préstamos con garantía de efectos o valores (Lib. II, Tít. V, Secc. 2.ª). El Código emplea la palabra *fianza* por la de *prenda* y aunque en ello encuentra algún sector doctrinal fundamento para mantener postura contraria a la posibilidad de admitir en nuestro Ordenamiento la prenda sobre derechos, parece que aquí se contempla la prenda sobre títulos-valores, los cuales son susceptibles de aquélla por tratarse de cosas mercantiles, aunque lleven derechos incorporados (30), y el propio Código civil se refiere en su art. 1872, pfo. 2.º a la prenda de valores cotizables.

44. b) LOS PRIVILEGIOS MOBILIARIOS.—Tienen también naturaleza real, igual que los inmobiliarios, aunque algunos autores lo niegan radicalmente según vimos (*supra* núm. 40) y algún otro, recientemente, entiende que el art. 1922 considera el privilegio como algo sin substantividad, excepto el privilegio del arrendador que constituye una figura jurídica muy afín a un verdadero derecho real de garantía (32). Pero la naturaleza real del privilegio mobiliario viene demostrada por diversas razones: 1.º Nuestro Código civil incluye la prenda en el art. 1922, junto a los privilegios mobiliarios, como dando a entender que éstos son formas análogas a la prenda; 2.º El Derecho romano desconoció los privilegios mobiliarios; pero algunas figuras jurídicas que en las legislaciones modernas son privilegios sobre muebles, las reguló aquel Derecho bajo la

(29) VALLET DE GOYTISOLO, *Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión*, Rev. Dcr. Notarial, VIII, pág. 103.

(30) Cfr. GARRIGUES, *ob. cit.*, I, pág. 636. LORBI, en *Nuov. Dig. It.*, voz PEGNO COMMERCIALE; VIVANTE, *Tratato di Diritto Commerciale*, 1928, IV, págs. 128-129.

(31) Cfr. GULLON, *loc. cit.*, pág. 450.

forma de verdaderos derechos reales de prenda y de hipoteca. 3.º El Derecho alemán tampoco conoce los privilegios especiales mobiliarios, pero protege mediante prenda legal los supuestos protegidos en otros Derechos con tales privilegios (32); 4.º El derecho de persecución no está suprimido en los privilegios mobiliarios, sino simplemente detenido por virtud del principio superior, contenido en el art. 464 Código civil, que protege a los terceros poseedores de buena fe (33); 5.º Concretamente, el último párrafo del art. 1922 del Código civil reconoce el derecho de persecución por término de treinta días a los acreedores respecto de los bienes muebles sustraídos sobre que recae la preferencia, precepto que, desarrollando el principio general del art. 464, parece abarcar los muebles objeto de cualquiera de los privilegios recogidos por el art. 1922 (34); así se deduce también de la colocación del referido párrafo al final del artículo y, por tanto, de los siete números que recogen dichos privilegios, en tanto el Proyecto de 1851 situaba precepto análogo bajo el núm. 6.º del art. 1926 que regulaba el privilegio mobiliario por rentas y alquileres de inmuebles, y a aquel número seguían dos más que enmarcaban claramente el derecho de persecución solamente en dicho número 6.º (35); 6.º Para negar el carácter de derecho real de este privilegio GULLON BALLESTEROS recurre al artificio de suprimir los privilegios mobiliarios, sustituyéndolos por las figuras jurídicas en que se funda (prenda expresa, prenda tácita, derecho de retención, evitar un enriquecimiento); pero, como el privilegio existe por derecho positivo, sustituirlo por las figuras análogas en que puede fundarse no resuelve nada (36).

Los privilegios mobiliarios previstos por nuestro Derecho positivo son:

1) *Privilegio de los créditos por construcción, reparación o conservación* de bienes muebles que estén en poder del deudor, hasta donde alcance el valor de los mismos (art. 1922, n.º 1 Código civil).

Tiene su origen en el Derecho romano (37) y se funda en la incorporación del crédito a la cosa, que no existiría —como dice MANRESA— sin aquellos gastos. Está sujeto a las siguientes limitaciones: 1.ª Su objeto son, naturalmente, los bienes muebles; 2.ª Han de estar en poder del

(32) Cfr. WOLF, ob. cit., 2.º, pág. 416; HEDEMANN, ob. cit., II, pág. 481.

(33) Cfr. POPLAWSKI, ob. cit., pág. 175; BOYER, voz PRIVILEGES MOBILIERS, en el Répertoire DALLOZ; DE PAGE, ob. cit., VI, pág. 725. BÉDANT-VOIRIN, ob. cit., XIII, págs. 306 y sgts.

(34) Cfr. MANRESA, ob. cit., XII, págs. 746-747.

(35) Igual en el Código francés (art. 2101, n.º 1.º) y en el italiano de 1865 (art. 1958, n.º 3.º).

(36) GULLON, loc. cit., págs. 449-451.

(37) «Creditor, qui ob restitutionem aedificorum crediderit, in pecunia, quae credita erit, privilegium exigendi habebit» (Dig. XLII, V, 24, § 1).

Vid. más datos históricos en GULLON, loc. cit., págs. 457 a 459.

deudor (o de tercero que los hubiera sustraído); 3.º No puede sobrepasar el valor de tales bienes.

2) *Privilegio del vendedor de muebles, por el precio* mientras los bienes estén en poder del deudor y hasta donde alcance el valor de los mismos (art. 1922, n.º 1 Código civil).

Su origen se encuentra en las Costumbres de París (arts. 175 y 176) y en las de Orleans (art. 458). Su fundamento estriba en que el bien enajenado y no pagado aumenta la base patrimonial de la prenda común de los acreedores y se produciría un injusto enriquecimiento de éstos si no se otorgara este privilegio al vendedor.

Sus requisitos son los que hemos expuesto en el núm. anterior. Hay que tener en cuenta que, dado el carácter restrictivo de la interpretación de privilegios, éste del vendedor no es aplicable a la permuta.

El art. 340 del Código de comercio regula este privilegio, pero restringido al supuesto de que los géneros vendidos estén en poder del vendedor aunque sea en calidad de depósito (38).

3) *Privilegio del transportista*.—Su origen se remonta al Derecho romano, leyéndose en un pasaje del Digesto: «Tantumdem dicetur, et si merces horreorum, vel areae, vel vecturae iumentorum debetur; nam et hic potentior erit» (XX, IV, 6, § 2). Su fundamento es múltiple; de una parte, la conservación de la cosa por el transportista debe proveerle de la misma razón de protección que justifica el privilegio del conservador de la cosa; por otro lado, se alega también como fundamento la especial participación que el transportista ha tenido en el desplazamiento posesorio de las cosas transportadas, facilitando la acción de los acreedores con esta publicidad de la transmisión real; por último, se fundamenta en la existencia de un contrato de prenda tácita.

Hay dos modalidades, una civil y otra mercantil, de este privilegio.

1) Privilegio recogido por el Código civil es el de «los créditos por transporte, sobre los efectos transportados, por el precio del mismo, gastos y derechos de conducción y conservación, hasta la entrega y durante treinta días después de ésta» (art. 1922, n.º 4).

Los requisitos para que se aplique este privilegio son:

1.º Existencia de un contrato de transporte terrestre.

2.º Sólo está favorecido por el privilegio el porteador por cuenta propia, no el asalariado o comisionista.

3.º Las cosas sobre las que recae el privilegio son los *efectos* transportados, debiendo entenderse esta palabra, no en su limitada acepción mercantil, sino en la de *cosas muebles* (39), y entre ellas debe compren-

(38) Víd. algunas cuestiones tratadas por GONZÁLEZ ECHAVARRI, *Comentarios al Código de Comercio*, s. a., III, págs. 210-211.

derse el equipaje de los viajeros, como sucede en el privilegio análogo del Capitán del buque (art. 704 Cód. de com.).

4.º Caduca a los treinta días de la entrega.

Como expresa el núm. transcrito del art. 1922 del Código civil, los créditos garantizados con este privilegio son: el precio del transporte, los gastos y derechos de conservación (reparación, precio de almacenamiento...), los gastos y derechos de conducción (tasas e impuesto, aduanas, etc.).

2) Privilegio establecido por el Código de comercio. Según el artículo 375 «los efectos porteados estarán especialmente obligados a la responsabilidad del precio del transporte y de los gastos y derechos causados por ellos durante su conducción o hasta el momento de la entrega. Este derecho especial prescribirá a los ocho días de haberse hecho la entrega, y una vez prescrito, el porteador no tendrá otra acción que la que le corresponda como acreedor ordinario».

Viene a coincidir con el correspondiente privilegio regulado por el Código civil, si se exceptúa la reducción del plazo de caducidad a ocho días, parece ser que como tributo a la celeridad de las transacciones mercantiles.

Este privilegio puede conservarse de dos modos: mediante el depósito de los efectos conforme al art. 369 Cód. de com. y mediante retención a tenor del art. 122 Rgto. Policía Ferrocarriles, que también resulta de aplicar la condición general n.º 66 de la Tarifa general unificada de la RENFE.

4) *Privilegio del hotelero*.—Recae sobre los muebles del deudor existentes en la posada (art. 1922, n.º 5 Cód. civ.). Su origen se sitúa por los autores en la Costumbre de París (art. 193) y su fundamento es vario: la obligatoriedad de los posaderos de admitir a numerosas personas desconocidas, la preferencia de los créditos alimenticios, así como la que le otorga su condición de depositario de los bienes muebles de los viajeros.

Son notas particulares de este privilegio:

1.ª En el aspecto subjetivo, cualquier fondista en sentido amplio puede beneficiarse del privilegio, tanto el que cede habitaciones para dormir, como el que solamente sirve comidas o presta servicio completo de pensión, ya se practique el hospedaje en masa, ora en circunstancias ocasionales y aisladas. A esta interpretación amplia nos induce la redacción un tanto lacónica del precepto transcrito del Código civil, si se le compara con el art. 1958-8.º del Código italiano de 1865 o con el art. 2102-5.º del francés, de donde —según GARCÍA GOYENA— se copió. Nuestro Código, tal vez por eliminar las discusiones suscitadas en este punto por la

(39). El nuevo Código italiano emplea la palabra *cosa* (art. 2761) en lugar de *efectos*, que utilizaba el Código de 1865.

doctrina de los respectivos países citados, prescindió de especificaciones subjetivas y no tradujo *aubergiste, voyageur, ni albergatore, viandante* (40).

2.^a Las cosas sujetas al privilegio son los muebles que le acompañan al contratar los servicios de hospedaje, así como los introducidos posteriormente, y no sólo el equipaje, sino también joyas y efectos personales embargables, y el automóvil que hubiere sido depositado en garaje del fondista; también responderán las cosas de los acompañantes del deudor (familiares, criados, amigos, etc.) y los bienes de tercero que llevare consigo aquél, si no consta esta condición y con la natural restricción impuesta por el principio de buena fe cuando el hotelero conoce la propiedad ajena de tales cosas (41).

3.^a Son créditos protegidos los devengados por comida, habitación y demás servicios usualmente incluidos en el contrato de hospedaje (baño, teléfono, lavado de ropa, etc.); pero no cualquier servicio extraordinario contratado aparte (42).

4.^a El hotelero tiene el derecho de retención como medio de conservar el privilegio, según más detalladamente se verá en la tercera parte de esta obra.

5) *Privilegio agrario sobre cosechas*.—Este privilegio se concede por el Código civil a «los créditos por semillas y gastos de cultivo y recolección anticipados al deudor, sobre los frutos de la cosecha para que sirvieron» (art. 1922 n.º 6).

Para demostrar su procedencia del Derecho romano se suelen invocar varios fragmentos del Digesto (VII, XI, 1; XX, IV, 6, § 2); está ya bien configurado en el Derecho francés antiguo. Se funda en que quien percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación (art. 356 Cód. civ.), para evitar un enriquecimiento injusto y teniendo en cuenta que los créditos expresados han contribuido, unos a aumentar el patrimonio del deudor, otros a conservar estos bienes incorporados a dicho patrimonio.

Gozan de este privilegio los acreedores por el precio de las semillas vendidas y por los gastos de cultivo y recolección anticipados al deudor; pero no los préstamos a metálico hechos para atender a la compra de se-

(40) Vid. PÉREZ SERRANO, *El contrato de hospedaje*, 1930, pág. 163; ANDRIOLI, *Tutela dei diritti Privilegi*, en Comentarios dirigidos por SACIALOJA y BRANCA, Lib. VI, 1954, pág. 163.

(41) Vid. PÉREZ SERRANO, *Op. cit.*, págs. 293-294. NAVARRETE, *El contrato de hospedaje y el negocio de hostelería*, Rev. Der. Mercantil, 1958, págs. 278 y sgts. Expresamente lo establece así el art. 2760 del Código italiano.

(42) Hay créditos de dudosa protección, como la asistencia médica, excursiones y otros. Vid. ANDRIOLI, *Privilegi*, *cit.*, pág. 89.

millas o al pago de tales gastos, pretendiendo el legislador asegurar créditos efectivamente empleados en la producción agrícola (43).

Los créditos garantizados son los obtenidos por entrega de semillas o plántulas para su siembra; los créditos por gastos de cultivo, que comprenderán, no solamente los gastos personales (salarios), sino también abonos, insecticidas, agua, energía, etc., tal como estableció la Ley francesa de 24 marzo 1936 y ahora el art. 2757 Código civil italiano; y, por último, los gastos de recolección, o sea, los de separación de frutos en el mismo terreno, pero no los de transporte, conservación y transformación.

Las cosas sobre las que recae el privilegio son las cosechas para que sirvieron y ello con independencia de que tales créditos se hayan empleado o no efectivamente en la producción de aquellas, bastando que el acreedor crea que fueron utilizadas para el destino previsto.

6) *Privilegio del arrendador por alquileres y rentas*.—Gozan de este privilegio «los créditos por alquileres y rentas de un año sobre los bienes muebles del arrendatario existentes en la finca arrendada y sobre los frutos de la misma» (art. 1922 n.º 7 Cód. civ.).

Tiene su origen en los *invecta et illata* del Derecho romano, afectos contractualmente a la seguridad del pago de los alquileres y rentas rústicas, garantía reforzada después con el *interdictum salvianum* y la *actio serviana* (C. VIII, IX, 1). Posteriormente se introdujo una diferencia entre los arrendamientos urbanos y los rústicos: en los primeros la prenda recaería sobre el mobiliario del arrendatario y en los segundos sobre las cosechas (D. XX, II, 4; XX, II, 7), distinción que perdura en el antiguo Derecho francés y pasa al Código napoleónico y de él al nuestro (44).

Es difícil precisar el fundamento de este privilegio, que unos hacen descansar en un derecho de prenda, otros en una hipoteca mobiliaria, quienes en una medida conservativa, algunos en la posesión mediata del arrendador y hasta se ha fundamentado en un estímulo al arrendador para contratar (45).

Para que nazca este privilegio es preciso que exista una relación jurídica de arrendamiento, rústico o urbano, sujeto a la legislación común o a la especial, sean viviendas o locales de negocios, rústicos o pecuarios, simples o mixtos. Habrá que excluir, pues, las relaciones de aparcería y hospedaje, así como las situaciones de convivencia, pero no el subarrendo, cuando sea lícito, porque no es otra cosa que un arrendamiento de segundo grado.

(43) Vid. GULLON, loc. cit., pág. 496.

(44) Vid. GULLON, loc. cit., pág. 473.

(45) Vid. ANDRIOLI, *Privilegi*, cit., pág. 182; PLANIOL-RIPERT-BRÉQUE, ob. cit., XII, pág. 163; De PAGE, ob. cit., VII 1.º, págs. 104-105.

Son favorecidos con este privilegio los arrendadores, es decir, según el art. 1564 Ley Enj. civ., los que tengan la posesión real de la finca a título de dueños, de usufructuarios o cualquiera otro que les dé derecho a disfrutarla y sus causahabientes; por lo tanto, los sucesores del arrendador, cualquiera que sea su título, siguen favorecidos con el privilegio (46), incluso para el cobro de rentas devengadas antes de la transmisión, que se sobreentienden cedidas con la cosa. También hay que incluir entre los beneficiados al subarrendador respecto del subarrendatario y al arrendador por su participación legal en el subarriendo (art. 15 Ley Arr. Urb.).

Créditos garantizados son los alquileres y rentas de un año, con sus incrementos, y las cantidades asimiladas a ellos; pero no las repercusiones contributivas ni las reparaciones efectuadas en la finca, que sean de cuenta del arrendatario, excepto la participación legal del seis por ciento del importe de las obras necesarias de conservación que han de abonar los arrendatarios de inmuebles urbanos al arrendador que las realizó, pues estas participaciones están asimiladas a la renta (art. 108 Ley Arrendamientos Urbanos) (47).

Las cosas afectadas son los bienes muebles del arrendatario existentes en la finca arrendada; si la finca es rústica, se comprenderán además los frutos. Tales bienes son los que constituyen el ajuar del arrendatario, así como sus instalaciones mercantiles, agrícolas o industriales y las mercaderías que se encuentran en el local; pero no los objetos accidentalmente introducidos en el inmueble o de pertenencia ajena, sabiéndolo el arrendador.

En cuanto al tiempo, los alquileres y rentas amparados por el privilegio son los devengados durante el año último, sin precisar el Código a qué año se refiere, si al vencido o al corriente. La duda ha de resolverse computando en sentido retrógrado, es decir, concretando en primer lugar el momento en que se extinguió el contrato de arrendamiento o, en su caso, aquel a que se retrotraiga la quiebra del arrendatario, o bien, si se hubiera dictado sentencia de desahucio, el momento en que se hubiere desalojado la finca puesto que también durante los plazos de gracia se devenga la merced arrendaticia. A partir de alguno de estos momentos, y retrocediendo, el último año corrientes es: 1.º Si se pactó el contrato por años, el tiempo necesario para completar el que transcurre; 2.º Si se pactó por tiempo inferior (meses, trimestres...) también el necesario para completar el año. El último año vencido será, en uno y otro supuesto, el

(46) GULLÓN se inclina a estimar extinguido el privilegio en caso de venta de la casa (loc. cit., pág. 472).

(47) Vid. LÓPEZ ALARCÓN, *Obras de conservación y mejora en el arrendamiento urbano*, 1957, págs. 60 y sgts.; GULLÓN, loc. cit., págs. 473-474.

último año natural que haya transcurrido de manera completa, excluido por tanto el tiempo que hubiere transcurrido con posterioridad a la extinción de dicho año. De todos modos, se atribuya el privilegio a la última anualidad corriente o a la última vencida pueden producirse situaciones injustas para el arrendador, en el primer caso porque no sería raro que resultaran protegidas rentas exiguas, y en el segundo supuesto porque el tiempo transcurrido después del vencimiento de la última anualidad puede ser el más ventajoso para el arrendador a consecuencia de aumentos rentísticos, aparte de la anomalía que representa otorgar el privilegio a rentas atrasadas y denegarlo a las últimas devengadas. *De lege ferenda*, el privilegio debería proteger, como en otro supuesto hace el art. 114 Ley Hip., la última anualidad transcurrida y la parte vencida de la corriente (48).

Puede concurrir este privilegio con la retención y embargo de los mismos bienes, en cuanto sea necesario para cubrir el importe de las rentas o alquileres que esté debiendo el arrendatario o de los desperfectos que hubiere causado en la finca (art. 1602 Ley Enj. civ.).

7) *Son privilegios mobiliarios establecidos especialmente por el Código de comercio:*

1.º El del acreedor que tenga legítimamente en prenda un resguardo de Compañías de Almacenes Generales de Depósitos, sobre los efectos depositados (art. 196).

2.º Los tenedores de cédulas hipotecarias y obligaciones especiales, sobre los créditos y préstamos a favor del Banco o Compañía que las haya emitido y en cuya representación estuvieren creadas (art. 208).

3.º El comisionista por los derechos de comisión, anticipaciones y gastos, sobre el producto de los géneros recibidos en consignación (artículo 276).

4.º Los perjudicados por las operaciones de los Agentes de Bolsa, de los Corredores de Comercio y de los Corredores intérpretes de buques, sobre la fianza de aquellos (art. 98).

45. C) CAUSAS GENERALES; PRIVILEGIOS.—El asiento de estas causas está constituido, no ya por algún bien o conjunto de bienes del deudor, sino por la totalidad de sus bienes. Y se denominan mobiliarias generales si recaen sobre el conjunto de los bienes muebles y generales, simplemente, si recaen sobre la totalidad de los bienes, muebles e inmuebles, del

(48) Muy precisa es, a este respecto, la Ley belga de 16 diciembre 1851, cuyo art. 20, núm. 1.º, redactado por Ley de 7 marzo 1929, establece los siguientes plazos: Si se trata de una casa, dos años vencidos, además, el año corriente, así como el siguiente y aún, si los arrendamientos constan auténticamente o, si privadamente, tienen fecha cierta, todo lo que resta por vencer... si se trata de una finca rústica, un año vencido de rentas y el corriente.

deudor (49). Estas causas se concretan en los privilegios generales, cuya naturaleza jurídica ha promovido una inacabada polémica, que ha hecho exclamar recientemente a algún autor que, teóricamente, la cuestión es poco menos que insoluble (50). Mientras un sector de la doctrina les atribuye la condición de derecho real, como a los privilegios especiales, los que defienden una postura ecléctica o plural no admiten aquella calificación para los privilegios generales; quizá partiendo de la idea de que el asiento del privilegio general no es el patrimonio del deudor, sino todos y cada uno de sus bienes, según sosteníamos más arriba (51), podrían unificarse los privilegios bajo el tipo del derecho real.

Los privilegios mobiliarios generales han sido silenciados por nuestro Código, en tanto el francés (art. 2101, modificado por varias leyes) incluye entre ellos el de los gastos de justicia, los funerarios, los de la última enfermedad, los de crianza, por salarios y asimilados y otros, y privilegios de esta clase son regulados también por el Código portugués (art. 844) y por el italiano (art. 2751). El nuestro ha preferido llevar estos privilegios al art. 1924, que comprende los generales que recaen «sobre los demás bienes muebles e inmuebles del deudor», es decir, los que atribuyen a los créditos el carácter de simplemente privilegiados, según expresión de nuestra doctrina (52).

En cuanto a los privilegiados generales, no expresa el Código si el crédito correspondiente se ha de ejecutar indistintamente sobre los muebles e inmuebles o en primer lugar sobre los muebles. El Código francés ha previsto este supuesto y lo resuelve disponiendo que «cuando, *en defecto de bienes muebles*, los acreedores privilegiados por el artículo precedente se presenten para ser pagados sobre el precio de un inmueble...» (artículo 2105, redactado por Decreto de 4 enero 1955), que VIALLETON comenta favorablemente aduciendo que el legislador ha pensado que las sumas reclamadas por los privilegiados generales, siendo ordinariamente módicas bastaría generalmente el mobiliario para cubrirlas, y al asegurar estos créditos suficientemente ha cuidado de librar en cuanto es posible a los acreedores provistos de seguridades inmobiliarias especiales de las complicaciones de su concurso. Ningún precepto análogo encontramos en

(49) Los privilegios inmobiliarios generales no tienen regulación legal. Expresamente los rechaza el Código argentino en su art. 3878, a tenor del cual «...los privilegios sobre los inmuebles son todos particulares, con excepción de los que se designan en el artículo siguiente, y sólo se ejercen sobre inmuebles determinados, a no ser que los privilegios generales sobre los muebles no alcancen a cubrir los créditos privilegiados».

(50) VIALLETON, voz PRIVILEGES GENERALES, en *Repertoire DALLOZ*.

(51) *Supra* núm. 13.

(52) En el Código de Comercio encontramos un privilegio general mobiliario, que es el del asegurador sobre los bienes muebles del asegurado (art. 403).

nuestro Derecho positivo y de ahí que, conforme al principio general del art. 1911 del Código civil, que no establece ningún rango entre bienes muebles e inmuebles a efectos de su realización ejecutiva, el acreedor privilegiado general pueda dirigirse indistintamente contra unos u otros bienes; claro es que los acreedores protegidos por causas especiales mobiliarias e inmobiliarias son preferentes a los privilegiados generales, ya que el art. 1924 del Código civil ampara a éstos con rango postpuesto a aquéllos («con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor gozan de preferencia...»), comienza diciendo dicho artículo), según tendremos ocasión de ver más adelante.

En particular, estos privilegios son:

1) *Privilegios fiscales*, o sea protectores de los créditos a favor de la Provincia o del Municipio, por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, no comprendidos en el art. 1923 n.º 1 (art. 1924 n.º 1 Código civil).

El Código otorga privilegio especial inmobiliario a los créditos fiscales a favor del Estado (art. 1923 n.º 1) y general subsidiario a los de las Corporaciones locales solamente; pero como el art. 194 Ley Hip. extendió el privilegio inmobiliario a las Provincias y a los Municipios, modificando en este particular el art. 1923 n.º 1 Cód. civ., queda ahora en desventaja el Estado, que carece de privilegio general supletorio. La Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública y la de Régimen local contienen preceptos reguladores de este privilegio que vienen a desvanecer esta desigualdad.

Los impuestos protegidos por este privilegio son todos los no amparados por el del art. 1923 n.º 1, es decir, los que no sean inmobiliarios con el alcance que veíamos más atrás (supra núm. 40).

2) *Privilegio por gastos de justicia*.—Gozan de él los «gastos de justicia y de administración del concurso en interés común de los acreedores, hechos con la debida autorización o aprobación» (art. 1924 n.º 2, A Código civil).

La jurisprudencia ha precisado que estos créditos son los que fueron originados en un determinado caudal para la conservación y subsistencia de los bienes, esto es en provecho común de los demás acreedores, incluso en el concurso originado por las tercerías (sent. 27 abril 1918). De ahí que la fundamentación de este privilegio sea la conservación de la cosa común a que atienden estos gastos, en lo cual coinciden también los más calificados representantes de la doctrina francesa y belga (53).

Los créditos protegidos por este privilegio son, aparte de los gastos de

(53) PLANIOL-RIPERT-BECQUE, ob. cit., XIII, pág. 24; De PAGE, ob. cit., VII, 1.º, págs. 39 y sgts.



administración del concurso bien precisados en los arts. 1929 y siguientes de la Ley Enj. civ., los gastos de justicia, no siempre bien delimitados. En principio hay que sentar que están protegidos por el privilegio todas las costas judiciales que el concurso produce, o sea, derechos de Arancel, timbre, mutualidades obligatorias y honorarios de Abogado y Procurador en las diligencias de necesaria intervención de los mismos, y además los gastos no judiciales necesariamente impuestos por el proceso concursal, como otorgamiento de escrituras, inscripciones registrales, gestiones administrativas, etc. Pero el privilegio ha de sujetarse a estos límites:

1.º Naturalmente no alcanza a los gastos extrajudiciales sin conexión directa e inmediata con el proceso concursal, como la consulta forense solicitada por los Síndicos o la transacción extrajudicial acompañada de escrituras e inscripciones.

2.º Exige el Código que los gastos hayan sido hechos en interés común de los acreedores. No serán privilegiados, por lo tanto, los gastos hechos por el albacea para la administración, ni los realizados por cada acreedor en su propio beneficio, como los que tienen por objeto el reconocimiento de su crédito. De ello se deriva la consecuencia de que solamente los acreedores beneficiados por los gastos realizados pueden ser pospuestos al que los ha hecho y el privilegio no actuará respecto de los acreedores no favorecidos por los gastos.

3.º También impone el Código que los gastos hayan sido debidamente autorizados o aprobados por los Organos correspondientes del concurso, ordinariamente el Juez (arts. 1129 a 1233 de la Ley Enj. civ. en relación con los arts. 1016 a 1029 del mismo texto).

3) *Privilegios funerarios.*—Comprenden los créditos devengados «por los funerales del deudor, según el uso del lugar, y también los de su mujer y los de sus hijos constituídos bajo su patria potestad, si no tuviesen bienes propios» (art. 1924 n.º 2, B) Cod. civ.).

Se concede este privilegio, que tiene sus antecedentes en el Derecho romano (54), por consideraciones de humanidad, de respeto a la memoria del difunto, por razones de higiene pública y hasta como manifestación del derecho sobre el propio cuerpo (55).

Su ámbito personal es más amplio que el de otros Códigos continentales, pues se concede no sólo a los créditos por funerales del deudor, sino también a los de su mujer y a los de los hijos constituídos bajo su potestad. En este aspecto reproduce el Código el número 1.º del art. 1925 del Proyecto de 1851, que GARCÍA GOYENA defendía porque «milita en las mis-

(54) Dig. II, VII, 45; XLII, V, 17.

(55) BLUME, *Fragen des Totenrechts*, Arc. Civ. Prax, T. 112, págs. 378-379.

mas razones de privilegio o preferencia en todos los casos en que el deudor estaba obligado a dar sepultura: estos gastos eran una de sus deudas» (56).

Comprenderán los funerales, normalmente, los gastos de conducción, entierro y honras fúnebres; pero no el luto del cónyuge y de los hijos. El privilegio se restringe a los gastos realizados de conformidad con la posición económica que tenía el difunto y sin sobrepasar los usos del lugar. No gozarán de este privilegio los parientes que tienen obligación de prestar alimentos (art. 1894 Código civil).

4) *Privilegio por gastos de la última enfermedad*, de las mismas personas (del deudor, de su mujer y de sus hijos constituidos bajo su patria potestad), causados en el último año, contado hasta el día del fallecimiento (art. 1924 n.º 2, C) Código civil).

Procede de una equivocada interpretación de las fuentes romanas (C. III, XXXI, 4; III, XLIV, 3), que se referían a las enfermedades sin conceder privilegio y a gastos funerarios (Dig. XI, VII, 37) concediéndolo. Pero se encontró justo este privilegio y arraigó a partir del siglo XVII.

Tiende este privilegio a asegurar la asistencia del enfermo cuando, siendo probable su muerte y escasa su fortuna, pudiera ello ocasionar que no fuera debidamente asistido en su enfermedad. Pero, sin necesidad de pensar en que pudiera abandonarse a un enfermo insolvente, concurre también la razón de que entre los derechos de la personalidad, fuertemente protegidos, está el derecho a la vida y a su conservación (57).

Por última enfermedad entendieron las Leyes Recopiladas (Ley 15, Tít. XX, Lib. X) aquella de que se muere. Del mismo modo se expresaron los Códigos francés (art. 909), holandés (art. 953), y portugués (art. 1769) al regular la incapacidad para suceder de médicos y confesores que hubieren asistido a la última enfermedad. Nuestro Código nada ha especificado en el art. 752 ni en el 1924 sobre el alcance de la última enfermedad; pero, lógicamente, ha de admitirse aquella orientación histórica y comparada en vista de la interpretación restrictiva a que están sujetos los privilegios, si bien, con la salvedad, adoctrinada por el Tribunal Supremo, de que no deja de ser última enfermedad la que precede a la muerte, aunque ésta se determine inmediatamente por un accidente más o menos repentino (sent. 25 abril 1899).

Una limitación temporal es que sólo gozan del privilegio los gastos correspondientes al último año; se ha pensado para establecer esta restricción en las enfermedades largas o crónicas que pueden llegar a agotar el patrimonio del deudor.

(56) GARCÍA GOYENA, ob. cit., IV, pág. 279.

(57) Cfr. De CUMIS, *I diritti della personalità*, 1950, pág. 55; BLUME, loc. cit., pág. 373.

5) *Privilegios laborales y de la seguridad social.* Se benefician de este privilegio los créditos «por los salarios y sueldos de los trabajadores por cuenta ajena y del servicio doméstico correspondientes al último año» (art. 1924 n.º 2, D) Código civil) y también los créditos «por las cuotas correspondientes a los regímenes obligatorios de subsidios, seguros sociales y mutualismo laboral por el mismo período de tiempo que señala el apartado anterior siempre que no tengan reconocida mayor preferencia con arreglo al artículo precedente» (inciso E del mismo núm. y artículo) (58).

El privilegio laboral tiene su origen en la jurisprudencia del Châtelet de París, que lo introdujo en beneficio de los domésticos de las ciudades (POTHIER, *Procedure civile*, núms. 481 y 492). Favorece la situación modesta de los asalariados; tiene en cuenta que son créditos por trabajo personal y, por ende, dignos de toda protección; por otro lado la subordinación del asalariado a su patrono tal vez le moviese a no reclamar sus salarios oportunamente por delicadeza, sumisión o solidaridad. Hoy, la función social del trabajo y la posición jurídica protegida del trabajador aconsejan este privilegio.

Son protegidos los trabajadores por cuenta ajena, entendiéndose que es trabajador, según la Ley de Contrato de Trabajo, toda persona que participa en la producción mediante el ejercicio voluntariamente prestado de sus facultades intelectuales o manuales, ya prestando un servicio, ya ejecutando una obra, a uno o varios patronos o empresarios, o a una persona jurídica de tal carácter, bajo su dependencia y mediante una remuneración de cualquier clase y forma; y también se otorga el privilegio a los trabajadores del servicio doméstico, es decir, «el destinado al servicio personal de su amo, o de la familia de éste, por tiempo determinado». (art. 1584 Código civil).

Por salario hay que entender, con el amplio criterio de la Ley de Contrato de Trabajo «la totalidad de los beneficios que obtenga el trabajador por sus servicios u obras; no sólo los que recibe en metálico o en especie como retribución directa e inmediata de su labor, sino también las indemnizaciones por espera, por impedimentos e interrupciones del traba-

(58) En el Código de Comercio el privilegio laboral viene recogido por el art. 913, 1.º C, en los siguientes términos: «Los acreedores por trabajo personal, comprendiendo a los dependientes de comercio por los seis últimos meses anteriores a la quiebra». Después de la reforma introducida en este art. por la Ley de 17 julio 1958, este inciso C ha quedado redactado así: «Los acreedores por trabajo personal por los seis últimos meses anteriores a la quiebra», y se ha añadido un nuevo inciso D, en estos términos: «Los titulares de créditos derivados de los regímenes obligatorios de subsidios y seguros sociales y mutualismo laboral respecto de igual período de tiempo que el señalado en el apartado anterior».

jo, así como lo obtenido por uso de casa-habitación, agua, luz, manutención y conceptos semejantes, siempre que se obtenga por razón o en virtud del trabajo o servicio prestado» (art. 37).

También se establece aquí la limitación del año, anterior a la fecha en que dejaron de prestarse los servicios laborales, o sin ruptura de relación laboral, hasta la fecha en que se embargaran judicialmente los salarios, o anterior a la fecha a que se retrotrajere la declaración de quiebra de empresario.

El privilegio de la seguridad social ha sido introducido en el Código civil por la Ley de 17 de julio de 1958 que, a la vez que ha modificado el inciso D del núm. 2 del art. 1924, ha suprimido el antiguo inciso E, sobre privilegio por anticipo de alimentos, relegándolo al F, y en su lugar ha establecido este privilegio que, al repercutir en beneficio de los trabajadores, se imponía como complementario del privilegio laboral (59). Los titulares de este privilegio son todos los acreedores «por las cuotas correspondientes a los regímenes obligatorios de subsidios, seguros sociales y mutualismo laboral», o sea, las Instituciones de la seguridad social (60).

Oportunamente expondremos la influencia que en la configuración de estos privilegios y en su rango haya podido ejercer la Ley de Contrato de Trabajo.

6) *Privilegio por anticipo de alimentos.*—Parece ser que fué introducido por el Código civil francés (art. 2101 n.º 5) y, según MARTON, existía ya en el Droit Coutumier (61) y está fundado en razones de humanidad y también en la consideración de que la prestación de alimentos afecta al derecho a la vida (62).

Es recogido por la generalidad de los Códigos, y también lo regula el Código civil en el inciso F del art. 1924, según la redacción de la Ley de 17 de julio de 1958, a cuyo tenor gozan de este privilegio los créditos devengados «por anticipaciones hechas al deudor, para sí y su familia constituida bajo su autoridad, en comestibles, vestido o calzado, en el mismo período de tiempo».

(59) La necesidad de este privilegio se había hecho notar por BERNAL MARTÍN en su artículo *La prelación de créditos y el seguro obligatorio*, en Rev. Der. Mercantil, año 1950, I, págs. 79 y sgts.

(60) El preámbulo de la ley de 17 julio 1958 así lo da a entender: «Cuestión importante —dice— para cualquier sistema de previsión social obligatoria es la relativa a sus medios económicos, constituidos en gran parte por la cotización que, periódicamente corresponde efectuar a las Empresas, tanto en concepto de aportación propia como por participación en ella de sus productores, mediante los oportunos descuentos que se les hace en sus retribuciones representando éstos la base fundamental de su sostenimiento...».

(61) De PACE, ob. cit., VII, 1.º, pág. 85.

(62) De CURIS, ob. cit., pág. 58.

Subjetivamente, el privilegio comprende los anticipos hechos al deudor y a su familia, no solamente la sometida a su patria potestad, sino la constituida bajo su autoridad, que abarcará a los hijos emancipados, parientes y domésticos que convivan con el deudor en unidad familiar. Hubiera sido más apropiado y justo que el Código hubiera dicho «bajo su dependencia económica», en lugar de «bajo su autoridad», con el fin de que no pudiera ser gravado con este privilegio el deudor por anticipaciones recibidas para un pariente solvente que conviva con él.

Son protegidas las anticipaciones hechas en especie, no los créditos que para alimentos pudieran devengarse, y limitadas a comestibles, vestido o calzado, como ya hacía el Proyecto de 1851 (art. 1925 n.º 4), y que GARCÍA GOYENA hacía extensivo a «todo lo que generalmente se encierra en la palabra alimentos»; sin embargo, el contenido que al término alimentos asigna el art. 142 del Código es más amplio que el de las solas prestaciones de comestibles, vestido y calzado, pues aquel comprende también habitación, asistencia médica y educación e instrucción; hay que estar, pues, al sentido literal del art. 1924 y reconocer privilegio solamente a las tres prestaciones que enumerá (63).

El privilegio se extiende exclusivamente a los créditos devengados por las prestaciones efectuadas durante el último año, contando en sentido retrógrado desde que dejaron de prestarse, desde que se reclamaron judicialmente o desde la fecha a que se retrotrajo la declaración de quiebra.

7) *Privilegio por pensiones alimenticias* durante el juicio de concurso, a no ser que se funden en un título de mera liberalidad (art. 1924 n.º 2 G) Cód. civ.) (64).

Este precepto, copiado del Proyecto de 1851, que lo tomó, a su vez, de la Ley Bávara sobre el orden de los acreedores (65), se refiere a las pensiones alimenticias devengadas por los que tienen obligación legal de satisfacerlas al deudor durante el juicio de concurso.

No era preciso que se excluyeran las pensiones fundadas en título de mera liberalidad, que por su misma naturaleza son contrarias a su reivindicación por el donante.

(63) El Proyecto y el Código quisieron ser más generosos que el francés, el cual se refiere a las *subsistencias*; mas con su casuismo quedaron más cortos en conceder, pues el término *subsistencias* se presta sin violencia a una interpretación amplia, como ha hecho la doctrina y la jurisprudencia francesas, que extiende el privilegio a los vestidos, alumbrado, calefacción y alquileres.

(64) Este inciso G corresponde al F anterior a la reforma, sin modificación de contenido.

(65) He aquí su art. 12: «Las pensiones alimenticias vencidas durante la solicitud de rango, a menos que ellas resulten de un acto de pura liberalidad».

La Ordenanza francesa de 1890, Tít. XIII, art. 23, concedía privilegio general al acreedor que había suministrado alimentos al prisionero (POTIER, *Traité de la procédure civile*, Ed. Dupin, 1838, IX, págs. 194 y sgts.).

8) *Privilegio de los créditos escriturarios*, ya consten en escritura pública, ya por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio (art. 1924 n.º 3 Código civil).

Constituye este privilegio una excepción a la regla general de que en derecho no hay ninguna relación necesaria entre la naturaleza del título que constata la obligación y las causas de preferencia (66). En el Ordenamiento anterior al Código los acreedores personales se clasificaban en escriturarios, quirografarios y verbales, según que sus respectivos créditos constasen en escritura pública, en documento privado o hubiese que recurrir a la confesión del deudor o a la información de testigos por no haberse contraído sino de palabra, estimándose que son privilegiados los escriturarios respecto de los quirografarios y éstos en relación con los verbales (67). El Código mantiene este privilegio puramente formal, por razón del título crediticio, en atención a la mayor seguridad jurídica que otorga la escritura en la prueba de las obligaciones, merecedora de esta preferencia en caso de concurso.

La jurisprudencia ha precisado algunos extremos:

1.º El número 3.º del art. 1924 se refiere a los créditos que no tienen privilegio basado en otro motivo que no sea la forma pública (sent. de 28 marzo y 18 abril 1903); es, por lo tanto, un privilegio de actuación subsidiaria respecto de aquellos otros.

2.º Los acreedores hipotecarios tienen preferencia sobre los bienes del deudor no afectos por la hipoteca como acreedores por crédito escriturario (sent. 1 febrero 1921). Por la misma razón puede afirmarse, generalizando esta doctrina, que los acreedores provistos de privilegio especial, mobiliario o inmobiliario, tienen sobre los restantes bienes del deudor no afectos por dichos privilegios el que le otorgare su condición de créditos escriturarios.

3.º Los créditos que consten por sentencia de remate están comprendidos en el art. 1924 n.º 3, letra B del Código (sents. de 22 diciembre 1897 y 21 noviembre 1917).

4.º Las sentencias obtenidas por allanamiento (juicios convenidos) no crean el privilegio de referencia (sents. de 15 mayo 1894 y 29 abril 1911). Estas sentencias identifican los procesos con allanamiento y los juicios convenidos; mas debe tenerse en cuenta que el juicio convenido abarca un número de supuestos más elevado (rebeldía e incluso oposición también convenida) y que el allanamiento puede producirse sin conveniencia fraudulenta de las partes.

(66) De PAGE, *ob. cit.*, VI, págs. 680, nota 2.

(67) ESCRIBER, *Diccionario*, voz *ACREEDOR PERSONAL* y las siguientes.

5.º Si hubo cesión de crédito por escritura pública hay que aceptar que existe este privilegio (sent. 28 octubre 1928).

6.º Las letras de cambio no atribuyen al acreedor carácter de escriturario (sent. de 28 abril 1930).

7.º Para la prelación del crédito precisa atenderse no a la fecha de los créditos mismos sino a la de los títulos en que constan (sents. de 1 mayo 1896, 23 enero 1942, 16 abril 1955 y 15 diciembre 1956).

Por nuestra parte hemos de añadir, para terminar el comentario de este precepto, que los créditos escriturarios pueden gozar de este privilegio aun respecto de los mismos bienes sobre los que se concrete otro privilegio especial y en este caso, si el acreedor prefiere hacer valer exclusivamente el privilegio escriturario, renunciando o no al especial, ello no puede impedirle; precisamente, el art. 1929 prevé el supuesto de que hubiera prescrito el derecho de preferencia del acreedor, reservándose entonces el orden establecido en el art. 1924, es decir, concretamente el privilegio escriturario, si no estaba protegido por alguno de carácter general de los incluidos en dicho artículo y prefiere ejercitarlo.

Y por lo que respecta a la parte de crédito no realizada, también el mismo art. 1929 reserva al acreedor el privilegio escriturario que pudiera tener a su favor.

9) *Privilegio del subrogante*.—«El acreedor a quien se hubiere hecho un pago parcial —dispone el art. 1213 del Código civil— puede ejercitar su derecho por el resto, con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito».

El precepto está tomado del art. 1252 del código francés y ya una antigua jurisprudencia que se remonta hasta 1712 (arrêt de 6 de mayo) declaró que el acreedor primitivo o subrogante es preferido siempre en este caso al subrogado (68), confirmando así la máxima «nemo contra se subrogare censetur»; esta causa de preferencia fué tenida en cuenta por POTHIER en el supuesto de que varios acreedores se hubieren subrogado en las hipotecas de un mismo acreedor, del cual han adquirido, cada uno en tiempo diferente, parte del crédito, y sostiene el autor que es constante el uso de que el acreedor sobrogante, si se le debe algo de su crédito, debe de ser preferido a los subrogados, por la razón de que el acreedor que es pagado con los dineros de otro no está obligado a subrogarlo más que en cuanto la subrogación no le perjudique; y, por consiguiente, al subrogar en las hipotecas de su crédito a aquél que con sus dineros le ha pagado en parte, se estima que se reserva una preferencia por el resto del crédito (69).

(68) PLANIOL-RIPERT-BECQUE, ob. cit., II, pág. 579.

(69) POTHIER, *Obras completas*, Ed. Dupin, cit., VIII, págs. 569-570.

Los tratadistas franceses reconocen la existencia de un privilegio en el subrogante (70) cuando por causa de subrogación parcial se produce esta situación de concurso entre subrogante y subrogado o subrogados. Algunas cuestiones interesantes han sido planteadas en relación con este privilegio. Una de ellas es si, cuando hay varios subrogados que absorben la totalidad del crédito, adquiere el último de ellos el derecho de preferencia del subrogante para el cobro de su parte, lo que es resuelto en sentido negativo en razón a que la preferencia sólo se establece entre subrogante y subrogados y no entre éstos (71). Por otro lado, una interpretación restrictiva de este precepto hizo pensar a muchos autores (72) que la preferencia actuaría solamente cuando el subrogante dispusiera de una causa de preferencia (privilegio, hipoteca...), mas no cuando fuere quirografario. Esta opinión, también sostenida por MANRESA en su comentario al art. 1213, referida a nuestro Derecho, no se adapta con fidelidad al texto de dicho artículo. Este otorga la preferencia al acreedor a quien se hubiere hecho un pago parcial, sin exigir que ya, de por sí, sea preferente el crédito. Lo que ocurrirá es que la preferencia del art. 1213 solamente puede actuar cuando el subrogado concorra «iure subrogatione», mas no cuando lo haga como acreedor común en ejercicio de una acción personal, pues en este último caso se cobrarán los créditos a prorrata si no interviene otra causa de preferencia (73). En vista de ello, el alcance de este privilegio es muy restringido y dependerá de la voluntad del subrogado; no estuvo, pues, desacertado el Código italiano de 1865 al suprimir este injusto privilegio, que tampoco ha sido acogido por el vigente (74).

46. CAUSAS CIERTAS DE DERECHO DE LA NAVEGACIÓN.—El Derecho marítimo ofrece, junto a la hipoteca naval, una extraordinaria floración de privilegios legales, configurados en las legislaciones latinas sobre el patrón del *droit de suite* de la Ordenanza francesa de 1681. La especial naturaleza del buque, objetivamente considerado, así como las especialidades jurídicas que presenta el tráfico marítimo, aconsejan el estudio separado de las causas de preferencia navales. Las mismas razones llevan a estudiar conjuntamente las causas de preferencia aeronáuticas, aún en período de elaboración como todo el Derecho aéreo, tributario en gran escala del Derecho marítimo.

(70) COLIN et CAPITANT, ob. cit., III, pág. 218; BAUDRY-LACANTINERIE y BARBE, *Trattato*, cit., OBBLIGAZIONI, II, págs. 694 y sgts.

(71) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ob. cit., VII, págs. 649-650.

(72) AUBRY et RAU, ob. cit., IV, pág. 313; LAURENT, ob. cit., XVIII, pág. 169.

(73) De PAGE, ob. cit., III, pág. 513.

(74) Cfr. GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, trad. esp. VII, pág. 287; MERLO, *La surrogazione per pagamento*, 1933, pág. 175.

47. A) CAUSAS DE DERECHO MARÍTIMO.—En primer lugar haremos referencia a la hipoteca naval para extendernos después al estudio de los privilegios marítimos, prestando la debida atención a las alteraciones que la Ley de Hipoteca naval ha producido en el cuadro de privilegios del Código.

48. a) HIPOTECA NAVAL.—No fué recogida por el Código de comercio y hubo de suplir esta laguna la Ley de 21 de agosto de 1893, que regula la hipoteca naval partiendo de la ficción de que «para este solo efecto se considerarán tales buques como bienes inmuebles, entendiéndose modificado en este sentido el artículo 585 del vigente Código de comercio» (art. 1, pfo 2.º).

Remedando a la Ley Hipotecaria establece que la hipoteca naval sujeta directa e inmediatamente las naves sobre que se impone al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituye, cualquiera que sea su poseedor (art. 28); pero esta eficacia real del crédito hipotecario naval no se ve correspondido en la misma Ley con el rango que a su naturaleza corresponde, ya que son muy numerosos los créditos a los que se concede prelación, por razón de privilegio, sobre la hipoteca, tales como los créditos fiscales a favor del Estado, Provincia o Municipio, derechos de pilotaje, tonelaje y otros de puertos, los sueldos del Capitán y tripulación, los premios o dividendos de seguros de la nave, los créditos a que se refieren los núms. 7 y 8 del art. 580 del Cód. de Com., las cantidades tomadas a préstamo a la gruesa, el importe de la avería gruesa, los créditos refaccionarios y los derechos o créditos litigiosos (arts. 31 a 36 de la Ley).

Esta postergación en el concurso con otros acreedores privilegiados ha constituido un grave obstáculo para el desarrollo de la hipoteca naval pues dada la ilimitación de aquellos en cuanto a la cantidad a que ascienden y su falta de publicidad, se ha dejado a los acreedores hipotecarios faltos de las seguridades necesarias en cuanto a sus créditos (75). El Convenio de Bruselas de 1926 para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimos ha limitado el número de privilegios preferentes, reduciéndolos a las costas judiciales, los derechos de tonelaje y otros de puerto y custodia, los sueldos de Capitán y tripulación, las remuneraciones por salvamento, asistencia y avería gruesa, indemnizaciones por abordaje, por lesiones corporales a pasajeros o tripulación, por pérdida o avería de carga o de equipajes y, por último, los créditos contraídos por el Capitán fuera del puerto de matrícula para la conservación del buque o continuación del viaje.

(75) FARIÑA y OLONDO, *Derecho Marítimo*, 1942, II, pág. 695.

49. b) PRIVILEGIOS MARÍTIMOS.—Tienden a promover el crédito naval facilitando la construcción de naves y el comercio marítimo, otorgándose estos privilegios a quienes devengan algún crédito con tales motivos. Ha habido, sin embargo, una generosidad exuberante en los Códigos cuando han regulado dichos privilegios y su abundancia les ha restado valor y rango y con ello se ha obstaculizado gravemente a los créditos que se querían proteger. Por esta razón domina hoy una corriente doctrinal, ya reflejada legislativamente, favorable a la restricción de estos privilegios, pensando incluso en que de este modo resulte beneficiada también la hipoteca. «El concepto prevaleciente —dice BERLINGIERI— es el de no reconocer privilegio más que a aquellos créditos en pro de los cuales militan exigencias impelentes de la navegación, o por lo menos razones de evidente oportunidad y esto para no convertir en expresamente ilusoria la hipoteca de quien, con toda buena fe, se haya decidido, contra una semejante garantía a conceder un préstamo a la nave. Los privilegios demasiado numerosos constituyen una amenaza dirigida al acreedor hipotecario y contra la cual no es dado precaverse, y ponen al propietario de la nave en la imposibilidad de recurrir al crédito del cual pueda sentir eventualmente necesidad en el ejercicio de la propia industria» (76).

Estos privilegios son especiales, tienen por objeto la nave, el flete o el cargamento, manifestándose claramente su naturaleza real. Son particularidades de los mismos la prueba tasada que establece el Código, el asiento, comprensivo del buque y de su pertenencias, y la extinción, puesto que acaban con el viaje para el que o durante el cual fueron devengados los correspondientes créditos.

Examinemos ahora dichos privilegios:

a') *Privilegios sobre el buque.*—La mayor parte de ellos los relaciona el art. 580 del Código de comercio, que también regula otros en artículos dispersos. Por su parte, la Ley de Hipoteca naval, al establecer el rango de la hipoteca con relación a los privilegios se refiere a otros nuevos, no tenidos en cuenta por el Código, y que, por lo tanto, habrán de tomarse en consideración, si bien en el restringido supuesto de que tales privilegios entren en concurso con la hipoteca naval, pero no cuando concurren entre sí o con otros privilegios.

El privilegio sobre el buque extiende su asiento al aparejo, respetos, pertrechos y máquinas, si fuere de vapor, pertenecientes a él, que se hallaren a la sazón en el domicilio del vendedor (art. 576 Cód. de com.);

(76) BERLINGIERI, *Relazione sugli schemi di convenzione internazionale sulla limitazione della responsabilità e sulle ipoteche e privilegi marittime*. Genova, 1913, pág. 34, cit. por BRUNETTI, *Derecho Marítimo Privado Italiano*, trad. esp., I, pág. 471.

pero no al flete, salvo los casos especiales en que así se disponga, como en el privilegio laboral de la tripulación (art. 646) (77).

Los privilegios elencados por el art. 580 del Código de comercio son, por su orden, los siguientes:

1) *Privilegio fiscal*.—Ampara los «créditos a favor de la Hacienda Pública que se justifiquen mediante certificación oficial de Autoridad competente» (núm. 1).

2) *Privilegio judicial* en beneficio de «las costas judiciales del procedimiento, según tasación aprobada por el Juez o Tribunal» (núm. 2).

Se refiere el precepto al procedimiento seguido para la venta del buque y pago a los acreedores, de modo que, como sucede en privilegio análogo del art. 1924 del Código civil, las costas privilegiadas se han causado en interés común de todos los acreedores.

3) *Privilegio de los derechos de tonelaje, pilotaje y los de mar u otros de puertos* (núm. 3).—Están comprendidos aquí todos los derechos de puerto, que contribuyen a poner el navío en seguridad dentro de aquél, como servicio de práctico, fondeo, amarre, anclaje, tasas de diversos servicios portuarios (juntas de Obras, Sanidad, etc.), etc.

4) *Privilegio de conservación en puerto*.—Comprende «los salarios de los depositarios y guardas del buque y cualquier otro gasto aplicado a su conservación desde la entrada en el puerto hasta la venta, que resulten satisfechos o adeudados en virtud de cuenta justificada y aprobada por el Juez o Tribunal» (núm. 4).

Se contempla aquí la nave cuando, licenciada la tripulación, queda sin la asistencia de la misma, ya para ser desarmada, bien para proceder a su venta. Igualmente, están comprendidos todos los gastos judiciales y extrajudiciales que cause la conservación del navío hasta su venta. En lo que ha de ponerse buen cuidado es en no confundir los *salarios por custodia* con los *créditos para custodia*, ya que a éstos no los ampara el privilegio (78).

5) *Privilegio del alquiler de almacenaje del aparejo y pertrechos del buque, según contrato* (núm. 5).—Explica DANJON (79) que cuando un navío hace una estancia un poco prolongada en un puerto sucede frecuentemente que se alzan una parte de los pertrechos y aparejos, tales como velas, cuerdas, vergas, etc. y se transportan a tierra para ponerlos al abrigo; pero se comprende que en las modernas embarcaciones no haya ocasión de aplicar este privilegio.

(77) GAMECHOCORCOECHA, *Tratado de Derecho Marítimo Español*, Bilbao, s. a., II págs. 81 a 83.

(78) Cfr. RAVIZZA, VOZ PRIVILEGIO MARITIMO, en Dig. II.

(79) DANJON, *Traité de Droit Maritime*, 1915-1916, V, pág. 498.

6) *Privilegios laborales.*—Son protegidos «los sueldos debidos al Capitán y tripulación en su último viaje, los cuales se comprobarán mediante liquidación que se haga en vista de los roles y de los libros de cuenta y razón del buque, aprobada por el Jefe del ramo de marina mercante, donde lo hubiere, y, en su defecto, por el Cónsul, o Juez o Tribunal» (núm. 6).

El último viaje a que se refiere este precepto no es el del buque, sino el del tripulante, según las modalidades con que se haya celebrado el contrato de embarco, es decir, por viaje redondo, tiempo determinado o indeterminado (art. 95 del texto refundido del Libro II de la Ley de Contrato de Trabajo por Decreto de 31 de marzo de 1944) (80). Si es por viaje redondo se estará al viaje contratado; si se ha fijado un tiempo determinado de duración de los servicios, el último viaje debe referirse al tiempo de duración del contrato de embarco; si fuese por tiempo indeterminado, opina GAMECHOGOICOECHEA que el viaje comienza con el enrolamiento del tripulante y termina con el desenrolamiento del mismo (81).

El privilegio no sólo comprende los sueldos del Capitán y de la tripulación, sino también los de los restantes miembros de la dotación, como pilotos, maquinistas, fogoneros y demás cargos de a bordo no especificados.

En el sueldo hay que entender incluidos la subvención por manutención, aumentos periódicos por tiempos de servicios, participación sobre sobordo y demás conceptos que relaciona el art. 33 del texto articulado sobre condiciones de trabajo en la Marina mercante.

7) *Privilegio para asegurar el reembolso de los efectos del cargamento* que hubiere vendido el Capitán para reparar el buque, siempre que la venta coriste ordenada por auto judicial, celebrado con las formalidades exigidas en tales casos, y anotada en la certificación de inscripción del buque (núm. 7).

Guarda íntima relación este privilegio con la facultad que concede al Capitán el inciso 5.º del pfo. 1.º del art. 611 Código de com. de vender la cantidad de carga que bastare para cubrir la suma absolutamente indispensable para reparar el buque y habilitarle para seguir su viaje.

Incluye aquí GAMECHOGOICOECHEA, siguiendo a DANJON, los créditos por avería gruesa, opinión que está desautorizada por el art. 32 de la Ley

(80) Este precepto, como todo el Tít. I de este texto legal, ha sido derogado por la publicación de la Orden de 23 diciembre 1953, por virtud de lo dispuesto en la Ley de Bases de 19 diciembre 1951, articulada por aquella, sobre condiciones de trabajo en la Marina Mercante. El art. 78 de la Orden dispone que la relación de trabajo se entenderá siempre por tiempo indefinido.

(81) GAMECHOGOICOECHEA, ob. cit., II, págs. 77-78.

de Hipoteca naval que recoge con independencia el privilegio de los créditos por avería gruesa. Por tanto, siendo privilegio diferente, no puede extender a él éste del n.º 7 del art. 580 del Código de comercio.

8) *Privilegio del precio alzado de la venta del buque.*—Literalmente lo reglamenta así el Código: «la parte del precio que no hubiere sido satisfecha al último vendedor» (núm. 8).

Guarda analogía con el privilegio establecido por el art. 1922 núm. 1 Código civil y tiene su fundamento en que, siendo el buque instrumento principal de la expedición marítima y fuente de los ingresos del comprador, se debe reservar al vendedor la preferencia en el cobro del precio, que impida todo enriquecimiento ilícito.

9) *Privilegio de los créditos por construcción del buque.*—Son amparados «los créditos pendientes de pago por materiales y mano de obra de la construcción del buque, cuando no hubiere navegado» (núm. 8). Este último requisito —no haber navegado aún— hace que estos créditos privilegiados no sean propiamente marítimos, pues está ausente la idea de *riesgo de mar*, que es el fundamento de estos privilegios. Por ello se muestra unánime la doctrina en rechazar este privilegio y en interpretarlo con todo rigor restrictivo, hasta el extremo de que se estima que solamente hay privilegio cuando el buque se construye por un contratista (82).

(10) *Privilegio de créditos refaccionarios.*—Estos son «los provenientes de reparar y equipar el buque y de proveerle de víveres y combustible en el último viaje» (núm. 8).

Aquí el concepto de último viaje hay que calificarlo con relación al buque y no a la tripulación. La idea de último viaje comprende una expedición marítima desde que el buque sale del puerto origen de aquella hasta que regresa al mismo (viaje de ida y vuelta) (83).

Pero estos créditos han de contraerse estando el buque en viaje, antes de regresar al puerto de su matrícula, dice el pfo. 2.º de este núm. 8.

10) *Privilegio de cantidades tomadas a la gruesa.*—Gozan de él «las cantidades tomadas a la gruesa sobre el casco, quilla, aparejo y pertrechos del buque antes de su salida, justificadas con los contratos otorgados según derecho y anotados en el Registro mercantil; las que hubiere tomado durante el viaje con la autorización expresada en el número anterior, llenando iguales requisitos» (núm. 9).

Se comprende que este privilegio protegerá las cantidades tomadas a la gruesa que se inviertan en beneficio de la expedición marítima, no las que sean obtenidas para fines particulares por el dueño del buque

(82) GAMECHOGOICOECHA, ob. cit., II, págs. 94. 95.

(83) Para los buques *tramps* vid. GAMECHOGOICOECHA, ob. cit., II, págs. 80-81.

11) *Privilegio del asegurador.*—Comprende «la prima del seguro acreditada con la póliza del contrato o certificación sacada de los libros del Corredor» (núm. 9).

La protección al seguro favorece la navegación marítima al propiciar los viajes a riesgo salvado; y aún es beneficioso para los otros acreedores quienes, en caso de pérdida total o parcial del buque, pueden ver satisfechos sus créditos por subrogación en las indemnizaciones por seguro. El defecto grave de nuestro Código es que en el supuesto de seguro contratado a tiempo —en el contratado a viaje no hay problema— no ha previsto a qué plazo se extienden las primas protegidas por el privilegio y resultaría excesivo aplicar, por analogía, el de dos años que establece el artículo 1923 núm. 2 del Código civil. Tal vez la solución más justa sea referir también el plazo al último viaje, si el tiempo pactado no fuera inferior al de duración de aquél.

12) *Privilegio del cargador por ciertas indemnizaciones.*—Estas indemnizaciones son «por el valor de los géneros embarcados que no se hubieren entregado a los consignatarios, o por averías sufridas de que sea responsable el buque, siempre que una u otra consten en sentencia judicial o arbitral» (núm. 10).

Se dice que este privilegio deriva de un antiguo adagio marítimo: «el buque responde a la mercancía y la mercancía al buque». El precepto es, como todo lo relativo a privilegios, de interpretación restringida y, por tanto, no es aplicable al caso de incumplimiento o rescisión del contrato por parte del fletante o al de retraso en la entrega del cargamento (84).

13) *Privilegio del Capitán por indemnización en caso de venta del buque.*—Se refiere el art. 608 del Código de comercio a la indemnización que hubiera pactado con el naviero para este caso de caducidad del contrato ajustado entre ambos por causa de venta; «el buque vendido —dice el mismo artículo— quedará afecto a la seguridad del pago de dicha indemnización, si después de haberse dirigido la acción contra el vendedor resultare éste insolvente».

14) *Privilegio de las indemnizaciones por lesiones o muerte en abordaje.*—Lo establece el art. 838 del Cód. com.: «Cuando el valor del buque y sus pertenencias no alcanzaren a cubrir todas las responsabilidades, tendrá preferencia la indemnización debida por muerte o lesiones de las personas».

Esta preferencia actúa solamente en relación con los demás créditos derivados del abordaje y en caso de que el valor del buque y sus pertenencias no alcanzaren a cubrir todas las responsabilidades.

(84) GAMECHOGIOCOECHA, ob. cit., II, págs. 103-104, en donde puede verse la exposición de otras cuestiones.

15) *Privilegio en favor de los salvadores en caso de naufragio.*—«Los objetos salvados del naufragio quedarán especialmente afectos al pago de los gastos del respectivo salvamento, y su importe deberá ser satisfecho por los dueños de aquellos antes de entregárselos, y con preferencia a otra cualquiera obligación si las mercaderías se vendiesen» (art. 842 Cód. de com.).

El privilegio se extiende, pues, sobre los objetos salvados, que pueden formar parte del buque o del cargamento. Además, el salvador tiene derecho de retención respecto de los dueños del buque o del cargamento, en su caso, pues debe ser satisfecho por aquellos antes de entregarles tales objetos. Por último, si éstos se venden, el privilegio del salvador es preferente a cualquier otro.

b') *Privilegios sobre el cargamento.*—1) *Privilegio del flete.*—El cargamento está especialmente afecto al pago de los fletes, de los gastos y derechos causados por el mismo, que deban reembolsar los cargadores, y de la parte que pueda corresponderle en la avería gruesa. Esta afección dura veinte días a contar desde su entrega o depósito, durante los cuales se podrá solicitar la venta de los mismos, aunque haya otros acreedores y ocurra el caso de quiebra del cargador o del consignatario (arts. 665 y 667 Cód. de com.). No es lícito al Capitán retener el cargamento, dilutando la descarga, por recelo de que deje de cumplirse esta obligación; si existiese motivo de desconfianza, el Juez o Tribunal, a instancia del Capitán, podrá acordar el depósito de las mercaderías hasta que sea completamente reintegrado (art. 665) (85).

2) *Privilegio del pasaje y gastos de manutención.*—Goza el Capitán de preferencia sobre los demás acreedores, procediéndose en ello como si se tratara del cobro de los fletes. Tiene también el Capitán derecho de retención de los efectos pertenecientes al pasajero (art. 704).

3) *Privilegio del salvador en caso de naufragio.*—Ya dijimos que el privilegio puede recaer, en este caso, sobre los objetos salvados, buque o cargamento, o ambos.

c') *Privilegios sobre el flete.*—No aparece en nuestro Derecho el flete, separadamente, como asiento de privilegios marítimos. Tampoco puede considerarse como elemento accesorio del buque, al que se extienda el privilegio recavente sobre éste, pues ni el art. 580 ni el 576 recogen el flete como elemento comprendido en la venta del buque. Sin embargo, cuando el Código menciona el flete como expresamente afecto a un privilegio conjuntamente con el buque, habrá que estar al alcance real establecido por estos preceptos especiales. Tal sucede en el privilegio de sala-

(85) Vid. CASALS COLLEDEGARREBA, *El derecho de retención del Capitán del buque*, en Rev. Jurídica de Cataluña, 1947, núms. 3-4, págs. 15 y sgts.

rios, que afecta al pago de los mismo el buque con sus máquinas, aparejos, pertrechos y fletes (art. 646 Cód. de com.).

d) *Repercusión de la Ley de Hipoteca naval en el régimen de privilegios del Código de comercio.*—Al establecer esta Ley el rango de la hipoteca naval en relación con los privilegios marítimos ha introducido algunas precisiones y requisitos formales en algunos de los privilegios regulados por el Código y, por otra parte, ha creado nuevos privilegios no recogidos por aquel cuerpo legal. Aunque el alcance de estas alteraciones e innovaciones es muy restringido, pues solamente operan en el concurso de hipoteca naval con privilegios, conviene exponerlas para integrar aquí la materia de privilegios marítimos.

Los privilegios comunes modificados son:

1.º El precio aplazado en caso de venta de la nave, que debe constar inscrito en el Registro Mercantil (art. 18).

2.º Los créditos refaccionarios por construcción y reparación del buque también deben constar inscritos (art. 18).

3.º Los créditos fiscales, que comprenden los del Estado, los de la Provincia y los del Municipio, limitados a los que haya devengado el buque en su último viaje o durante el año inmediatamente anterior (art. 31).

4.º Los derechos de pilotaje, tonelaje y los demás de puertos, y los sueldos del Capitán y tripulación, devengados durante el último viaje (art. 31).

5.º El importe de los premios de seguro de la nave de los dos últimos años, y si el seguro fuere mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubiesen repartido (art. 31).

6.º Las cantidades tomadas a préstamo a la gruesa han de haberse obtenido en el caso que establece el art. 611 del Código de comercio y han de concurrir las formalidades consignadas en el art. 583 del propio Código (arts. 32 y 33).

7.º Los créditos refaccionarios contraídos por el Capitán durante el último viaje que reúnan los requisitos exigidos por el art. 35 de la Ley.

8.º En general, para que un crédito sea preferente al hipotecario ha de constar inscrito en el Registro mercantil, excepto los comprendidos en el art. 31 (art. 36).

Los privilegios que innova la Ley son:

1.º El que garantiza el importe de la avería gruesa que corresponda satisfacer al buque en el último viaje, cumpliéndose los requisitos del art. 34 (art. 32).

2.º El que favorece a los derechos o créditos litigiosos que antes de la inscripción hipotecaria hubiesen sido anotados preventivamente en el Registro, en virtud de mandamiento judicial, cuando queden reconoci-

dos en sentencia ejecutoria o en transacción otorgada o aprobada por todos los interesados (art. 32).

e) *Privilegios regulados por el Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926 (Ratificado por España el 2 de junio de 1930).*—Es de particular importancia el art. 2.º de este Convenio, que determina el asiento de los privilegios marítimos y los relaciona:

Dicho asiento es más amplio que el autorizado por nuestro Código, pues está constituido por el buque, el flete del viaje durante el cual ha nacido el crédito privilegiado y los accesorios del buque y flete adquiridos después de comenzado el viaje (86).

Los privilegios que enumera son:

1.º Las costas judiciales debidas al Estado y los gastos ocasionados en interés común de los acreedores para la conservación del buque o para conseguir su venta y la distribución del precio.

2.º Los derechos de tonelaje, de faro o de puerto y los demás derechos e impuestos públicos de la misma clase.

3.º Los gastos de pilotaje, los de custodia y conservación desde la entrada del buque en el último puerto.

4.º Los créditos resultantes del contrato de servicios del Capitán, de la tripulación y de otras personas al servicio de a bordo.

5.º Las remuneraciones debidas por salvamento y asistencia.

6.º La parte correspondiente al buque en las averías gruesas.

7.º Las indemnizaciones por abordaje u otros accidentes de navegación, así como por los daños acusados en las obras de los puertos, «docks» y vías navegables.

8.º Las indemnizaciones por lesiones corporales a los pasajeros y a las tripulaciones.

9.º Las indemnizaciones por pérdidas o averías en la carga o de los equipajes.

10.º Los créditos procedentes de contratos celebrados o de operaciones efectuadas por el Capitán fuera del puerto de matrícula, en virtud de sus poderes legales, para las necesidades reales de la conservación del buque o para la continuación del viaje, sin distinguir si el Capitán es o no, al mismo tiempo, propietario del buque y si el crédito es suyo o de los proveedores, reparadores, prestamistas u otros contratantes.

(86) El art. 4.º explica qué se entienden por accesorios del buque y del flete: 1.º Las indemnizaciones debidas al propietario por razón de daños materiales sufridos por el buque y no reparados, o por pérdidas de flete; 2.º Las indemnizaciones debidas al propietario por averías gruesas, en tanto que éstas consistan en daños materiales sufridos por el buque y no reparados o en pérdidas del flete; 3.º Las remuneraciones debidas al propietario por asistencia prestada o salvamento efectuado hasta el fin del viaje, deducción hecha de las cantidades abonadas al capitán y a las demás personas al servicio del buque.

Como causa de preferencia separada de los privilegios, el Convenio se refiere en su art. 1.º a la validez internacional de las hipotecas, «mortgages» y prendas sobre buques constituídas regularmente, según las leyes del Estado a que el buque pertenece, e inscrita en un Registro público. El art. 4.º establece su rango, colocándolas inmediatamente después de los privilegios antes enumerados, sin permitir que cualesquiera otros privilegios establecidos por las leyes nacionales puedan tener rango preferente al que se señala a estas garantías reales. El convenio pretende así que se cumpla la finalidad principal para la que fué convocado: reducir el número de privilegios preferentes a la hipoteca naval con el fin de revalorizar a ésta.

50.—B) CAUSAS DE DERECHO AERONÁUTICO.—El Derecho aéreo privado no cuenta aún en nuestra Patria con textos legales que prevean las importantes cuestiones que plantea la aeronave y su navegación. Así, pues, la mayor parte de ellas, sin excluir las causas de preferencia, han de regularse por los Acuerdos internacionales sobre la materia y por los preceptos análogos del Derecho marítimo. Veamos cada una de estas causas:

a) *La hipoteca de aeronaves.*—La Ley de Bases de 27 de diciembre de 1947 para la redacción de un Código de Navegación aérea dispuso que «serán declaradas las aeronaves susceptibles de hipoteca, cuya regulación se ajustará a lo dispuesto en los Convenios internacionales ratificados por España y a nuestra legislación hipotecaria. Para que la hipoteca quede válidamente constituida, será precisa su inscripción en el Registro mercantil» (Base décimocuarta) (87). Aunque todavía no se ha publicado el Código anunciado, la hipoteca de aeronaves ha sido ya regulada por la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, cuyos arts. 38 a 41 se consagran a ella. Por lo que a nuestro estudio interesa solamente pararemos la atención en el objeto de la hipoteca y en su preferencia.

El asiento hipotecario ofrece la particularidad de que puede ser delimitado libremente por los contratantes, tanto en cuanto a elementos principales como accesorios. Así se deduce del art. 29 de la Ley últimamente citada, que dispone: «La hipoteca comprenderá, salvo pacto en contrario, la célula, motores, hélices, aparatos de radio y navegación, herramientas, accesorios, mobiliario y, en general, pertrechos y enseres destinados al servicio de la aeronave, aunque sean separables de éstas. Los repuestos de almacén quedarán hipotecados con la aeronave, siempre que consten inventariados en la escritura de hipoteca».

La preferencia sobre la hipoteca ha sido muy restringida, pues el

(87) Vid. art. 190 del Reglamento Registro Mercantil de 14 diciembre 1956.

art. 41 solamente permite que se antepongan a ella «las remuneraciones debidas por salvamento y gastos absolutamente necesarios para la conservación de la aeronave, por orden cronológico inverso, siempre que se anoten en el Registro Mercantil correspondiente dentro de los tres meses siguientes a aquél». Se ha seguido fielmente el texto del Proyecto de Convención sobre reconocimiento internacional de derechos sobre las aeronaves, aprobado en Ginebra el 16 de junio de 1948 (88), donde prevaleció el criterio de no reconocer otros privilegios sobre la aeronave que aquellos que obedezcan a exigencias inexcusables de la navegación y del tráfico aéreo con objeto de que la garantía hipotecaria no degenera en cosa dudosa y que la incertidumbre sea causa de retraimiento de capitales y por consiguiente de una atonía en la marcha del crédito aeronáutico (89). Sin embargo, la legislación extranjera no se muestra tan generosa con el acreedor hipotecario (90).

b) *Los privilegios aeronáuticos.*—Ante la ausencia en nuestro Derecho de textos reguladores de los mismos, entiende la doctrina que rige en esta materia el Convenio de Bruselas de 1926, sobre privilegios e hipoteca marítimos, los cuales fueron relacionados en el número anterior. Habrá de tenerse en cuenta, sin embargo, el rango que en este particular se concede a la hipoteca por el art. 41 Ley Hip. mob. y que modifica aquel convenio en las relaciones entre nacionales.

51. CAUSAS CIERTAS ESTABLECIDAS POR LEYES ESPECIALES.—Pese al gran número de privilegios que nuestros Códigos regulan, es incontenible el proceso de creación de aquellos y numerosas leyes especiales acogen nuevos privilegios movidas unas veces por la defensa de los intereses públicos, otras por razones humanitarias y, en ocasiones, para corregir deficiencias de los Códigos en la regulación de ciertos privilegios. Pero estas

(88) Su art. IV, en efecto, está redactado así:

«1) Los Estados contratantes reconocen que los créditos relativos:

«a) a las remuneraciones debidas por el salvamento de la aeronave,

«b) a los gastos extraordinarios indispensables para la conservación de la aeronave,

«son preferentes a todos los demás derechos y créditos que graven a la aeronave, a condición de que sean privilegiados y amparados por una acción ejecutiva respecto de la Ley del Estado contratante, en el cual hayan tenido lugar las operaciones de salvamento y de aseguramiento preventivo

«2) Los créditos enumerados en el párrafo 1) del presente artículo, disfrutarán de preferencia por orden cronológico inverso a los hechos que los hayan originado.

«3) Podrá hacerse mención de ellos en el Registro dentro de los tres meses a contar del término de las operaciones que los hayan originado».

(89) GAY DE MONTELLA, *Principios de Derecho Aeronáutico*, 1950, págs. 141-142.

(90) La Ley francesa de 3 de mayo 1924 le antepone seis privilegios, el Código italiano de la navegación seis, el Código del aire, cuatro.

razones no justifican los inconvenientes y perturbaciones que causan en la configuración y rango de los privilegios comunes y que proceden, sobre todo:

1.º De su extraordinario número y multiplicación incesante, aunque, afortunadamente, en nuestra Patria no hayan proliferado tanto como en Francia o en Italia. Ello hace inciertos los privilegios existentes en un momento determinado por la posibilidad de creación de otros nuevos con preferencia absoluta sobre aquellos.

2.º De su carácter inorgánico y errante, pues se configuran, por lo general, prescindiendo del cuadro general de los privilegios comunes y sin ordenación en el mismo.

3.º De su carácter absoluto, ya que se les atribuye, ordinariamente, preferencia sobre cualquier otro crédito.

Todo ello crea problemas de dos tipos: unos versan acerca de la influencia de estos privilegios sobre los que regulan los Códigos y que sean de configuración substancialmente idéntica; otros problemas afectan a importantes cuestiones de rango. Ambos tendrán su estudio adecuado más adelante.

Tratemos ya de estos privilegios en particular:

A) *Privilegios del Tesoro*.—Vienen establecidos por diversas leyes especiales:

1.º La Ley de Administración y Contabilidad del Estado articula dos privilegios: Uno, sobre cualquiera otro acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque haya inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, para el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha, de las contribuciones e impuestos que gravan los bienes inmuebles (art. 12); el otro privilegio protege el cobro de los créditos liquidados, bien hayan de ingresar en el Tesoro o en las Cajas Generales de Depósitos, y la Hacienda Pública tiene derecho de prelación en concurrencia con otros acreedores, exceptuando solamente los que lo sean de dominio, prenda e hipoteca, o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda y sin perjuicio de lo prescrito en el artículo siguiente (art. 11).

2.º La Ley de Régimen Local, texto articulado por Decreto de 16 de diciembre de 1950, establece en sus arts. 638 y 639 en favor de las Corporaciones locales, los mismos privilegios y en los mismos términos que la Ley de Administración del Estado; pero el art. 640 dispone que estas preferencias y prelacións habrán de entenderse sin perjuicio de las que corresponden a la Hacienda Pública del Estado, manteniéndose igualdad de rango entre las Entidades Locales.

3.º La Ley del Timbre de 14 de abril de 1955 otorga al Estado preferencia absoluta sobre todos los demás acreedores para el reintegro del timbre (art. 76).

4.º La Ley del Impuesto de derechos reales, texto refundido de 21 de marzo de 1958, establece que «los bienes y derechos transmitidos que no estén inscritos a favor de tercero en el Registro de la Propiedad, llevan afecta la responsabilidad al pago de los derechos correspondientes a las transmisiones de los mismos, haya sido o no liquidado el impuesto, cualquiera que sea su poseedor (art. 19) (91).

5.º Los créditos liquidados por tasas y exacciones parafiscales tienen derecho de prelación en concurrencia con otros, salvo que éstos procedan de impuestos o contribuciones de la Hacienda Pública o se trate de Derechos Reales a que hace referencia el artículo once de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado» (art. 8.º de la Ley de 26 de diciembre 1958).

B) *Privilegios laborales*.—El art. 59 de la Ley de Contrato de Trabajo concede al trabajador los siguientes privilegios protectores de los créditos por salarios o sueldos devengados:

1.º Privilegio, sobre todos los demás créditos, respecto de los objetos por aquellos elaborados mientras permanezcan en poder del deudor.

2.º Privilegio sobre los inmuebles a que precisamente se incorpore su trabajo; pero si alguno de estos bienes está gravado con hipoteca el privilegio solamente alcanzará al importe de los salarios de las dos últimas semanas y a los sueldos del último mes.

3.º Privilegio respecto de los bienes muebles e inmuebles incorporados a la empresa; si concurren créditos pignoraticios e hipotecarios sobre los mismos bienes habrá que reducir el alcance del privilegio en los términos establecidos en el artículo anterior.

Los privilegios laborales reconocidos por el Código civil y el de Comercio quedan subsistentes y tendrán aplicación respecto de la parte de crédito que no se hubiese satisfecho al amparo de los privilegios de la Ley de Contrato de Trabajo.

La Ley sobre condiciones de trabajo en la Marina mercante, de 19 diciembre 1951, establece en su Base 6.ª que «los buques con sus máquinas, aparejos, pertrechos y fletes estarán afectos a la responsabilidad de los salarios devengados por las dotaciones como créditos preferentes, salvo cuando la tripulación va *a la parte* en que sólo responderá el flete» (92). El privilegio es más amplio que el regulado por el núm. 6.º del art. 580 Cód. com.; subjetivamente, porque protege a la *dotación*, térmi-

(91) Vid. art. 56 del Reglamento del Impuesto aprobado por Decreto de 15 enero 1959.

(92) Ha sido desarrollada por Orden de 23 diciembre 1952.

no más amplio que el de tripulación empleado por el Código; y objetivamente porque se extiende también a los fletes. Puede decirse que este precepto ha sustituido al referido privilegio análogo del Cód. de com.

C) *Privilegio del subarrendatario para reintegrarse del exceso de renta indebidamente percibida por el subarrendador.*—Dispone el art. 13, ap. 2.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, texto articulado de 13 de abril de 1956, que «durante la vigencia del contrato de arrendamiento total o parcial podrá revisarse el precio a instancia del subarrendatario, y si ejercitada la oportuna acción resultare que paga cantidades superiores a las que autoriza esta Ley, podrá optar entre resolver el contrato con abono por el inquilino de lo indebidamente cobrado o por esto último, sin resolución de aquél. En este caso, podrá el subarrendatario obtener el resarcimiento, descontando, al hacer sus pagos periódicos, la mitad de lo que, periódicamente también, hubiese satisfecho de más, sin que hasta obtener el completo abono de tales responsabilidades pueda ser compelido a abandonar la vivienda por vencimiento del contrato».

Se atribuye por este precepto al subarrendatario la facultad de compensar su crédito por excesos rentísticos percibidos por el subarrendador con el crédito de éste por las rentas del subarriendo que vayan venciendo; pero solamente hasta la mitad del exceso periódicamente satisfecho, que podrá ser descontado por el subarrendatario de la renta que periódicamente satisfaga. Por ejemplo: si el subarrendatario ha venido pagando mensualmente la subrenta de 100 pesetas y una sentencia judicial declara que dicha subrenta es legalmente de 80 pesetas, el subarrendatario podrá descontar cada mes 10 pesetas de la subrenta ya reducida que siga abonando, hasta compensar mediante este tracto el total de los excesos indebidamente percibidos por el subarrendador.

Se deduce de aquí que el asiento de este privilegio es muy limitado, pues alcanza solamente a la subrenta sujeta a descuento en el caso de que fuera objeto de otra causa de preferencia, como el embargo, por débitos del subarrendador. El precepto no prohíbe al subarrendatario que se reintegre de una vez de su crédito procediendo judicialmente contra otros bienes del subarrendatario; pero si, en este supuesto, concurren otros acreedores sobre los mismos bienes no actuaría el privilegio expresado (93).

D) *Hipoteca privilegiada del Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional.*—La hipoteca tiene el rango que le atribuye el artículo 1927 del Código civil; pero la Ley de 26 septiembre 1941 ha elevado, con rango absoluto, las hipotecas constituidas por el I. C. R. N. a favor del Estado en garantía de los préstamos concedidos y que conceda, atri-

(93) Vid. FUENTES LOJO, *Suma de Arrendamientos Urbanos*, 1957, pág. 174.



buyéndoles «preferencia y prioridad legal sobre toda otra carga o gravamen —cualquiera que sea su fecha— impuestos sobre los inmuebles en que aquellas estén establecidas o se establezcan». Esta ley crea, mejor que un nuevo privilegio, un rango superior para las hipotecas a que se refiere.

E) *Hipoteca privilegiada de los créditos navales otorgados por el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional.*—Dispone el art. 14 de la Ley de 12 mayo 1956 que estos créditos hipotecarios, inscritos en el Registro Mercantil, «tendrán preferencia sobre todo otro crédito o gravamen que pueda afectar al buque hipotecado y que no figure inscrito en dicho Registro con anterioridad a la hipoteca constituída a favor del Instituto». Esta preferencia, menos rigurosa que la configurada por la Ley de 26 de septiembre de 1941, referida en el número anterior, suscita el mismo comentario: significa una mejora del rango hipotecario más que creación de un nuevo privilegio.

F) El art. 38 de la Ley de Sociedades Anónimas atribuye a los accionistas privilegiados un derecho de preferencia sobre los accionistas ordinarios en la percepción del dividendo, de la cuota de liquidación o de la cuota de reparto por disolución de la sociedad (93 bis).

Claro que el derecho de preferencia, tal como lo estudiamos aquí, referido a un bien insuficiente, sólo conviene al tercero de los supuestos indicados, en caso de insolvencia de la sociedad.

(93 bis) Cfr. URÍA, en los *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, en colaboración con GARRIGUES, I, págs. 387 y sgts., II, pág. 794.

CAPITULO III

LAS CAUSAS DE PREFERENCIA SATISFACTIVA (continuación)

52. Causas dudosas. 53. La separación de patrimonios: A) El beneficio de separación de patrimonios del difunto y del heredero; B) El beneficio de inventario; C) La separación del patrimonio hereditario que es declarado en concurso o quiebra; D) Preferencia de los acreedores de la sociedad respecto de los acreedores de cada socio. 54. La prededucción. 55. Los derechos reales de primer grado. 56. La compensación. 57. Acción directa. 58. La acción revocatoria. 59. La acción de simulación. 60. Las anotaciones. 61. El derecho de retención. 62. El derecho de anticresis.

52. CAUSAS DUDOSAS.—En el capítulo anterior se han expuesto las causas de preferencia satisfactiva que, en nuestro Derecho, encuentran apoyo firme y que no han sido objeto de seria contradicción por la doctrina en lo que concierne a su función causativa del derecho de preferencia. No sucede así con un buen número de institutos jurídicos que, si bien cuentan con argumentos que sustentan su naturaleza de causa de preferencia, no son menos poderosos los que desvirtúan aquellos y sumen en la perplejidad a quien se acerca a esta parcela de la preferencia. Esta incertidumbre procede unas veces de la diversidad de principios orientadores de los Ordenamientos jurídicos, que no permite aplicar a unos, causas de preferencia recogidas por otros, si no es forzando la interpretación de los primeros; en otras ocasiones se advierte que hay instituciones, medios técnicos que funcionan y producen el efecto de una causa de preferencia y entonces las disparidades de opiniones se centran en determi-

nar si se trata de instrumentos que actúan como causas de preferencia o son propiamente tales; hay quienes colocan junto a las causas de preferencia situaciones legales de preferencia, sin identificarlas con aquéllas; no faltan confusiones de concepto entre separación, exclusión y preferencia, que crean la desorientación cuando se trata de calificar estas supuestas causas; por fin, hay instituciones, como la retención, que por estar íntimamente ligadas a algunas causas de preferencia han sido consideradas como tales, no obstante su autonomía institucional con características propias.

En el presente capítulo se van a exponer estas supuestas causas de preferencia, a la vez que trataremos de indagar si en nuestro Derecho tiene cabida alguna de ellas y con qué extensión.

53. LA SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS.—Ha sido considerada como una causa del derecho de preferencia de ciertos acreedores, siendo la más calificada la que se atribuye a los acreedores de la herencia respecto de los del heredero (1). Esta separación produce el efecto de mantener diferenciadas dos masas patrimoniales y que los acreedores con garantía general sobre una de ellas sean satisfechos con los bienes de la misma preferentemente a los otros acreedores. La separación patrimonial se traduce, en definitiva, en una causa de la preferencia de que gozan unos acreedores sobre otros, o, al menos, conduce al mismo resultado.

Pero esta manera simplista de presentar la cuestión no oculta las dificultades que salen al paso cuando se intenta construir este instituto sobre bases seguras y de ello es muestra elocuente la abundante literatura jurídica sobre el beneficio de separación de patrimonios hereditarios, que sólo ha conseguido hacer de esta materia una de las más abstrusas de todo el Derecho (2).

En efecto, hay que preguntarse en primer lugar si la separación producirá una exclusión del concurso y, por lo tanto, aparta el presupuesto fundamental del derecho de preferencia (3), o bien da lugar a un derecho personal, oponible a los terceros, a un privilegio, o a un derecho real de garantía (4). Por otro lado, se niega también que haya tal separación de patrimonios, y lo que realmente se produce es confusión de los mismos aunque haya separación de bienes, sobre los cuales se individualiza la preferencia de los acreedores separatistas (5). En fin de cuentas, de seguir

(1) MESSINEO, *Manuale*, cit. II, 2.^a, pág. 60 y III, 2.^a, pág. 298.

(2) Vid. MARIO DE SIMONE, ob. cit., págs. 1 y sgts.

(3) Así STOLPI, *Diritto Civile*, II, 3.^a, 1932, pág. 6; LÓPEZ JACOINER, loc. cit., pág. 479.

(4) CICU, *Successioni per causa di morte*, I, 1.^o, 1954, pág. 316; De SIMONE, ob. cit., páginas 74 y sgts.

(5) De SIMONE ob. cit., pág. 56.

unos u otros criterios habrá de aceptarse o no la existencia de causa de preferencia en la separación y en último término habrá que determinar si tal causa se identifica con alguna de las conocidas (privilegio, hipoteca, prenda, etc.) o si tiene características propias.

A) *El beneficio de separación de patrimonios del difunto y del heredero.*—La aceptación pura y simple de la herencia produce la confusión del patrimonio del difunto con el del heredero, corriendo con ello los acreedores del difunto el riesgo de no ser pagados, o no serlo íntegramente, si el heredero está cargado de deudas y éstas han de satisfacerse, incluso con los bienes de la herencia, preferentemente a los acreedores de la misma. Para evitar este peligro ya el Derecho romano configuró el beneficio de la *separatio bonorum*, introducido por el Pretor y que aparece regulado en dos lugares de la Compilación justiniana; en el Tít. VI del Lib. XLII, del Digesto y en el Tít. LXXII del Lib. VII del Código (6), sobre el patrón de la separación absoluta de los patrimonios. El Droit coutumier aceptó también este instrumento de protección de los acreedores hereditarios, pero no impidiendo la confusión de patrimonios, sino manteniendo un privilegio en beneficio de dichos acreedores sobre los bienes de la herencia. Esta nueva versión del beneficio de separación es la que ha pasado al Código napoleónico y parece ser que al Código italiano de 1865 y al vigente (7). La doctrina también se ha inclinado hacia la calificación de dicho beneficio separatista como una causa de preferencia, en contra de una antigua orientación favorable al sistema romano de separación absoluta (8), aunque no ha llegado aún a precisar si se trata de una causa propia y autónoma, de un privilegio o de una garantía real (prenda e hipoteca), imprecisiones que nacen de la redacción confusa de los textos legislativos que acogen este beneficio de separación. Los autores franceses estiman que es un privilegio y las dudas que se mantenían acerca de si gozaba o no de derecho de persecución, dudas que se reflejaron también en la jurisprudencia, han sido disipadas por la redacción dada a los arts. 2103, 2111 y 2113 por el Decreto de 4 de enero de 1955, por el cual, al integrar —como dicen PLANIOL y RIPERT y sus continuadores— en la enumeración del art. 2103, que regula los privilegios sobre inmuebles, la separación de patrimonios mediante la adición a dicho artículo del núm. 6.º, la asimila a los otros privilegios especiales inmobilia-

(6) Vid. MIRABELLI, *De diritto dei terzi*, 1880, I, págs. 634 y sgts.; De SIMONE, ob. cit., págs. 13 y sgts.

(7) Código francés, art. 2111, italiano de 1865, arts. 2054 y sgts., italiano vigente, arts. 512 y sgts.

Vid. BRETON, en Rep. DALLOZ, voz, SUCCESSION; CICU, *Successione*, cit., págs. 311 a. 316.

(8) Puede verse esta evolución histórica en De SIMONE, ob. cit., págs. 41 y sgts

rios que confieren sin discusión el derecho de persecución (9). La doctrina italiana anterior al Código vigente interpretaba el derecho de preferencia otorgado por el art. 2055 a los acreedores del heredero y a los legatarios («preferibilmente ai creditori dell'erede»), o como un derecho real de garantía que produce efectos análogos, pero no idénticos, a los de la prenda sobre los muebles y a los de la hipoteca sobre los inmuebles (10), o bien identificaban la separación con el privilegio y la hipoteca, según que afectara a bienes muebles o inmuebles, respectivamente (11); modernamente se coincide en considerar al beneficio de separación como una particular figura de garantía real que no es privilegio, ni prenda, ni hipoteca, aunque algunos admiten que puede actuar con cierta analogía, o sea, que es una causa específica de preferencia comprendida entre las garantías reales (12).

La institución no ha pasado a nuestro Código civil y así lo reconocen DE BUEN y LÓPEZ JACOISTE (13) y la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Febrero de 1909 («...habiendo aceptado la herencia de una manera tácita y sin ampararse del beneficio de inventario, no puede establecerse la separación de patrimonios...»). Son beneficios de otra naturaleza los que nuestras leyes han concedido a los acreedores hereditarios para salvaguardar sus derechos contra la herencia. Uno de ellos lo establece el art. 1082 del Código civil al disponer que «los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos», de modo que si los acreedores legitimados ejercitan este derecho se producirá la continuidad del estado de indivisión de los bienes hereditarios y, con ello, un obstáculo insalvable por los acreedores del heredero que pretendan cobrar sobre los bienes de la herencia adquiridos por aquél, pues solamente «la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados» (art. 1068 Código civil); esta medida, como la retención y todas aquellas que establecen la protección de los acreedores sobre la base de producir estas si-

(9) *Traité*, cit., IV, págs. 644 a 646.

(10) Dusi, Adiciones a la trad. italiana del *Tratado de Sucesiones* de BAUDRIY-LACANTINBRIE y WAUL, III, págs. XXVII-XXVIII; PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., IX, pág. 412; RICHINI, *La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede*, en Arch. Giur. Serafini, T. 41, págs. 150 y sgts.; RUGGIERO, *Instituciones*, cit., II, pág. 1035.

(11) BONFANTE, *Della separazione del patrimonio del defunto da quella dell'erede* en *Scritti*, págs. 578 y sgts.; MIRABELLI, ob. cit., I, pág. 670.

(12) DE SIMONE, ob. cit., pág. 119; CICU, *Successioni cil.*, pág. 317; AZZARITI-MARTÍNEZ, *Successione per causa di morte e donazioni*, 1948, págs. 106-107; MESSINEO, *Manuale*, III, 2.ª, pág. 298.

(13) DE BUEN, en *Colin e Capitant*, V, pág. 312; LÓPEZ JACOISTE, loc. cit., págs. 504 y 535.

tuaciones de detención del tráfico jurídico en casos particulares, no pueden merecer crítica favorable porque no son beneficiosas para el acreedor ni para el deudor, que más bien resultan perjudicados con la prolongación de una situación estacionada en la vigencia de las respectivas relaciones jurídicas, aparte de que también se daña al bien público interesado en la oportuna circulación de la riqueza; por otro lado, el art. 1082 carece de eficacia cuando hay heredero único, ya que entonces no es necesaria la partición para que la confusión de patrimonios se produzca, sin preferencia de acreedores, que la ley no establece (14).

Cuando se hubiere promovido juicio de testamentaría a instancia de uno o más acreedores, se seguirá la tramitación que para aquél establecen los arts. 1054 y sgts. de la Ley Enj. civil; pero, una vez aprobadas definitivamente las particiones, conforme al art. 1092 del Código civil «no se hará la entrega de los bienes a ninguno de los herederos y legatarios sin estar aquellos (los acreedores) completamente pagados o garantidos a su satisfacción». Aquí se llega, pues, a la división del caudal hereditario y lo que se detiene es la entrega material de los bienes concretos a cada heredero, que, naturalmente, continuarán en administración. Es una especie de retención judicial empleada como instrumento de estímulo a los herederos para que satisfagan las deudas de la herencia.

Las legislaciones francesa e italiana otorgan también el beneficio de separación a los legatarios (arts. 2111 y 512, respectivamente), que tampoco se recoge en nuestro Derecho y sólo la Ley Hipotecaria los protege mediante una anotación frente a los acreedores de la herencia. En efecto, dispone el artículo 50 que, «el legatario que obtuviere anotación preventiva, será preferido a los acreedores del heredero que haya aceptado la herencia sin beneficio de inventario y a cualquiera otro que, con posterioridad a dicha anotación, adquiera algún derecho sobre los bienes anotados; pero entendiéndose que esta preferencia es solamente en cuanto al importe de dichos bienes». No hay en este supuesto separación de patrimonios, ni aún de bienes, puesto que claramente se alude a la formación de una masa común y a la realización de sus bienes («preferencia solamente en cuanto al importe»), para terminar concediendo al legatario un derecho de preferencia que tiene por causa la ano-

(14) Los arts. 46 de la Ley Hip. y 146 del Regto. autorizan a ciertos acreedores de la herencia a solicitar la anotación preventiva del derecho hereditario cuando no se haga especial adjudicación a los herederos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos.

La protección —dice FERRANDIS VILELLA— es de escasa importancia; el efecto principal para su crédito será hacer constar en el Registro los bienes que integran la masa hereditaria indivisa, evitando de esta manera ocultaciones que pudieran realizar los coherederos con ánimo de aparentar un estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores de la herencia. (*La comunidad hereditaria*, 1954, pág. 212).

tación cuando opera respecto de los adquirentes posteriores a la misma, y se funda en un privilegio, al modo francés, cuando el legatario concurre con acreedores del heredero que ha aceptado sin beneficio de inventario (15).

El concurso puede presentarse entre acreedores de la herencia y legatarios, que en el sistema separatista del Código italiano se resuelve en beneficio de los primeros, no sólo en el caso de legados de eficacia meramente obligatoria (art. 514, pfo. 3.º), sino también cuando concurren con legatario de cosa específica (art. 513), y que también la doctrina francesa, a falta de precepto legal, soluciona atribuyendo preferencia a los acreedores sobre los legatarios atendiendo a que las deudas, según el derecho común, se pagan antes que los legados (*nemo liberalis, nisi liberatus*) (16). En España no contamos con ningún precepto expreso que establezca derecho de separación u otra causa de preferencia favorable a los acreedores respecto de los legatarios; pero creemos muy razonables las conclusiones a que llega LÓPEZ JACOISTE, según que concurren legados de especie o bien lo sean de eficacia personal; en el primer supuesto la protección del acreedor se encomienda a la necesaria mediación del heredero o albacea en la entrega del legado (art. 885) que «no deberá efectuarse cuando se vea que no hay activo suficiente para pagar las deudas hereditarias» y en el segundo caso los acreedores gozan también de preferencia respecto de los legatarios en razón al principio *antes es pagar que heredar* y en que así se establece expresamente en el caso de aceptación bajo inventario (arts. 1027 y 1029) (17). En un caso hay retención, en el otro privilegio.

B). *El beneficio de inventario*.—Cuando la herencia es aceptada bajo esta modalidad se produce, en vista de manifestación del heredero ante funcionario competente, la separación de los patrimonios relicto y del heredero, de modo que éste no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma (art. 1023, núm. 1.º). Concebida la institución con ánimo de proteger al heredero, la regla general será que la aceptación bajo inventario acaecerá

(15) Vid. LÓPEZ JACOISTE, loc. cit., págs. 520 a 523.

(16) Vid. BRUDANT, ob. cit., V, vid. pág. 494; PLANIOL-RIPERT, cit., IV, pág. 656.

(17) LÓPEZ JACOISTE, loc. cit., págs. 525 y sgts. VALLET aduce también el art. 643 del Código civil, del que —dice— se desprende claramente la preferencia de los acreedores del donante sobre el donatario en caso de darse el supuesto de que en el momento de la donación no le restasen al donante bienes suficientes para pagar las deudas, regla que por identidad de *ratio* debe aplicarse *mutatis mutandis*, por analogía, al supuesto de que los bienes legados fuesen insuficientes el día de la donación para pagar las deudas del *de cuius*. (*Apuntes de Derecho sucesorio. - Posición y derechos de los legitimarios en el Código civil*, en An. Der. Civ., 1952, pág. 909, nota 550).

cuando la herencia sea perjudicial para el heredero por el número y cuantía de gravámenes que pesen sobre ella y, entonces, de poco o nada sirve examinar la institución desde el punto de vista de la protección preferencial de los acreedores hereditarios. Sin embargo, el error del heredero acerca de la *hereditas damnosa* o el escrúpulo de aquél en la defensa de sus bienes propios puede favorecer los intereses de los acreedores asegurándoles un patrimonio separado que *excluya* el concurso de los acreedores del heredero. Obvio es decir, por tanto, que tal exclusión elimina todo derecho o causa de preferencia, pues es tan nítida la separación de patrimonios en la aceptación inventariada de la herencia que no caben aquí construcciones doctrinales acerca de si habrá tal exclusión o un derecho de preferencia (18).

Ahora bien, los acreedores, cuando concurren sobre el caudal relicto separado, seguirán sujetos al rango que les corresponda por razón de las causas de preferencia que les proteja, las cuales no sufren perjuicio alguno a consecuencia de la separación; por esta razón, el art. 1028 del Código manda que, constandingo que algún crédito sea preferente, no se haga pago sin previa caución al acreedor de mejor derecho; entendemos que incluso el inciso primero del segundo párrafo de dicho artículo hay que interpretarlo en el sentido de que, si bien no constandingo dicha preferencia serán pagados los acreedores que primero se presenten aun sin prestar caución, si luego se demostrara la cualidad preferente de alguno de los créditos propuestos estos acreedores podrían hacer valer su derecho de preferencia contra los acreedores pagados, pues el criterio de prioridad en la presentación de aquéllos no tiene carácter definitivo y debe ceder ante el principio general de que los créditos se ordenan con arreglo a sus respectivas causas de preferencia (19). En cuanto a los legatarios, son propuestos expresamente por el Código a los acreedores (art. 1027).

C) *La separación del patrimonio hereditario que es declarado en concurso o en quiebra.*—Desde el momento en que el art. 1053 de la Ley de Enjuiciamiento civil prevé que las testamentarias podrán ser declaradas en concurso de acreedores o en quiebra, viene, por fuerza de estos procedimientos, a señalarse una vía para la separación del patrimonio de la herencia del que corresponde particularmente a los herederos, puesto que el patrimonio hereditario va a constituir la masa activa, al margen de los

(18) Otra cosa sucede en el Derecho italiano, en donde los acreedores de la herencia han de pedir la separación de bienes, aún en la aceptada a beneficio de inventario, si quieren conservar la preferencia que les concede el art. 490, 3.º del Cód. civil. Vociño vé aquí una causa de preferencia más a favor de los acreedores de la herencia y de los legatarios respecto de los acreedores del heredero (ob. cit., págs. 380 a 383).

(19) Vid. la exposición de GITRAMA en su obra *La administración de la herencia en el Derecho español*, 1950, págs. 260 a 265.

patrimonios de los herederos, y los acreedores de la herencia la masa pasiva con independencia de los acreedores de los herederos (20), separación que no puede identificarse con una causa de preferencia, sino que ha de considerarse como medida integrante esencialmente de una modalidad del proceso.

Problemas interesantes se plantean a este respecto, que nos limitamos a esbozar. Uno de ellos es si puede establecerse la separación concursal cuando se han confundido los patrimonios por aceptación pura y simple de la herencia; mientras nuestra doctrina lo niega (21), en la francesa opina PERCEROU que no le parece dudoso que, aun en caso de aceptación pura y simple, la quiebra póstuma deba restringirse al patrimonio sucesorio (22), y los autores italianos hacen diversas distinciones, la más importante que el estado de insolvencia fuese anterior al fallecimiento o con motivo de éste, o bien que fuera posterior, y también que el heredero fuera o no comerciante (23). Otra cuestión es la relativa al supuesto de pluralidad de herederos cuando solamente alguno de ellos ha pedido la declaración de quiebra de la herencia, y que se resuelve, de acuerdo con el principio de indivisión de la liquidación sucesoria, en el sentido de que el concurso ha de pronunciarse sobre toda la masa hereditaria y no cabe que abarque solamente una parte de ella (24).

D) *Preferencia de los acreedores de la sociedad respecto de los acreedores de cada socio.*—Esta preferencia, concedida por el art. 1699 del Código civil, nace de la existencia del patrimonio separado perteneciente a la sociedad como persona jurídica (25). Mas, precisamente, esta separación de patrimonios elimina todo concurso entre acreedores sociales y de los socios y con ello cualquier derecho de preferencia que aquí se pretendiera apreciar (26).

54. LA PREDEDUCCIÓN.—Es la satisfacción anticipada y fuera de

(20) La doctrina acepta que la quiebra viene a constituir un instrumento de la separación de patrimonios. PERCEROU, ob. cit., I, pág. 304. PROVINCIALI, *Manuale*, I, pág. 226; FUNAIOLI, *Diritto e processo nella separazione dei beni ereditari*, Riv. Tri. Dir. e Proc. Civile, año 1949, pág. 67.

(21) GARRIGUES, ob. cit., II, pág. 608; LÓPEZ JACOISTE, loc. cit., págs. 532-533.

(22) PERCEROU, ob. cit., I, pág. 302.

(23) PROVINCIALI, ob. cit., págs. 277-278; NAVARRINI, ob. cit., págs. 50 a 52.

(24) PERCEROU, ob. cit., I, págs. 304 a 307 y 332 y sgts.

(25) BATLLE, Continuación del MUCIUS SCABVOLA, T. XXV, 2.ª, pág. 147; CICU, *Le obbligazione*, cit., pág. 22.

(26) Un sector doctrinal aplica esta norma al concurso entre acreedores de la comunidad y acreedores particulares de los comuneros. Cf. BRANCA, *Comunione*, en Comentarios al Código italiano, dirigidos por Scialoja e Branca, pág. 265).

concurso de ciertos créditos; con este fin su importe es detraído de la masa concursal antes de proceder a su distribución.

La doctrina es vacilante en torno a la naturaleza jurídica de este instituto. Tradicionalmente se le viene considerando como distinto del privilegio (27) fundándose en que deben distinguirse los gastos de la masa de los créditos de la quiebra, tal como legislativamente establece el pfo. 58 de la Konkursordnung alemana. Pero hoy se tiende a considerar la prededucción como un verdadero y propio privilegio, porque hay un crédito que grava el patrimonio del deudor, y es un privilegio general en cuanto se refiere a todo el complejo de bienes que forma parte de la masa activa de la quiebra (28), o bien se trata (gastos y pasivo) de otras tantas líneas de crédito paralelas que constituyen cada una categorías propias por sí, sin que se satisfaga una en perjuicio de la otra, sino que primero se pagan los gastos y luego a los concurrentes (29).

GARRIGUES atribuye a las *deudas de la masa* la característica de no satisfacerse como las restantes deudas del quebrado, es decir, dentro de la quiebra, sino fuera de ella. Por esta razón se habla también de acreedores en la masa y acreedores de la masa, añadiendo que se caracterizan por notas negativas: no se insinúan en la quiebra, no se someten a reconocimiento ni graduación, ni dan derecho a participar en las juntas de acreedores, no están sometidos a la ley del dividendo sino que se satisfacen íntegramente mientras existan bienes en la quiebra y siguiendo el procedimiento ordinario. Bajo este punto de vista admite dicho tratadista la prededucción de los gastos de justicia y administración y las obligaciones nacidas de negocios jurídicos realizados por los Síndicos, citando en su apoyo los arts. 1924 n.º 2 del Código civil, 913 n.º 3 del Cód. de com. y 1354 y 1357 de la Ley Enj. civ. (30).

A nuestro entender, no puede atribuirse a la prededucción la naturaleza de una causa de preferencia, porque la detracción anticipada de los créditos favorecidos con ella excluye los efectos del concurso. Además, no creemos que en nuestro Derecho pueda construirse la prededucción concursal tal como ha hecho la doctrina italiana, pues falta base legal para ello. En efecto, los artículos citados por GARRIGUES para fundamentar la prededucción de los gastos de justicia y administración, lo único

(27) BONELLI, *Del fallimento*, 1923, pág. 310; GORLA, *ob. cit.*, pág. 291; CHIRONI, *ob. cit.*, I, pág. 353.

(28) ANDRIOLI, *Comentarios*, *cit.*, pág. 127; DE MARTINI, *Concorso del credito del commissario de amministrazione controllata nel passivo del successivo fallimento*, *Rev. Trim. Dir. e Proc. Civ.* año 1949, pág. 371.

(29) PROVINCIALI, *ob. cit.*, II, pág. 818, nota 5.

(30) GARRIGUES, *ob. cit.*, II, págs. 474-475.

que establecen es un privilegio sobre «los demás bienes muebles e inmuebles del deudor» con el rango legal correspondiente, que no es, por cierto, absolutamente preferente. En cuanto a los créditos contraídos por los Depositarios o Síndicos mediante actos de ordinaria o extraordinaria administración es evidente que pueden ser satisfechos anticipadamente pues a aquellos compete «pagar los gastos del concurso que sean indispensables para la defensa de sus derechos y para la conservación y beneficio de sus bienes» (art. 1218, regla 1.^a Ley Enj. civil) (31); pero estos pagos anticipados no satisfacen créditos concursales, sino créditos contraídos en beneficio de éstos, incorporados a los mismos para su conservación y de ahí que no haya prededucción, que, por otra parte, requiere que todo esté dispuesto para proceder a la distribución del activo. Si los créditos no hubieren sido satisfechos a su tiempo no concurrirían luego con los acreedores en la masa, sino que, al margen de la quiebra, habrían de proceder contra los Síndicos, sin perjuicio de que éstos coocurrieran con los acreedores citados en el grado que les corresponda y que las sents. de 11 de mayo de 1868, 31 marzo 1886 y 6 octubre 1893 gradúan como acreedores por gastos de justicia (32).

55. LOS DERECHOS REALES DE PRIMER GRADO.—Venimos sosteniendo que el derecho de preferencia no tiene por causa solamente derechos personales. Hemos examinado causas, como la hipoteca, la prenda y el privilegio que se consideran de ordinario como derechos reales, aunque se les denomine de segundo grado por la ausencia de contacto directo del titular con la cosa. Mas también hay derechos reales de primer grado que sustentan el derecho de preferencia, y sabido es que este último fué estimado por la doctrina tradicional como consustancial con el derecho real, típico del mismo (33).

No hay problema en la concurrencia de derechos reales entre sí, que se ordenan según el rango que les corresponda. Pero si concurren sobre una misma cosa titulares de derechos reales y de crédito, aun siendo heterogéneos, la situación que se crea no es tan clara y hemos de determinar si se establece entre los acreedores de una y otra clase relaciones jurídicas de preferencia o hay una situación excluyente del derecho de crédito por el real. En otros términos, ¿son los derechos reales causas legí-

(31) Los arts. 1017 a 1029 de la Ley Enj. civ., sobre administración del abintestato, aplicables al concurso por remisión del art. 1229, prevén los gastos por reparaciones y cultivos extraordinarios, de pleitos, contribuciones y demás atenciones ordinarias.

(32) Los gastos de administración, que no pueden considerarse como de conservación, deben deducirse previamente, antes de ventilar el derecho de los acreedores (Sent. 10 abril 1897).

(33) Cfr. RIGAUD, *El derecho real*, trad. esp., pág. 8.

timas de prelación satisfactiva, como dispone el art. 1557 del Código civil brasileño?. ¿o serán, por el contrario, frente a los derechos de crédito, causa de separación de bienes excluyentes del concurso, como para el dominio establece la Ordenanza concursal alemana en sus párrafos 43 y 44? (34).

En principio, la moderna construcción del derecho de preferencia como derecho autónomo, independiente del derecho real, con abandono de la antigua teoría de la consubstancialidad (35), permitiría la concurrencia de derechos reales y personales con subordinación de éstos, como reconoce MESSINEO (36). Pero, por otro lado, la diversa finalidad del derecho de preferencia en el derecho real, que es adquirir la cosa, y en el derecho personal, que es realizar la cosa para percibir de su valor el importe del crédito, establece una disparidad en la distribución de la masa difícilmente compatible con la graduación de las causas de preferencia satisfactiva conjuntamente con las de preferencia adquisitiva. CANDIAN (37) pretende salvar la incongruencia distinguiendo en los derechos reales el poder de separación de un bien en cuanto quedaría sujeto al poder de su titular y de separación respecto a las sumas obtenidas por la venta de bienes; pero no creemos que esta distinción permita construir el derecho real como causa de preferencia satisfactiva, ni en el primer supuesto (separatistas de restitución), ni en el segundo (separatistas por «prelevamiento» o «prelievo», según la doctrina italiana). Véamoslo:

a) *Separación de restitución*.—Los titulares están protegidos por la llamada reivindicación especial que se traduce en poner los respectivos bienes a disposición de aquellos (arts. 908 y 909 Cód. de com.) (38); hay, por tanto, una segregación de tales bienes de la masa concursal y, por ello, los titulares de derechos reales sobre tales bienes quedan al margen del concurso satisfactivo, no hay causa preferencial de esta clase. Pudiera inducir a pensar otra cosa la circunstancia de que se hayan venido llamando tradicionalmente a estos separatistas *acreedores de dominio*, como dando a entender que tan acreedores son los que concurren por derecho real como por derecho de crédito; mas esta expresión, conservada por nuestros antiguos textos, e incluso por el art. 1114 del Cód. de com. de

(34) También los códigos americanos de Uruguay (art. 2373), Colombia (art. 2489), Ecuador (art. 2485) y Bolivia (art. 1502).

(35) «Derecho de persecución y derecho de preferencia se han independizado del derecho real, y no constituyen hoy más que medios técnicos propios para asegurar una protección más fuerte de un derecho cualquiera». (DE PAGE, ob. cit., I, pág. 177).

(36) MESSINEO, *Manuale*, I, pág. 180.

(37) CANDIAN, *Liquidazione fallimentare dei privilegi e pretesi limiti della prededuzione*, en Riv. Dir. Com., XXXI, 1.ª, pág. 691.

(38) GARRIGUES, ob. cit., II, pág. 461.

1829, deriva del concepto amplio, pero ya desusado, que del acreedor empleó la ley 10, Tít. XXXIII, Part. VII, siguiendo las fuentes romanas: «Creditor, en latín, es llamado a aquel que ha de rescebir debdo, o otra cosa, por alguna otra derecha razón» (39). Por otro lado, pudiera argüirse que, como quiera que el procedimiento a seguir para la separación es, o el juicio de graduación o la tercería de dominio (art. 908 Cód. de com.), en uno y en otro intervienen los acreedores discutiendo su derecho al separatista, dando a entender la existencia de relación de preferencia entre ellos. Esto no es exacto porque acreedores y separatistas actúan en plano diverso; la Junta de graduación viene a ser, más que un proceso, una reunión transaccional en que los acreedores aceptan la separación, o un acto de conciliación, pues, de no lograrse la avenencia, se deriva hacia el juicio de tercería, en el que, por otro lado, no son parte los acreedores sino la Sindicatura y hasta el quebrado (40).

b) *Separatistas por «prelevamento»*, que los define STOLFI como aquellos que «teniendo un derecho dominical o un derecho real sobre una cosa objeto de ejecución, pueden pedir que sea separada en su ventaja la parte del precio obtenido por la venta forzosa, correspondiente al valor de su propiedad o del derecho real» (41). Tampoco aquí puede haber concurso; «en este caso —dice insuperablemente GAETANO— el derecho real del tercero se transforma en un derecho de «prelevazione» sobre el precio obtenido por la venta, dentro de los límites del valor correspondiente. Ahora bien, este derecho no representa el ejercicio de una prelación crediticia, sino que es el mismo derecho real transformado en valor; y como el derecho real excluía todo otro derecho en los límites de su contenido particular, así debe entenderse sustraído a los acreedores de aquel en cuyo daño ha tenido lugar la ejecución la parte del precio correspondiente al contenido del derecho mismo, la cual debe entenderse separada idealmente a favor del titular de aquel derecho real aun antes de la apertura del procedimiento de concurso» (42).

56. LA COMPENSACIÓN.—También aquí hemos de preguntarnos si la compensación legal actúa como causa de exclusión del concurso o de preferencia dentro de él cuando el titular de un crédito sujeto a compensa-

(39) «Hereditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes quibus ex qualibet causa debetur» (Dig. I, XVI, 11).

(40) OMAR, *El procedimiento reivindicatorio en las quiebras*, Rev. Der. Priv., 1945, págs. 87 y sgts. VACAS, *Consideraciones sobre el juicio universal de quiebra*, Rev. Der. Procesal, 1955, pág. 553.

(41) STOLFI, ob. cit., II, 3.ª, pág. 22.

(42) GAETANO, *I privilegi, cit.*, pág. 36.

ción coincidiera igualmente con otros acreedores. ROUAST afirma sin rodeos que hay un derecho de preferencia en este caso y también lo asegura DE PAGE desde el momento —dice— en que la compensación hace escapar a un crédito de la ley del concurso y le dota de un privilegio sin texto respecto de otros acreedores del deudor (43). Pero la solución no debe arriesgarse en un sentido unitario sino que ella dependerá de la naturaleza jurídica que se asigne a la compensación. En nuestro Derecho es un modo de extinción de las obligaciones, un pago abreviado se la ha llamado, y, por lo tanto, el acreedor que compensa cobra desde el momento en que concurren los dos créditos, el del deudor y el del acreedor, es decir, antes de que se dé estado de derecho al concurso de acreedores; así, pues, lo que hay es pago fuera de concurso, extinción anterior de la obligación, sin que haya llegado a entrar en concurso el crédito compensable con los demás. En el Derecho alemán, por el contrario, la compensación se construye como un derecho de garantía, como facultad voluntaria del deudor de retener su propia deuda en garantía del crédito, lo que ha permitido a la Ley de Quiebras la admisión amplia de la compensación, con preferencia a otros acreedores (párrs. 53 y 54) (44).

La actuación de la compensación en la quiebra demuestra también que en ella hay pago anticipado en relación con los otros acreedores y no causa de preferencia. La doctrina tradicional en nuestra Patria, que sigue en este punto a la francesa y a la italiana, ha venido admitiendo que en la quiebra puede operar la compensación respecto de créditos vencidos antes de la fecha de retroacción, siempre que antes de la misma se hubieran cumplido los requisitos exigidos por la ley y, por el contrario, no acepta que pueda actuar respecto de los créditos vencidos en virtud de la declaración de quiebra, sino que tales créditos, de no gozar de una causa de preferencia, se someten a la división igualitaria (45).

(43) ROUAST, *Du droit de préférence résultant des rapports des dettes*, Rev. Tri Droit Civil, año 1911, pág. 695; DE PAGE, ob. cit., III, pág. 591.

(44) Vid. URÍA, *Reaseguros, quiebra y compensación*, Rev. Der. Mercantil, año 1950, X, págs. 393-394; SACERDOTI, *La compensazione legale nel fallimento*, Riv. Dir. Comm., año 1905, 2.ª, pág. 223.

(45) GARRIGUES, ob. cit., II, pág. 442; POLO, *Comentario a la sent. de 10 de Diciembre 1941*, en Rev. Der. Priv., año 1942, pág. 677; OLIVENCIA, *La compensación en la quiebra*, An. Der. Civ., 1958, págs. 805 y sgts.

Para la doctrina italiana antigua, vid. NAVARRINI, ob. cit., pág. 139 y sobre el art. 56 de la nueva Ley italiana sobre quiebra, GIULIANO, *La compensazione*, 1955, págs. 153 y sgts. En Derecho francés, vid. PERCEBOU, ob. cit., I, págs. 850 a 852 y sobre la posibilidad de compensación de deudas conexas, VASSEUR, ob. cit., págs. 238 y sgts.

Nuestra jurisprudencia se muestra contraria a la compensación en la quiebra: sent. 27 diciembre 1888, 1 marzo 1932 y 10 diciembre 1941. (Las cita OLIVENCIA en el trabajo referido, págs. 908 a 810).

Lo mismo puede sostenerse en relación con el concurso de acreedores. Como dice DE BUEN, la compensación es un modo de hacer efectivo el pago, y fuera de los privilegios especialmente establecidos ningún acreedor tiene derecho a hacer efectivo su crédito con preferencia a los demás (46).

57. ACCIÓN DIRECTA.—Otro tipo de situación legal favorable al cobro preferente es la acción directa que, en algunos casos, se concede por la ley al acreedor contra el deudor de su deudor, haciéndose pago sin que la suma en que éste consiste pase a través del patrimonio del deudor inmediato. Casos evidentes de acción directa en nuestro Código civil son la del mandante contra el sustituto (art. 1722), la del arrendador contra el subarrendatario (art. 1552), la de los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista contra el dueño de la obra, hasta la cantidad que éste adeude a aquél (art. 1597) y la de los acreedores del enfiteuta para redimir el censo (art. 1650).

Sobre su naturaleza, afirma DE PAGE, de acuerdo con su tesis de que el privilegio es un instrumento que permite eludir la ley del concurso, que la acción directa debe ser asimilada, al menos en sus efectos, a un privilegio sin texto; y PLANIOL-RIPERT-BOULANGER sostienen que hay un derecho de preferencia que conduce al mismo resultado que si se concediese a un acreedor un privilegio sobre el crédito de su deudor (47).

En cambio, la doctrina italiana opina que hay una exclusión previa de las sumas debidas, que son sustraídas a la acción de los otros acreedores (48).

Esta última postura es la acertada. Que la acción directa conduzca al mismo resultado que un privilegio no autoriza a identificarlos. El privilegio tiene un carácter sustancial de directa garantía sobre las cosas, es un derecho real, mientras la acción directa no pasa de ser una acción personal del acreedor contra el subdeudor, al margen de concurso con otros acreedores del deudor, cuya masa o prenda común no es afectada directamente por esta acción.

58. LA ACCIÓN REVOCATORIA.—Su efecto principal es reintegrar a la masa del deudor las cosas que fraudulentamente salieron de ella; y, como según una autorizada opinión, se atribuye a los acreedores que ejercitan tal acción la facultad de hacerse cobro sobre tales cosas en perjuicio

(46) De BUEN, Adiciones a COLIN, cit., III, pág. 137.

(47) De PAGE, ob. cit., II, pág. 659 y VI, pág. 731; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité 'élémt.*, cit., II, pág. 991.

(48) GAETANO, *I privilegi*, cit., págs. 39-40.

de los que no la ejercitaren, también es apuntada la existencia aquí de un privilegio de aquellos acreedores (49). Creemos que, en todo caso, los bienes reintegrados se mantienen en estado de separación respecto del patrimonio del deudor, excluyéndose el concurso con otros acreedores pues tales bienes quedan afectos a la satisfacción de los que ejercitaron la revocatoria (50).

59. LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN.—Cuando se han enajenado simuladamente bienes que constituyen la garantía patrimonial de los acreedores, éstos están interesados en que se declare la nulidad de la transmisión con el fin de mantener aquella garantía. Pero puede ocurrir que el adquirente de aquellos bienes sea deudor de otros acreedores diferentes de los del transmitente y, en tal caso, serán éstos los interesados en que no se declare la simulación con el propósito de mantener acrecentado el patrimonio de su deudor, que es la cobertura de sus créditos. Aparece claro en este supuesto que no hay concurso entre unos y otros acreedores, sino a lo más, colisión de intereses entre ellos, ya que si se declara la simulación quedan excluidos, sin posibilidad de concurrencia, los acreedores del adquirente, y si no se declara la simulación los excluidos serán los acreedores del transmitente (51). El moderno Código civil italiano ha previsto esta situación disponiendo que «los acreedores del simulador enajenante pueden hacer valer la simulación que perjudica sus derechos y, en el conflicto con los acreedores quirografarios del simulador adquirente, son preferidos a éstos si su crédito es anterior al acto simulado» (art. 1426).

60. LAS ANOTACIONES.—Domina en la doctrina germánica la idea de que la anotación es causa de preferencia del derecho anotado. «Puede conseguirse —dice VON TUHR— un derecho de prelación frente a los demás acreedores, aunque sean más antiguos, que tengan una pretensión respecto del mismo objeto, mediante la prenotación, que no fundamenta un derecho real, pero proporciona al crédito una fuerza cuasi real» (52), ENDEMANN califica a las anotaciones de expectativas jurídicas reales (*dinglichen Wartrechte*), HEDEMANN de «ius ad rem» y THEO GHUL habla de

(49) GIORGI, ob. cit., II, pág. 397; De CASTRO, *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial*. Estudio de los arts. 1911 y 1111 del Código civil, *Rev. Der. Priv.*, 1932, pág. 226.

(50) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, *Traité*, cit., VII, pág. 296.

(51) Cfr. FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. esp., pág. 370; COVELLO, *Dottrina*, cit., pág. 418.

(52) VON TUHR, ob. cit., III, 2.ª, pág. 276.

derechos personales con efectos más fuertes (53); la consecuencia de esta doctrina es que, en concurrencia con derechos reales posteriores, tienen los derechos personales anotados rango privilegiado y lo mismo con relación a los embargos y quiebras posteriores (54).

En nuestra Patria, la anotación como «ius ad rem» cuenta con algunos defensores. Uno de ellos es ATARD para quien «la anotación en sí misma consagra unas veces y crea otras un verdadero «ius ad rem» que ascenderá a la categoría de «ius in rem», o se cancelará, según que triunfe o no el derecho que defiende» y, más limitadamente, reserva LACRUZ BERDEJO esta calificación a las que llama anotaciones de derechos en litigio o en formación, equivalentes al asiento de contradicción y a la prenotación germánicos (55).

Por nuestra parte, opinamos que no debe fundarse con carácter general en el «ius ad rem» la preferencia que la anotación atribuye a los derechos protegidos por ella, pues ello equivaldría a hacerla descansar sobre una base teórica y especulativa en vista de que no se han llegado aun a conclusiones definitivas sobre la existencia y naturaleza del «ius ad rem». Por lo que se refiere a las anotaciones de garantía (embargo, secuestro, prohibición de enajenar, créditos refaccionarios), únicas que interesan a este capítulo sobre preferencia satisfactiva, sí que puede asegurarse que no transfieren al respectivo derecho una vocación a derecho real alguno, pues a lo más que podía aspirarse con el embargo, por ejemplo, mediante el apartamiento de los bienes gravados, es a asegurar en virtud de la concreción judicial de tales bienes la satisfacción de los acreedores embargantes y ello se consigue tanto se anote o no el embargo. Lo que no puede negarse cuando el acreedor provisto de alguna de estas anotaciones concurre con otros quirografarios es que la ley exige la anotación para que el derecho de preferencia tenga existencia con un rango determinado (art. 1923, núms. 3 y 4 Cód. civ.); por esto, cualquiera que sea su fundamento, hay que admitir que las anotaciones de garantía constituyen causas de preferencia (56).

(53) ENDEMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 1905, II, 1.º, pág. 402; HEDEMANN, ob. cit., pág. 106; THEO GRUL, *Persönlicher Rechte mit verstärkter Wirkung*, en «*Berner Festgabe für das Bundesgericht*», Berna, 1924, citado por SERRANO, *El Registro de la Propiedad en el Código civil suizo*, 1934 pág. 74.

(54) IGNACIO SERRANO, ob. cit., pág. 74.

(55) ATARD, *Algunas de las construcciones jurídicas que exige el desenvolvimiento técnico de nuestro sistema hipotecario y su mayor eficacia práctica*, Rev. Der. Priv., XI, pág. 281; LACRUZ, ob. cit., págs. 309 y 311. También COSSÍO, ob. cit., págs. 262, con reservas sobre sus consecuencias prácticas.

(56) Vid. lo que decíamos más arriba sobre esta cuestión, núm. 36, nota 1 y núm. 41.

61. EL DERECHO DE RETENCIÓN.—En la «*vexata quaestio*» sobre la naturaleza de este derecho, no falta quien lo identifique con un privilegio y, bajo este punto de vista, el derecho de retención constituiría una de las causas de preferencia admitidas por el Derecho; concretamente DE PAGE, que lo incluye entre los privilegios sin texto (57). Otra orientación más prudente acerca la retención al privilegio, sin identificarla con éste; así, PLANIOL-RIPERT-BOULANGER dicen que se crea al retenedor una *situación legal privilegiada*, que no se puede hablar de privilegio, pero el retentor se encuentra indirectamente privilegiado; GINO MAGGI admite que el retentor ocupa una *posición de preferencia*, pero no un privilegio sobre el valor de la cosa; y BEUDANT considera este derecho como una *causa indirecta de preferencia* (58).

En general, se niega que el derecho de retención sea privilegio, porque éste excluye toda idea de posesión, que es consustancial con la retención, y porque si la cosa retenida se enajena el retenedor queda reducido en la concurrencia con otros acreedores, a la condición de acreedor quirografario (59). Pero sí se reconoce que la retención pueda constituir un elemento de ciertos privilegios, como el del porteador, o, en términos más generales, un atributo del derecho real (60).

También se muestran contrarios los autores a estimar que el derecho de retención sea una propia causa de preferencia. GAETANO METE establece las siguientes razones: la retención no asegura al acreedor más que el mantenimiento de la posesión de la cosa en el sentido de que ni el propietario-deudor puede obrar contra el poseedor para recuperarla ni los otros acreedores pueden ejecutarla; el acreedor, a su vez, mantiene la posesión mientras que el deudor no cumpla, pero no le es consentida la inversión de la posesión (art. 1164 Código civil), ni puede satisfacerse sobre la cosa con preferencia a los otros acreedores, como, por el contrario, pueden hacer el pignoraticio o el hipotecario, porque en caso de ejecución forzosa sobre la misma cosa concurriría por cuota en condiciones iguales a todos los acreedores; la prelación obra directamente sobre la realización del crédito cuando éste se encuentra en su fase de realización coacti-

(57) DE PAGE, ob. cit., VI, pág. 748.

(58) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, ob. cit., II, pág. 988. GINO MAGGI, *Ritenzione e rivendicazione fallimentare nei contratti dei compravendita a consegna rateali successive*, Riv. Dir. Comm., IV, 1.ª, pág. 73; BEUDANT, ob. cit., XIII, pág. 297.

(59) BELTRÁN DE HEREDIA (Pablo), *El derecho de retención en el Código civil español*, 1955, págs. 66-67; JOSSEBRAND, ob. cit., II, 2.ª, pág. 403; DERRIDA, voz RETENTION, en Repertoire DALLAZ.

(60) VIÑAS MEY, *El derecho de retención*, Rev. Der. Priv., 1922, pág. 114; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, ob. cit., II, pág. 985.

va, mientras la retención obra indirectamente en el sentido de que constituye un estímulo al cumplimiento (61).

Ciertamente, limitado el derecho de retención a constreñir al deudor para que pague, está ausente toda causa de preferencia sobre la cosa retenida o sobre el resto del patrimonio del deudor; la prueba es que, si el deudor es declarado en quiebra, el crédito del que ya era retentor en la fecha a que se retrotraen los efectos de la quiebra no goza de preferencia en la masa concursal por causa de la retención y, en relación con la cosa retenida, el retentor podrá seguir en posesión de la misma mientras no se le pague, pero no podrá hacer nada más, especialmente no podrá liquidar la cosa retenida para pagarse, con preferencia, sobre el precio (62). Se crea así una situación embarazosa para el retentor, que no cobra, para los Síndicos, que no se atreven a pagarle ante el evento de que la cosa retenida y devuelta no se venda luego por el valor entregado y para los acreedores que pueden ver sin realizar su crédito. El Derecho alemán ha resuelto esta situación considerando la retención como causa de preferencia sobre la cosa retenida y a favor del retentor; el par. 371 del Código de Comercio dispone que «en virtud de su derecho de retención el acreedor está autorizado para satisfacerse sobre el objeto retenido. Si un tercero tiene sobre el objeto un derecho contra el cual el derecho de retención puede ser ejecutado conforme al par. 369, ap. 2.º, el acreedor tiene un privilegio para satisfacerse sobre el objeto»; y en la quiebra tiene derecho a pago separado sobre los objetos retenidos (§ 49, núm. 4 de la KO).

En el Derecho español ¿es el derecho de retención causa de preferencia, prenda o privilegio? No puede ser un privilegio porque no figura como tal en ningún texto legislativo; a lo más que llega nuestro Derecho positivo es a exigir la retención como elemento de algunos privilegios, como el del hotelero o el del porteador (art. 1922 Cód. civ.) (63). La expresión *retener en prenda* que nuestro Código civil emplea para designar el derecho de retención que otorga en los arts. 1600, 1730 y 1780 al ejecutor de la obra, al mandatario y al depositario, respectivamente, hace

(61) GAETANO METE, VOZ PRELAZIONE, cit. en el Diz. Prat. Dir. Priv.; en el mismo sentido HAMEL, *Les nouveaux privilèges du Trésor et le rang du Trésor par rapport aux créanciers gagistes*, Rev. Tri. Droit Civil, 1936, pág. 379, in fine; PACHICI-MAZZONI, ob. cit., I, págs. 35 y sgts.; MARRACINO, *Il rimborso dei miglioramenti et il diritto di ritenzione a favore del conduttore*, Riv. Dir. Comm., 2.º, pág. 487.

(62) PERCEBOU, ob. cit., II, pág. 187; BIGIAMI, *Ritenzione e pegno nel fallimento*, Riv. Tri. Dir. e Proc. Civ., año 1954, pág. 201; BONET, Comentario a la sent. 24 junio 1941, Rev. Der. Priv., año 1941, pág. 418.

(63) GULLON BALLESTEROS, loc. cit., págs. 455 y 457; BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 85. La sentencia de 24 junio 1941 niega que el derecho de retención constituya privilegio.

que MUCIUS SCAEVOLA se pregunte si el Código ha querido establecer una prenda a la tácita con todas las derivaciones de este instituto de garantía. La respuesta de este comentarista es negativa, fundándose en que la prenda es, por naturaleza, convencional y expresa, respondiendo del crédito mediante la venta de la cosa pignorada; caracteres que no concurren en el derecho de retención (64). Igual piensa BELTRÁN DE HEREDIA, que añade otros argumentos, entre ellos que el art. 1866, en su pfo. 2.º, concede al acreedor pignoraticio el derecho de retención, luego se ha de tratar necesariamente de figuras distintas, pues, de lo contrario, no se concebiría que, siendo idénticos, se concediera como una facultad lo que es derecho mismo (65). Aparte de estas razones, creemos que la expresión del Código *retener en prenda* no tiene más alcance que el que se asignaba en las Partidas a la frase «como en razón de prenda» (Ley 10, Tít. II, Part. V) («veluti quodam pignoris iure»), que fué tenida siempre como giro expresivo del derecho de retención y pasó al Proyecto de 1851 y luego al Código civil (66).

Por último, puede afirmarse que tampoco el derecho de retención es causa de preferencia, pues no lleva consigo el *ius praelationis*, ni sobre el patrimonio del deudor, ni sobre la cosa revendida, que mientras esté en tal situación no puede ser realizada para que se ejerciten los derechos de preferencia concurrentes. No negamos que el acreedor que retiene pueda concurrir con otros sobre la cosa retenida; pero la detención que se produce en la ejecución sobre dicha cosa, precisamente por causa de la retención, no significa que haya causa de preferencia en el retentor para el cobro, puesto que mientras se retiene no se puede cobrar mediante realización del valor de la cosa retenida (67).

La verdadera función del *ius retentionis* en relación con las causas de preferencia es procurar su conservación. Es frecuente que el acreedor privilegiado tenga, además, derecho a retener la cosa sobre la que recae el privilegio, como el posadero (art. 1922 Cód. civ.), o el comisionista mercantil (art. 276 Cód. de com.), con lo cual se evita que, por enajenación de la cosa sujeta al privilegio, el adquirente protegido contra el *ius perse-*

(64) MUCIUS SCAEVOLA, *Comentarios*, XXIV, 2.º, págs. 191 y sgts.

(65) BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, págs. 65-66.

(66) CASTÁN, *Derecho civil*, III, 2.ª ed., pág. 170. LÓPEZ DE HARO, *El derecho de retención*, 1921, pág. 102; VIÑAS, *Más sobre el derecho de retención*, *Rev. Der. Priv.*, 1923, págs. 7-8.

Esto mismo se opina en relación con la asimilación por las fuentes romanas del derecho de retención a un *quasi pignus* (Dig. I, XIX, 13 § 8; IV, XVIII, 22; I, XXI, 31 § 8); se ha querido expresar simplemente la idea de que el retentor custodia la cosa frente al propietario como gestión o seguridad del pago (BUTERA, *Del diritto di ritenzione*, 1937, pág. 11).

(67) Cfr. BONET, CASTÁN, SCAEVOLA y LÓPEZ DE HARO en los lugares últimamente citados; CASALS COLLEDECARRERA, *loc. cit.*, pág. 12; BUTERA, *ob. cit.*, págs. 485 a 488.

quendi frustrare la eficacia del privilegio. De esta función del derecho de retención se tratará con más detenimiento en la parte tercera (núm. 82).

62. EL DERECHO DE ANTICRESIS.—Domina en nuestra doctrina la idea de reconocer a la anticresis la naturaleza de derecho real, con atribución de los consiguientes derechos de preferencia y de persecución. El fundamento de este derecho de preferencia lo encuentran los autores en el art. 1884 Cód. civ., que autoriza al acreedor anticrético a promover la venta del inmueble y, aunque el artículo no lo diga expresamente, a participar preferentemente en el precio obtenido, pues, de no ser así, se daría el doble absurdo de que la venta sería en perjuicio del deudor sin utilidad para el acreedor (68). Por otro lado, añade BATLLE, «la omisión del crédito anticrético que se hace en el art. 1923 del Código obedece a que se considera como una especie de hipoteca (69).

Pero no nos parece correcto deducir del *ius distrahendi* que al acreedor anticrético otorga el Código civil que también goza aquél del *ius praelationis*. Precepto idéntico contienen los Códigos italiano de 1865 (art. 1894) y francés (art. 2088), sin que la doctrina de estos países haya llegado a la misma conclusión que la nuestra. Por otra parte, no hay que olvidar el disfavor con que fué mirada la anticresis en la época de la codificación patria, hasta el extremo de que no fué mencionada por el Proyecto de 1851. Tal vez el legislador hubiera tenido en cuenta al conceder este derecho de venta del inmueble los inconvenientes que lleva consigo el derecho de retención de que goza el acreedor anticrético que ha entrado en posesión de la cosa, que le permite mantener inmovilizados bienes de importancia. De todos modos, a lo único que autoriza el art. 1884 es a vender en defecto de que sea pagada la deuda; ni más ni menos que puede hacer todo acreedor; la ventaja que tiene el anticresista es que, demostrada la existencia del crédito, de la garantía anticrética y del impago, puede promover directamente la venta de la cosa conforme a la Ley Procesal civil, mientras que el acreedor ordinario ha de obtener previamente sentencia ejecutoria (art. 919 Ley Enj. civ.). Pero, toda venta judicial no concede derecho de preferencia al que la promueve sobre el valor obtenido, sino que los terceros de mejor rango podrán hacerlo valer en todo procedimiento en que se actúe por embargo y venta de bienes art. 1543 Ley Enj. civ.) (70). Otra ventaja del anticresista es que puede

(68) SANZ, *El derecho de preferencia en la anticresis*, Rev. Der. Priv., año 1943, pág. 227; GARCÍA GRANERO, *Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de anticresis*, Rev. Crít. Der. Inmob., año 1945, págs. 470-471.

(69) BATLLE, voz ANTICRESIS en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, II, pág. 700; ESPÍN, *Manual cit.*, II, pág. 298.

(70) SCAEVOLA, XXIX, págs. 582-584.

elegir el momento oportuno para la venta y hasta convenir con acreedores preferentes posiciones en el rango de éstos esgrimiendo y haciendo valer su detención indefinida de la venta ejecutiva de los bienes gravados de no otorgársele beneficios prelativos.

Por último, es de notar también que una interpretación restringida de las causas de preferencia aconseja no extender por analogía la naturaleza de privilegios a instituciones no tipificadas como tales por las Leyes.

CAPITULO IV

LAS CAUSAS DE PREFERENCIA ADQUISITIVA

63. Generalidades; derechos de adquisición y de preferencia adquisitiva. 64. El derecho de retracto. 65. La inscripción registral y la prioridad posesoria en la doble enajenación. 66. La inscripción registral y la prioridad en caso de concurrencia de derechos reales. 67. Las causas de preferencia en el concurso de los derechos personales de goce. 68. Las causas de preferencia en el concurso de posesiones. 69. Causas dudosas: A) El derecho de tanteo; B) El derecho de opción.

63. GENERALIDADES; DERECHOS DE ADQUISICIÓN Y DE PREFERENCIA ADQUISITIVA.—El derecho de preferencia puede actuar, no solamente en la distribución del valor de una cosa, sino también en la atribución de la cosa misma cuando dos o más titulares concurren sobre aquélla de manera excluyente alegando su propiedad o su posesión. También aquí el concurso viene resuelto a través de una causa de preferencia que decide la atribución patrimonial en favor del derecho concurrente al que va anejo tal causa. Así, el concurso entre el arrendatario que goza del derecho de retracto y el adquirente de la cosa está resuelto por la ley en beneficio del primero por virtud del retracto, que es la causa de preferencia.

Los derechos de adquisición preferente son una particular manifestación de los derechos de adquisición (Erwerbsrechten). WÖLF define estos últimos como «gravámenes de una cosa que dan al titular el derecho de convertirse en propietario» (1) y los subdivide en derechos potestati-

(1) WOLF, ob. cit., 1.º, pág. 9.

vos de apropiación (caza, pesca, minas, ocupación de inmuebles *nullius*); pretensión a la transmisión contra el propietario de la cosa, como el derecho de compra preferente (*Vorkaufrecht*) (2); y expectativas de adquisición (derecho de adquisición de cosa extravariada). Con un criterio más limitado identifica HECK los derechos de adquisición con los de expectativa y los define como «derechos según los cuales se garantiza la futura adquisición de una cosa ajena mediante una oportuna facultad de actuación» (3). De modo que el derecho de adquisición tiende a asegurar la futura atribución de una cosa a un sujeto, bien por la relación convencional entre éste y el propietario, ya por especial disposición de la ley; así, en el tanteo convencional (*patto di prelazione*, de los italianos) el promitente viene obligado a vender al promisorio cuando aquél decida vender la cosa, mientras que el derecho de adquisición en virtud de la caza viene establecido por la ley en favor de los que capturan las piezas en determinadas condiciones; pero en ningún caso concurre con el titular del derecho de adquisición otro de la misma naturaleza que le dispute dicha adquisición y requiera arbitrar un remedio por vía coordinadora o de subordinación; no hay, en definitiva, pluralidad de sujetos activos, sino un solo sujeto de esta clase.

Por esto, si el derecho de preferencia adquisitiva es una especie de los de adquisición en general, que tiene por finalidad hacer prevalecer en el concurso de adquirentes a uno de ellos, hay que poner buen cuidado en no incluir entre los derechos de preferencia adquisitiva a los que meramente son de adquisición, como los de tanteo y los de opción. Estos procuran, efectivamente, la adquisición en el futuro de una cosa mediante el otorgamiento por el propietario del correspondiente contrato, pero no hay otros sujetos que concurren con los titulares del tanteo o de la opción, pues no pueden considerarse como tales a otros supuestos adquirentes que el propietario pueda tener «in mente» o con los que haya tenido simplemente tratos preparatorios.

64. EL DERECHO DE RETRACTO.—Comprendemos aquí exclusivamente el retracto legal, que nuestro Código define en el art. 1521, y no el pacto de retroventa o retracto convencional, que es institución distinta de aquél (4). Actúa como causa de preferencia adquisitiva ya que en el con-

(2) PÉREZ y ALGUERA traducen este término por *tanteo*, que ciertamente no son coincidentes (Cfr. DÍEZ PASTOR y GONZÁLEZ ENRIQUEZ en la traducción de HEDEMANN, citada, págs. 370-371, nota).

(3) HECK, ob. cit., pág. 90.

(4) ESPÍN, *Manual*, cit., II, 1.º, pág. 305 y III, págs. 413-414. También es posible el retracto convencional, que tendrá eficacia contra tercero cuando se inscriba. (Cfr. ROCA, ob. cit., III, pág. 12).

curso del arrendatario, del enfiteuta, del comunero o de cuantos titulares gozan del derecho de retracto con el que ha adquirido la propiedad de la cosa, prevalecen aquellos y la adquieren. El derecho arrendaticio triunfa frente al de propiedad por causa del retracto, como un crédito es satisfecho antes que otro en virtud de un privilegio o de una hipoteca; de modo que, en este ejemplo, no es el derecho de retracto el que concurre con el de propiedad, sino el de arrendamiento, siendo aquél la causa de preferencia.

Los más importantes retractos legales que conoce nuestro Derecho son:

1) El de comuneros, recogido por el art. 1522 del Código civil: «El copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de que enajenase a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos».

2) El de colindantes: «También tendrán el derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea» (art. 1523).

3) El enfiteutico, que corresponde recíprocamente al dueño directo y al útil simple que vendan o den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfiteutica (art. 1636 Cód. civ.).

4) El de coherederos, en beneficio de todos o alguno de ellos, cuando un heredero vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición (art. 1067 Cód. civ.).

5) El de consocios, pues la partición entre ellos se rige por la regla de las herencias (art. 1708 Cód. civ.).

6) El de créditos litigiosos, que el deudor tiene derecho a extinguir reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubieran ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fué satisfecho (art. 1535 Cód. civ.).

7) El de la propiedad de casas por pisos, en beneficio de los demás copropietarios cuando alguno de ellos enajene su piso. Esta es la correcta interpretación del art. 396 del Cód. civ., que para expresar este derecho emplea el término «preferencia para su adquisición», dando a entender que en todo caso de concurrencia con extraños prevalecerá el derecho del copropietario (5).

8) El arrendaticio rústico en beneficio del arrendatario protegido por las leyes especiales reguladoras de este arrendamiento (art. 16 de la Ley de 15 de marzo 1935).

(5) Cfr. BATLLE, *La propiedad de casas por pisos*, 2.^a ed., págs. 136 y sgls.; MARTÍN PÉREZ, *Sobre la preferencia adquisitiva del art. 396 del Código civil*, en *Rev. Gral. Leg. Jur.*, T. 204, año 1958, págs. 560 y sgls.

9) El arrendaticio urbano, regulado por la ley de 22 de diciembre de 1955, texto articulado por Decreto de 13 de abril 1956. Se establece derecho de retracto a favor del arrendador de local de negocio traspasado por el arrendatario (art. 36) y también goza de este derecho el arrendatario, lo sea de vivienda o de local de negocio, en caso de venta por pisos o adjudicación de vivienda por causa de división de cosa común, exceptuando que ésta se haya adquirido por herencia o legado (art. 48).

10) El de los partícipes en la propiedad del buque, cuando éste se venda a extraños (art. 575 Cód. de com.).

11) El superficiario en la ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana de 12 de mayo de 1956, que se atribuye al concedente o al superficiario según que se enajenen a favor de particulares por el segundo o por el primero sus respectivos derechos (art. 160).

12) El de colindantes con unidades mínimas de cultivo siempre que el propietario de éstas infrinja lo prevenido en la Ley de 15 de julio 1954 (art. 3 y Decreto de 22 de septiembre 1955).

13) Retracto gentilicio, recogido por el art. 76 del Apéndice para Aragón, bajo la denominación de retracto de *abolorio*, o sea, *derecho de tanteo o de saca*. También tiene manifestaciones en Navarra (Cap. XV, Tít. XII, Lib. II del Fuero), en Vizcaya (Ley 6.ª, Tít. XVII del Fuero) y en el Valle de Arán bajo la denominación de *tornería* (Art. 8.º del Privilegio de la Querimonia) (6).

65. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL Y LA PRIORIDAD POSESORIA EN LA DOBLE ENAJENACIÓN.—El supuesto a que se refieren estas causas de preferencia está recogido por el art. 1473 del Cód. civ., según el cual «si una cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble. Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y faltando ésta a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe».

No faltan autores contrarios a admitir que en este supuesto pueda darse concurrencia de derechos. NATOLI afirma, con referencia al art. 1155 del Código civil italiano, que «la primera enajenación —consumando la facultad de disposición del enajenante— hace así que, por derecho de legitimación de éste, la segunda enajenación sea nula. Así que la posición es claramente diversa: uno ha adquirido el derecho objeto del respectivo negocio, el otro, por el contrario, —como adquirente a *non domino*—

(6) Vid. otros retractos legales en BADENES, ob. cit., págs. 125 y sgts.

no ha adquirido nada, salvo el eventual derecho al resarcimiento del daño frente a su causadante» (7). Aunque el supuesto adquirente de buena fe y en posesión de la cosa sea el favorecido, entiende que tal derecho no es efecto del negocio, en sí y por sí, sino de un supuesto de hecho complejo del que forma parte —y decisiva— también la buena fe y la posesión; y no es ni aún efecto de la solución de un conflicto que no existe.

Pero no puede asegurarse, como hace NATOLI, que la segunda enajenación sea nula, al menos en nuestro Derecho. En primer lugar, el artículo 1473 del Código civil se refiere claramente al supuesto de doble venta sucesiva de una misma cosa a diferentes compradores, los cuales son dotados de los respectivos títulos contradictorios, que uno podrá ser aparente y el otro real, pero que contienden en plano de igualdad mientras la ley no establezca una causa de preferencia, la cual puede establecerla en favor del título aparente y ello demostraría que le atribuye la condición de concurrente con el real.

En concreto, conviene distinguir entre la adquisición de bienes muebles y la de bienes inmuebles. En el primer supuesto, la innecesidad de la tradición para perfeccionar el contrato de compraventa permite que el propietario siga ostentando la condición de tal después de la primera transmisión y, por lo tanto, que después de transferir al primer comprador *el derecho a la propiedad* de la cosa («ius ad personam»), pueda ceder *la propiedad* («ius in rem») al segundo mediante la entrega de la cosa. El concurso se plantea entonces entre un derecho de crédito y un derecho real, con vencimiento de éste por su rango excluyente, y así lo determina el art. 1473 en su pfo. 1.º: «la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella (de la cosa) con buena fe, si fuere mueble». En pura técnica privatista no sería necesario el requisito de la buena fe para estimar la preferencia del segundo adquirente sobre el primero, pues basta la titularidad real para prevalecer sobre la personal, pero, en vista del texto de la ley hay que reconocer que la causa de preferencia es la *posesión de buena fe* (8). Si la posesión no es de buena fe se produce entonces el solo efecto de paralizar el «ius in rem» del adquirente posterior, según pone de manifiesto ESPÍN con todo acierto, quedándose el Código en este simple aspecto negativo, pues tampoco el primer comprador adquiere la propiedad (9); ciertamente, si la causa de

(7) NATOLI, *Il conflitto*, cit., pág. 138. vid. también págs. 26-27.

(8) También en este sentido MOSCO, *I frutti nel Diritto positivo*, 1947, pág. 375.

(9) ESPÍN, *La transmisión de los derechos reales en el Código civil español*, Rev. Der. Priv., 1945, pág. 358. Opinión contraria sustenta MELON INFANTES, *La posesión de bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título*, 1957, pág. 70.

preferencia no le protege mal puede prevalecer sobre el segundo adquirente, amparado por ella, por defecto de la buena fe.

En el caso de doble enajenación de inmuebles, la transmisión instrumental de la finca (10) ha desposeído al transmitente de su derecho de propiedad y cuando cede al segundo comprador la misma cosa, en realidad, como ya no es dueño, se produce una adquisición *a non domino*; sin embargo, el art. 1473 pfo. 2.º atribuye la propiedad a este segundo adquirente si ha inscrito la transmisión, concediendo eficacia a la adquisición que trae causa de quien no es dueño sobre la que la trae del dueño. Dos orientaciones doctrinales han pretendido explicar esta transferencia anómala: una sostiene que la adquisición no se produce sino mediante la inscripción, que, con carácter constitutivo, es el factor esencial de la transmisión; otra defiende que ésta es independiente de la inscripción, ya que si un tercero inscribe con preferencia, la primera adquisición se resuelve, luego existía válidamente.

La primera orientación, que suprime o limita la eficacia traslativa de la tradición en beneficio de la inscripción, tuvo en nuestra Patria decididos defensores (11); pero es más firme el criterio tradicional que considera a la *traditio* como elemento constitutivo de la adquisición derivativa de la propiedad, mientras que respecto de los inmuebles, para que la adquisición sea inatacable frente a tercero, es preciso que se añada un requisito más: la inscripción en el Registro de la Propiedad en determinadas condiciones (12).

Por tanto, y estamos en la segunda orientación, lo cierto es que el primer adquirente, aunque no inscriba, adquiere la propiedad de la cosa. La cuestión estriba en determinar si el segundo comprador que inscribe adquiere también la propiedad y, en caso negativo, por qué vence al primero en el concurso. Quienes niegan que pueda producirse la segunda adquisición, basan la protección de la misma en la inoponibilidad del acto no transcrito (13) o en la decisión del Juez que, frente al propietario por

(10) Sobre si basta la transmisión instrumental o es necesaria la manual, vid. CASTÁN, *Derecho civil*, cit., IV, pág. 93 y VALLET, *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*, Rev. Der. Priv., 1947, pág. 953.

(11) La RICA, *Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario*, Rev. Crit. Der. Inmob., año 1950, pág. 642; HERMIDA, *El Derecho inmobiliario español*, Rev. Crit. Der. Inmob., año 1951, pág. 726; VILLANES PICO, *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de terceros*, Rev. Crit. Der. Inmob., año 1949, pág. 298; RAMOS FOLQUES *La tradición y el modo.*, Información Jurídica, año 1951, pág. 398.

(12) ESPÍN, *Manual*, cit., II, 1.º, pág. 93; LACRUZ, ob. cit., pág. 165; ROCA, ob. cit., I, págs. 164 y sgts. y autores que cita: NÚÑEZ LAGOS, CASTÁN, PÉREZ y ALGUER, PUIG PEÑA, ALVAREZ SUAREZ, VALLET).

(13) BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, cit. por LACRUZ, ob. cit., pág. 290.

derecho sustancial, declara prevalente el derecho del segundo comprador, si bien dicha «declaración no hace adquirir a este último la propiedad sino un derecho que puede ser variamente concebido, pero que ciertamente no es derecho de propiedad» (14).

La mayoría de los autores se inclinan a admitir que la segunda adquisición se produce verdaderamente, aunque hay variedad de teorías para fundamentarla, según se entienda que el enajenante sigue siendo dueño de la cosa o dejó de serlo después de la primera transmisión. Entre los primeros hay quienes sostienen que el enajenante deja de ser titular frente al primer adquirente, y frente a los terceros, por el contrario, continúa siendo titular ya que a él no es oponible la enajenación no transcrita (tesis de la eficacia relativa de COVIELLO y MESSINEO) y se aproxima a esta opinión la de FUNAIOLI sobre la propiedad relativa, defendiendo también FERRI la adquisición *a domino* sobre la base de que por la transcripción del segundo adquirente el enajenante ha readquirido instantáneamente el dominio que habría transferido al primero (15); consideran que hay adquisición *a non domino* CARIOTA FERRARA con su tesis de que el enajenante se reserva el poder de disposición después de la primera transmisión, BOLAFFI defendiendo que hay protección de la apariencia jurídica, MORITTU al hacer entrar en juego la publicidad sanatoria y GIORGI con su tesis del dominio resoluble que permite que el segundo adquiera del primer adquirente (16).

En nuestra Patria, realiza un meritorio estudio sobre esta materia LACRUZ BERDEJO, quien llega a la conclusión de que hay que rechazar tanto la teoría de la adquisición *a domino* como la de la legitimación del *auctor* registral y que la inscripción del segundo adquirente determina (dándose las condiciones para la protección registral) la eficacia de su propio derecho y la resolución del de *Primus* que deja de ser propietario frente a todos, con la particularidad de que el segundo adquirente ha contratado con el enajenante y recibe la cosa del primer *accipiens*; por otro lado, el contrato celebrado por el enajenante con el *verus dominus* no se resuelve, sino sólo el derecho mismo, y, por ello, sigue produciendo sus efectos obligacionales en favor y en contra de ambas partes (17).

De todos modos, el concurso se produce entre los dos dueños, sean ambos verdaderos o uno real y otro aparente, y la inscripción, que ha de ser de buena fe según nutrida jurisprudencia (18), es la causa que decide

(14) FERRI, *Trascrizione*, cit., pág. 147.

(15) Vid. LACRUZ, ob. cit., pág. 294; FUNAIOLI, *La così detta proprietà relativa*, en *Studi per CICU*, I, pág. 392; FERRI, *Note*, cit., págs. 369 y sgts.

(16) Vid. en FERRI, *Note*, cit., págs. 354 y sgts.

(17) LACRUZ, ob. cit., págs. 294 y sgts.

(18) Sent. 19 noviembre 1929, 28 junio 1941 y 11 febrero 1946, entre otras.

la preferencia; bajo este punto de vista la solución satisface a los diversos rodeos seguidos por los autores para explicar la preferencia del dueño que inscribe.

Causa de preferencia subsidiaria en caso de doble enajenación de inmuebles es la prioridad posesoria y de buena fe, posesión que CASTÁN, contra el criterio de MANRESA, entiende que debe ser la posesión real, dando preferencia a ésta sobre el título y, por consiguiente, a la entrega real sobre la entrega fingida (19).

Por último, faltando la posesión, la preferencia se remite al título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe (20).

66. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL Y LA PRIORIDAD EN CASO DE CONCURRENCIA DE DERECHOS REALES.—Aunque el art. 1473 contempla solamente el supuesto de doble venta de una misma cosa, cabe la aplicación del mismo a los derechos reales sobre inmuebles en vista de la asimilación que establece el art. 334 n.º 10 del Código civil y, por lo tanto, a falta de precepto específico, habrá de ser invocado aquél cuando se produzca una situación de concurso entre derechos reales, incluso mediante actos jurídicos que no sean precisamente la compraventa (21).

Examinemos los casos que pueden presentarse:

A) Que los derechos reales sean de contenido igual; regirán entonces las mismas normas que enumerábamos en el apartado anterior.

B) En caso de que los derechos sean iguales, hay que subdistinguir:

a) Que sean incompatibles, como usufructo sobre una finca que comprenda a una casa gravada con derecho de habitación a favor de otra persona. Se aplicará el art. 1473.

b) Que sean compatibles, como propiedad y derechos reales que la limitan, en cuyo caso está excluido el concurso.

67. LAS CAUSAS DE PREFERENCIA EN EL CONCURSO DE LOS DERECHOS PERSONALES DE GOCE.—Estos derechos vienen siendo estudiados detenidamente porque entre ellos figura, como especie de singular importancia, el arrendamiento. No se ha llegado aún a conclusiones unánimes y definitivas sobre la naturaleza y autonomía de los derechos personales de goce, siendo variadas las opiniones, que van desde su identificación con los derechos de crédito hasta su calificación como derechos reales, pasando por criterios intermedios. Uno de estos es el de NATOLI que los define

(19) CASTÁN, Derecho civil, cit., IV, pág. 93.

(20) Vid. LÓPEZ BERENGUER, ob. cit., págs. 153-154, sobre el sentido de la palabra título.

(21) El art. 2644 del Código italiano es de contenido más amplio, pues comprende todos los actos sujetos a inscripción.

como «aquellas posiciones jurídicas subjetivas en cuyo contenido se puede identificar una facultad de goce referida a un bien de otro y cuya actuación está, sin embargo, subordinada a la previa realización de una pretensión» (22). Es decir, que este autor concibe a los derechos personales de goce con un contenido de estructura compleja, con características de los derechos de crédito (la pretensión) y de los derechos reales (el goce directo sobre una cosa) (23). Esta facultad de goce exige la posesión de la cosa por el titular del derecho en cuestión, lo que comunica cierta particularidad al concurso de los mismos y que aproxima las soluciones a las establecidas para la concurrencia de derechos reales.

No previeron los Códigos este supuesto de concurso y por ello se mantuvo candente en la doctrina la solución que habría de arbitrarse, especialmente cuando concurrieran varios derechos de arrendamiento otorgados sucesivamente por el arrendador sobre la misma cosa. Entre los autores franceses puede consultarse a BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, quienes se inclinan a atribuir la preferencia al arrendatario cuyo título hubiera obtenido primeramente fecha cierta, mientras LAURENT la atribuye al que hubiera tomado posesión de la cosa (24). Esta doble dirección se manifestó también en la doctrina italiana, sosteniendo PACIFICI-MAZZONI y ABELLO la prioridad posesoria y COVIELLO la prioridad del título (25); más hoy el Código de 1942 ha ocurrido a la solución mediante su artículo 1380, que prevé el concurso de los derechos personales de goce (26).

En nuestro Derecho se ha planteado ya, en la práctica, el doble y sucesivo arrendamiento cuya preferencia no ha sido tenida en cuenta por el Código; y también cabe seguir una triple orientación: atribuir la pre-

(22) NATOLI, *Il conflitto*, cit., pág. 64.

(23) Es una pura abstracción doctrinal que el arrendatario sólo puede usar de la cosa arrendada a través de la obligación de hacer del propietario; una vez que éste la ha entregado, el arrendatario no cuenta con su cooperación para utilizarla, pues la realidad es que el propietario se desentiende de la cosa. Vid. Mosco, ob. cit., pág. 438; NATOLI, *Il conflitto*, cit., págs. 69 y sgts.

(24) BAUDRY-LACANTINERIE, *Locazione*, I, pág. 82; LAURENT, ob. cit., XXV, pág. 137. Vid. la más reciente jurisprudencia francesa en el *Traité de PLANIOL-RIPERT*, cit., X, pág. 761.

(25) PACIFICI-MAZZONI, *Locazione*, pág. 64. ABELLO, *Locazione*, I, pág. 290; COVIELLO, *Della trascrizione*, II, pág. 54.

(26) Se expresa así: «Si, mediante sucesivos contratos, una persona concede a diversos contratantes un derecho personal de goce relativo a la misma cosa, el goce corresponde al contratante que primeramente lo ha conseguido. Si ninguno de los contratantes ha obtenido el goce, es preferido el que tiene título de fecha cierta anterior. Quedan a salvo las normas relativas a los efectos de la inscripción».

La jurisprudencia en torno a este precepto es contradictoria en los casos de arrendamientos sucesivos de un mismo piso. Vid. MENGONI, *Conflitto tra locatari possessori successivi*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1948, págs. 696 y sgts.; VISCO, *Le case in locazione nel Diritto vigente*, 1951, págs. 390-391.

ferencia al arrendatario que de buena fe sea primero en la posesión (art. 1473), al poseedor actual (art. 445) o al que tenga título de fecha cierta más antigua (art. 1227).

La solución que se propugna en la escasa doctrina elaborada sobre el particular es favorable a la aplicación del art. 1473 del Código civil y, por lo tanto, en caso de arrendamiento inscrito prevalecerá éste sobre el que no lo esté, o el que se inscribió antes si ambos lo fueron; y si no hubo inscripción, es preferente el arrendatario poseedor de buena fe (27). Prevalece en este último supuesto la idea de que la entrega de la cosa es requisito indispensable para la eficacia del contrato de arrendamiento (28), lo que produce la aproximación de los derechos personales de goce, en general, a los derechos reales. La protección interdictal, que viene reconocida al arrendatario contra el arrendador por el Tribunal Supremo y por la doctrina (29), constituye también un argumento favorable a la aplicación del art. 1473, en vista de que la posesión constituye presupuesto esencial de aquella medida procesal.

El Tribunal Supremo no ha llegado a pronunciarse sobre esta cuestión, pues en la sentencia de 24 de diciembre 1954 (Sala de lo Social) no entró en el fondo del asunto por entender que no estaba legitimado pasivamente el primer arrendatario y la sentencia de 14 de junio 1957 (Sala de lo Civil) previó la concurrencia de una promesa de arrendamiento con un contrato perfecto posterior, inclinándose a atribuir preferencia al segundo titular en posesión de la cosa, aunque fundándose en su condición de tercero amparado por los arts. 1124, en relación con el 1295, pfo. 2.º, 1257 y 1101 y concordantes, todos ellos del Código civil.

68. LAS CAUSAS DE PREFERENCIA EN EL CONCURSO DE POSESIONES.—Parte el art. 445 del Código civil de la declaración de que «la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personas distintas». Se descarta, pues, la posesión de derecho en dos personas distintas, que puede dar lugar a situaciones de compatibilidad posesoria (propietario y usufructuario, etc.) que se explican por la adecuación de posesión mediata e inmediata (30).

(27) LÓPEZ BERENGUER, ob. cit., págs. 160 y sgts.; CASTÁN y CALVILLO, *Tratado práctico de Arrendamientos Urbanos*, II, 1957, pág. 377; CASTÁN, *Derecho civil*, cit., IV, págs. 260-261; PERE RALUY, Comentario a la sent. de 28 enero 1955 del Juzgado Municipal n.º 18 de Barcelona, en *Rev. Gral. Der.*, año 1955, pág. 534; COSSÍO y RUBIO, *Tratado de Arrendamientos Urbanos*, 1949, págs. 427-428.

(28) Cfr. VALLEJ, *Hipoteca del derecho arrendaticio*, cit., págs. 22 y sgts.

(29) Vid. la indicación bibliográfica inserta en nuestro libro *Obras de conservación*, cit.,

(30) De BUEN, Adiciones a COLIN, II, 2.º, pág. 391; CASTÁN, *Der. Civ.*, cit., II, pág. 396. Para el Derecho romano SILVIO GENTILE, *Il possesso nel Diritto civile*, 1956, págs. 160 y sgts.

«Si surgiere contienda —sigue el art. 445— sobre el hecho de la posesión, será preferido el poseedor actual; si resultaren dos poseedores el más antiguo; si las fechas de las posesiones fueren las mismas, el que presente título; y, si todas estas condiciones fuesen iguales, se constituirá en depósito o guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión o propiedad por los trámites correspondientes».

Sobre el alcance y significado de esta posesión de hecho no hay criterio uniforme en la doctrina. SCAEVOLA afirma resueltamente que nuestro Código civil está inspirado en el art. 488 del Código portugués (31) y, por lo tanto, «su esfera se restringe a la contienda entre dos poseedores de hecho, es decir, entre dos poseedores por menos tiempo del año y día» (32). MANRESA, más cauto, no se atreve a asegurarlo, porque la ley no distingue; «con el Código portugués a la vista —dice— se ha escrito el nuestro y al no repetir sus palabras, lo lógico es pensar que en este artículo, como en el 433, el legislador español no ha querido seguir la misma doctrina. Para admitir lo que se pretende sería preciso que después de un año de poseer no pudiera suscitarse cuestión alguna sobre la posesión, y esto precisamente no es fácil de demostrarlo». Por otro lado, se inclina también este autor a creer que todo el artículo está escrito bajo la idea preconcebida, pero no expresada, de haber de aplicarse a la posesión en concepto de dueño (33). VALLET DE GOYTISOLO atribuye al art. 445 una función modesta y de aplicación poco frecuente, pues se limita a resolver los conflictos espaciales de posesión cuando los interdictos, por sí solos, no pueden solucionarlos, esto es, cuando dos o más posesiones en pugna, y que pretendan ser exclusivas, tengan más de un año de antigüedad, o cuando brotaron simultáneamente y en igual concepto (34).

Nosotros vemos en el art. 445 dos supuestos diferentes: en el primero, que se refiere a «contienda sobre el hecho de la posesión», no hay concurrencia de posesiones, puesto que lo que se discute es si efectivamente ha habido posesión en los otros poseedores que no sean el actual; no resultan dos posesiones en concurso, como se dice en el inciso siguiente del mismo artículo, sino un solo poseedor, que es el actual, porque si se pone

(31) Dice así este artículo: «Si la posesión es de menos de un año, ninguno puede ser mantenido o restituido judicialmente, sino contra aquellos que no tengan mejor posesión. Es mejor la posesión que se funda en título legítimo; a falta de título, o en presencia de títulos iguales, es mejor posesión la más antigua; si las posesiones fueran iguales, es preferida la actual; si ambas posesiones fueran dudosas, será puesta la cosa en depósito hasta tanto se decida por quien correspondan».

(32) SCAEVOLA, VIII, pág. 368.

(33) MANRESA, IV, págs. 216-217; Cfr. también PÉREZ y ALGER, notas cit., III, 2.º, pág. 80.

(34) VALLET, *La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble*, Rev. Gral. Leg. Jur. T. 182 (año 1947), pág. 720.

en tela de juicio el mismo hecho posesorio, no puede haber cuestión de preferencia sino de existencia de la posesión. En el segundo supuesto se ofrece la concurrencia excluyente de varias posesiones, con causa de preferencia constituida por la prioridad posesoria; y es precisamente en este caso cuando, al margen del juicio interdictal o, mejor dicho, superándolo, en el juicio declarativo correspondiente (art. 1658, pro. 2.º, Ley Enj. civil), encuentra aplicación el derecho de preferencia entre concurrentes que son poseedores de hecho en concepto de dueño. Es a este supuesto al que tienen exacta aplicación las palabras de VALLET anteriormente transcritas; el precepto tiene, pues, carácter subsidiario respecto del juego de los interdictos protectores de la posesión que no exceda del año y día.

Todavía podríamos extraer del art. 445. otra situación de concurso posesorio: poseedor con título concurriendo con poseedor sin él, que se resuelve a favor del primero. Mas aquí hay ya una desigualdad de origen en beneficio del derecho que lleva aneja la posesión y que, incluso, habría de prevalecer aún cuando el poseedor sin título hubiere sido anterior en la posesión, como en el caso del propietario (art. 348).

69.—CAUSAS DUDOSAS.—Más arriba hemos anticipado que no todo derecho de adquisición lo es de adquisición preferente, pues aquéllos constituyen el género y éstos la especie. Para que nazca el derecho de preferencia es necesario que concurren varios derechos con existencia actual y no basta que sean términos del concurso meras expectativas o derechos eventuales. Por otro lado, que una persona venga obligada a preferir a un determinado sujeto cuando pretenda celebrar un negocio jurídico con cualquier otro, no significa que dicho sujeto venga a ser titular de derecho de preferencia hacia terceras personas, pues ni aún sabrá quienes son tales terceros; de donde, la obligación de preferir a un sujeto determinado en la celebración de un contrato no lleva consigo la consecuencia de que el beneficiado con dicha obligación goce de preferencia respecto de terceros, sino que tiene meramente el derecho a que dicho obligado contrate con él (35). Como se ve, los derechos de adquisición preferente se dirigen necesariamente hacia terceros no deudores, mientras los derechos de adquisición tienen por sujeto pasivo al *solvens*.

En virtud de estas consideraciones, negamos que constituyan causas de preferencia adquisitiva todas aquellas relaciones jurídicas que obligan a una persona a celebrar un negocio jurídico, un *facere* sustancialmente incoercible, en frase de DE MARTINI (36), con otra determinada persona.

(35) D'ORAZI, ob. cit., pág. 121.

(36) DE MARTINI, *Adempimento, inadempimento ed esecuzione specifica della promessa di prelazione*, *Giustizia civile*, 1952, pág. 164.



Este mismo *facere* en que consiste el objeto del derecho aleja toda posibilidad de concurso sobre el mismo. Concretamente, ni el tanteo ni la opción son causas de preferencia adquisitiva.

A) *El derecho de tanteo*.—Es el que se concede a una persona para adquirir por el tanto en que haya de venderse o adjudicarse en pago, una cosa o un derecho sobre la misma (SÁNCHEZ ROMÁN).

Al tanteo legal se le considera como limitación del dominio; al convencional como derecho personal o real, según determinen los contratantes (37).

Interesa examinar la relación que guarda el derecho de tanteo con el de retracto, que la doctrina más en boga confunde en un solo derecho del que son dos fases distintas o, mejor dicho, expresión de dos oportunidades para su ejercicio (38), o bien, el derecho de retracto no es más que un medio que asegura el cumplimiento de la adquisición que el enajenante debió facilitar mediante el tanteo y que se frustró por culpa de aquél (39). Creemos que, de acuerdo con las ideas que venimos exponiendo sobre la preferencia adquisitiva, el derecho de tanteo y el de retracto son separables y tienen diversa naturaleza: el primero tiene por objeto la celebración de un contrato por el *solvens* que conduce a la adquisición de una cosa; el segundo priva de eficacia a la adquisición de dicha cosa realizada por un tercero al actuar como causa de preferencia frente al mismo y en beneficio del titular de tal derecho de retracto. Ciertamente la utilidad de una institución se sustenta en la otra, de tal modo que el tanteo resultaría una institución superflua si no fuera seguida del retracto, y, a la inversa, éste constituiría una medida extremadamente gravosa y perjudicial —como todas las resolutorias— que fácilmente puede evitarse precediéndola el tanteo; pero de la utilidad de su actuación conjunta no debe deducirse su unificación en un nuevo y único derecho. Podría darse el caso de que las partes constituyeran el derecho de tanteo simplemente, cuyo incumplimiento llevaría consigo efectos indemnizatorios exclusivamente se iría contra la libre voluntad de aquellas imponer el retracto sucesivo al tanteo incumplido.

Por ello, si concluimos sosteniendo que el tanteo no es causa de preferencia adquisitiva, también hemos de añadir que esa condición no se la presta el derecho de retracto, pues cuando éste opera es precisamente porque se ha extinguido el tanteo.

(37) Vid. sobre ello Roca, ob. cit., III, págs. 5 y sgts.

(38) PÉREZ Y ALGUER, notas cit., III, 2.º, pág. 143. Roca, ob. cit., III, págs. 17-18; BATLLE, *La propiedad* cit., pág. 137; DEL MORAL, *Los derechos de adquisición y el problema de su rango*, An. Ac. Matr. Not., VI, págs. 330 y sgts.

(39) D'ORAZI, ob. cit., pág. 131.

B) *El derecho de opción*.—Otro tanto puede decirse de este derecho, que sólo faculta a su titular para adquirir una cosa mediante la celebración de un contrato con la otra parte, dentro del plazo fijado y en determinadas condiciones. No hay concurso con otros adquirentes para que se establezca derecho de preferencia alguno, como entiende BADENES, ni puede considerarse como derecho de preferencia absoluta frente a indeterminados adquirentes, como sostiene DEL MORAL (40), porque el concurso exige concreta determinación de los sujetos concurrentes y porque, en realidad, no se trata de que el optante haya de ser preferido por el optatario frente a uno o varios competidores, sino simplemente que el primero se decida a adquirir o no adquirir (41).

(40) BADENES, ob. cit., pág. 218; DEL MORAL, loc. cit., pág. 332.

(41) Cfr. D'ORAZI, ob. cit., pág. 118.

CAPITULO V

RANGO ENTRE CAUSAS DE PREFERENCIA

70. Rango entre causas de preferencia satisfactiva. 71. A) Rango establecido por el Código civil: a) Causas mobiliarias especiales; b) Causas inmobiliarias especiales; c) Causas generales. 72. B) Rango establecido por el Código de comercio: a) Rango entre causas mobiliarias; b) Rango entre causas inmobiliarias. 73. C) Rango entre las causas de preferencia establecidas por el Derecho aeronáutico. 74. D) Rango de las causas establecidas en leyes especiales. 75. E) Rango de los privilegios sin texto ordenador. 76. F) Rango entre causas de preferencia interferidas: a) Rango entre causas de Derecho civil y mercantil; b) Rango entre causas establecidas por leyes especiales y las de Derecho civil y mercantil; c) Rango entre causas sin texto y otras con texto ordenador.

70. RANGO ENTRE CAUSAS DE PREFERENCIA SATISFACTIVA.—Los Códigos han previsto, por regla general, el supuesto de que varios créditos preferentes concurren entre sí, a cuya graduación han tenido que atender señalando un orden para el cobro, movidos por ese *horror al vacío* que, en la concurrencia de créditos, es para los acreedores el pago a pro-rata. Pero sólo contienen reglas particulares concernientes a los privilegios y, por lo tanto, son importantes las lagunas que la doctrina científica y jurisprudencial trata de llenar extendiendo los principios y criterios generales de rango que suelen recoger los Códigos (1). El nuestro, sin embargo, ha omitido preceptos de esta naturaleza, lo que hace muy fatigo-

(1) El Código italiano, muy progresivamente, ha previsto la manera de llenar estas lagunas: «Cuando de la ley no resulta el grado de preferencia de un determinado privilegio especial, toma grado después de todo otro privilegio especial regulado en el Código» (art. 2783).

sa la labor del jurista cuando trata de completar la fragmentaria reglamentación de las cuestiones de rango. Creemos, a pesar de esta omisión, que no puede prescindirse de aquellos principios generales adoptados por la mayoría de las legislaciones, siguiendo remotos precedentes históricos, pues están enraizados en las normas básicas del rango de créditos y, aun sin regulación positiva, constituyen principios generales de cualquier ordenamiento jurídico en materia de preferencia y rango.

Para la mejor exposición de estas reglas partimos de la división entre causas de preferencia de la misma y de distinta clase, y, dentro de las primeras, distinguiremos entre causas del mismo o de distinto grado.

A) Las causas son de la misma clase cuando, por razón del asiento, se incluyen en alguna de las categorías separadas por los arts. 1922, 1923 y 1924 del Código civil, o sea, créditos singularmente privilegiados sobre inmuebles y créditos simplemente privilegiados.

a) Dentro de cada clase son *del mismo grado* las causas de preferencia iguales entre sí o que, aun no siéndolas, están recogidas a efectos de rango en el mismo número y artículo del Código (2), o son asimiladas en rango por leyes especiales. Así, son causas de preferencia del mismo grado varios créditos privilegiados de portadores (art. 1922 n.º 4 Cód. civ.), o varios créditos privilegiados, unos por construcción, otros por reparación y otros por precio de venta aplazado (art. 1922 n.º 1 del mismo Cód.).

Cuando concurren créditos del mismo grado y clase la solución que en principio hay que adoptar es la del pago a prorrata, proporcionalmente al importe de los créditos, como ya tuvo en cuenta el Derecho romano: «si eiusdem tituli fuerunt, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint» (Dig. XLII, V, 32); así lo establecen expresamente la mayoría de las legislaciones (3) y tácitamente nuestro Código que, para un caso particular, el rango entre causas de preferencia mobiliarias especiales, dispone que «en los demás casos (fuera de los supuestos de rango que establece), el precio de los muebles se distribuirá a prorrata entre los créditos que gocen de especial preferencia con relación a los mismos» (art. 1926, regla 4.ª, Cód. civ.).

Sin embargo, cuando media inscripción como causa de preferencia, se ha de atender a la prioridad temporal de las inscripciones (arts. 24 y 25 Ley Hip.), y del mismo modo se ha de proceder cuando concurren créditos escriturarios entre sí (art. 1924 n.º 3, Cód. civ.). También en otros casos establece la Ley, excepcionalmente, un determinado rango entre causas del mismo grado, como en el concurso de créditos refaccionarios

(2) GAETANO, *Il privilegio*, cit., pág. 166.

(3) Art. 2097 del Cód. francés; art. 1954 del Cód. italiano de 1865; art. 2782 del Cód. italiano, de 1942.

no inscritos ni anotados que serán preferentes entre sí por el orden inverso de su antigüedad (art. 1927 n.º 3 Cód. civ.) y, con relación a los privilegios fiscales, dispone el art. 640 de la Ley de Régimen Local que se antepondrán para su cobro los créditos fiscales del Estado a los de las Corporaciones locales.

b) Cuando las causas de preferencia, siendo de la misma clase, pertenecen a *distinto grado*, aunque los Códigos han establecido el rango que debe existir entre ellas, lo han hecho de manera incompleta, dejando importantes lagunas que han de cubrirse recurriendo a los principios generales a que nos referíamos al comienzo de este epígrafe:

La primera regla, y la más importante, que recogen los más significativos Códigos en relación con los privilegios, es la que establece que el rango entre ellos se determina con arreglo a la naturaleza o calidad de tales privilegios, jamás con un criterio temporal (4). La regla «prior tempore, potior iure», es sustituida por esta otra: «prior causa, potior iure». El principio expuesto es generalizable a todas las causas de preferencia, pues nuestro Código mezcla con los privilegios, a efectos de determinación del rango, la prenda y la hipoteca, que son las otras causas de preferencia más importantes; por otro lado, las causas sin texto sistematizador son las que más necesitan de estas reglas para obtener su colocación jerarquizada en caso de concurso.

Podemos ordenar las causas de preferencia, según su naturaleza o calidad, de la siguiente manera:

- 1.º Causas que favorecen las necesidades del Tesoro Público
- 2.º Causas fundadas en la posesión de la cosa (prenda o retención) o en la publicidad registral.
- 3.º Causas cuyo respectivo crédito ha procurado ventaja o podía procurarla a toda la masa de acreedores, como los gastos de justicia o de reparación.
- 4.º Causas cuyo crédito guarda directa relación con la cosa, en una proyección de derecho real, como el privilegio del vendedor sobre el precio o el del arrendatario sobre los frutos.
- 5.º Causas de piedad y humanidad, como los gastos funerarios o los privilegios laborales.

Aún varía la colocación de estas causas, según concurren entre sí privilegios generales o especiales. En el primer caso el orden debe ser el siguiente:

- 1.º Conservación y liquidación del patrimonio.
- 2.º Causas de piedad.

(4) Art. 2096 Cód. francés; art. 1181 Cód. holandés; art. 1953 Cód. italiano de 1865.

3.º Causas de utilidad general para la buena marcha de los servicios públicos.

Si concurren privilegios especiales:

1.º Créditos del Estado.

2.º Créditos con prenda.

3.º Créditos derivados de una *utilis versio in rem* (5).

La segunda regla, que es excepción de la primera, señala que hay que atender, ante todo, al rango determinado por la Ley, aunque sea contrario al que corresponda a la cualidad de las causas de preferencia concurrentes. Ejemplo de ello es el rango fijado a los aseguradores por el artículo 1927 del Código civil, superior al de los acreedores refaccionarios, o el señalado a los sueldos y salarios del Capitán y de la tripulación por el art. 580 del Código de comercio, que son pospuestos a los derechos de pilotaje y a los alquileres de los almacenes donde se depositaron los pertrechos.

La tercera regla enseña que, en defecto de ley, el rango puede ser determinado por el Juez por vía de analogía y teniendo en cuenta la naturaleza de las causas de preferencia, para equipararlas (6).

La cuarta regla aconseja que no debe despreciarse el orden con que la ley enumera las causas de preferencia que pudiera significar un orden de rango aunque no se diga expresamente; mas habrá de procederse con discreción, pues los criterios de clasificación no siempre coinciden con los de rango.

En último término, en defecto de regla especial o de principio general, el concurso de causas de preferencia se traduce en una coordinación o distribución a prorrata.

Particularidades especiales ofrece la determinación del rango de las causas de preferencia inmobiliarias sobre determinados bienes cuando aquéllas son de distinto grado, pues hay que tener presente, junto a la calidad del crédito, la fecha de la inscripción de la causa de preferencia cuando dicha inscripción proceda. No entendió la Comisión especial encargada de redactar el Proyecto de Código civil francés que fueran necesarias reglas particulares: «aunque el rango de estos privilegios —se decía— no haya sido fijado por el Código civil, se está generalmente de acuerdo en que las disposiciones legales actualmente en vigor son, poco más o menos, suficientes para prevenir toda dificultad seria sobre el orden en el cual deben ejercerse» (7). Pero no es así y en la práctica se pro-

(5) CHIRONI, ob. cit., I, págs. 372 y 377.

(6) GAETANO, en NUOV. Dig. II., voz cit., págs. 471-472; De PAGE, ob. cit., VII, 1.º, pág. 238.

(7) LAURENT, ob. cit., XXX, pág. 50.



ducen conflictos no previstos por la ley que precisan de reglas supletorias para su solución. Así lo han reconocido los autores franceses, como BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, para quienes «a diferencia de lo que sucede con los privilegios mobiliarios, el grado del acreedor no resulta solamente de la cualidad del crédito; depende además de su fecha»; BEUDANT y LEREBOURS-PIGEONNIERE advierten que la dificultad proviene de la amalgama de dos preceptos contradictorios: rango basado en la cualidad y rango basado en la fecha de la inscripción, proponiendo las soluciones adecuadas según predomine uno u otro dato, y PIERRE RAYNAUD establece para el Derecho francés las siguientes reglas: 1.ª El rango de los privilegios es preferible al de las hipotecas; 2.ª El rango del privilegio es, en principio, independiente de la fecha de la inscripción y depende de la cualidad del crédito; 3.ª Los privilegios del Tesoro se rigen por las leyes especiales que lo regulan, sin que puedan perjudicar a los derechos anteriormente adquiridos por terceros (8).

En nuestro Derecho solamente está previsto el rango cuando concurren créditos hipotecarios y refaccionarios inscritos o anotados con otros de esta última clase que no hayan tenido ingreso en el Registro; en este supuesto prevalece la inscripción y no la causa del crédito, según dispone el n.º 5 del art. 1923 del Código civil.

B) Cuando las causas son de *distinta clase* el problema más arduo de rango se ha planteado entre los privilegios generales y los especiales en la concurrencia de unos y otros. Frente a la opinión favorable a otorgar preferencia a los privilegios generales (9) domina hoy el criterio opuesto basado en sólidos argumentos, entre ellos que los privilegios especiales derivan de seguridades reales, mientras que los generales proceden de los *privilegia inter personales acciones*, es decir, de acciones quirografarias dotadas por el Derecho romano de un rango de favor (PLANIOL-RIPERT y continuadores), o bien que los privilegios especiales constituyen un vínculo de inherencia económica que falta en los privilegios generales, los cuales, por otra parte, gravan un objeto muy amplio (la generalidad de los muebles del deudor) (ANDRIOLI).

Nuestro Código sigue esta tendencia y en bastantes artículos establece el mejor rango del privilegio especial sobre el general. Los artículos 1922 y 1923 enumeran los privilegios con relación a determinados bienes muebles e inmuebles, respectivamente, y el art. 1924 los privilegios relativos a «los demás bienes muebles e inmuebles del deudor», respetando, pues, la precedencia satisfactiva de los créditos especialmente garantiza-

(8) BAUDRY-LACANTINERIE, *Privilegi*, cit., I, págs. 808 y sgts.; BEUDANT, ob. cit., págs. 91 y sgts.; RAYNAUD, voz PRIVILEGES IMMOBILIERS, en *Repertoire DALLOZ*.

(9) Vid. en GULLON, loc. cit., pág. 482, las razones de TROPLONG, JAY y LE MENUET.

dos. El art. 1926 es encabezado con este precepto: «los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes muebles, excluyen a todos los demás hasta donde alcance el valor del mueble a que la preferencia se refiere». Y en esta misma línea dispone el párrafo 1.º del art. 1928 que «el remanente del caudal del deudor, después de pagados los créditos que gocen de preferencia con relación a determinados bienes, muebles o inmuebles, se acumulará a los bienes libres que aquél tuviere para el pago de los demás créditos». En cambio, una vez decaído el privilegio especial por realización de los bienes sobre los que recaía o por prescripción, el crédito o la parte del mismo no cobrado no tiene otro rango que el que le corresponda por su naturaleza no privilegiada especialmente, sino simplemente privilegiada con carácter de generalidad sobre los restantes muebles e inmuebles (art. 1928, pfo. 2.º y 1929 en relación con el 1924) (10).

71. A) RANGO ESTABLECIDO POR EL CÓDIGO CIVIL.—Este cuerpo legal rubrica el Cap. III del Tít. XVII de su Lib. IV con la expresión «De la prelación de créditos», pretendiendo determinar el rango de los créditos de distinto grado y de la misma clase, o sea, los que están protegidos por causas de preferencia mobiliarias especiales (art. 1926), inmobiliarias especiales (art. 1927) y generales (art. 1929). En un caso especial tiene en cuenta el concurso de causas de la misma clase y grado (art. 1926 n.º 3).

a) *Causas mobiliarias especiales:*

a) *De distinto grado.* El Código ha dictado estas reglas:

1.ª «El crédito pignoraticio excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda» (art. 1926, regla 1.ª). Este rango prevalente del acreedor prendario, que también es acogido por el Código de comercio (art. 320) y por la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento (respetándose solamente la preferencia superior de los créditos laborales) (art. 10), es lógica consecuencia de la preferencia que la posesión atribuye, entre los derechos reales en concurso, al titular que posee la cosa (art. 1473 Cód. civ.) (11).

2.ª «Los créditos por anticipos de semillas, gastos de cultivo y recolección, serán preferidos a los de alquileres y rentas sobre los frutos de la cosecha para que aquellos sirvieron» (art. 1926, regla 3.ª). Es justo que los créditos que han servido para aumentar el patrimonio del deudor sean preferentes a las prestaciones arrendaticias, conforme al brocardo «fructus non intelliguntur nisi impensis deductis».

(10) Cfr. MARRASA, XII, págs. 772 y sgts.

(11) Este rango también lo respaldan los Códigos de Portugal (art. 860, 1.º), de Francia (art. 2073), de Holanda (art. 1069) y de Italia (art. 2748).

Entre los créditos por anticipos de semillas, gastos de cultivo y recolección, entre sí, no media ningún rango.

3.ª «En los demás casos, el precio de los muebles se distribuirá a prorrata entre los créditos que gocen de especial preferencia con relación a los mismos» (art. 1926, regla 4.ª). Con esta regla el Código viene a sentar como principio fundamental la coordinación o distribución a prorrata entre los créditos privilegiados que enumera el art. 1922, pues solamente en las reglas 1.ª y 3.ª del art. 1926 se establecen excepciones, que se reducen a dos: una amplia, la del acreedor prendario, y otra restringida al concurso con arrendadores, la del acreedor por anticipos agrarios. Ha preferido el Código por lo tanto, que las causas de preferencia en concurso se anulen entre sí, a mantener rango entre ellas, como hizo el Proyecto de 1851 al remitir su art. 1929 la jerarquización de causas al orden con que eran numeradas en los arts. 1926 y 1927 y como hace actualmente el Código italiano que en sus arts. 2278 y 2279 ordena minuciosamente las diversas causas especiales mobiliarias en concurso y cierra toda laguna con el precepto general y supletorio del art. 2783, integrándose así un modelo de regulación del rango entre privilegios, digno de ser imitado (12).

b') *Del mismo grado*.—«En el caso de fianza, si estuviera ésta legítimamente constituida a favor de más de un acreedor, la prelación entre ellos se determinará por el orden de fechas de la prestación de la garantía» (art. 1926, regla 2.ª). Se refiere esta norma a la fianza de efectos o valores constituida en establecimiento público o mercantil (art. 1922, n.º 3) y, por tanto, en vista de las formalidades escriturarias exigidas por dichos Institutos, podrá fijarse sin discusión la prioridad en la prestación de tal fianza.

b) *Causas inmobiliarias especiales*.—Veamos las normas de rango contenidas en el Código civil, complementado por la Ley Hipotecaria:

a') Causas de distinto grado:

1.ª Serán preferidos, por su orden, los créditos expresados en los números 1.º y 2.º del art. 1923 (son los fiscales y los del asegurador) sobre los comprendidos en los demás números del mismo artículo (art. 1927, regla 1.ª (13).

2.ª Cuando concurren los acreedores expresados en los números 1.º

(12) El legislador ha jerarquizado todos los privilegios mobiliarios que enumera en los arts. 2755 y sgts. con criterio exhaustivo, más lógico que el seguido por nuestros Códigos, meramente limitativos por comprender solamente algunos privilegios.

(13) Preceptos paralelos a éste son: el art. 12 de la Ley de Administración del Estado; los arts. 638 y 639 de la Ley de Régimen Local; el art. 197 de la Ley Hipotecaria; y el art. 271 del Reglamento Hipotecario.

y 2.º de dicho art. 1923, prevalece el primero sobre el segundo, es decir, se colocan «por su orden» según expresa la regla 1.ª del art. 1927.

3.ª Si concurren acreedores refaccionarios y titulares de derechos reales limitados o con garantía real sobre la misma finca, es la Ley Hipotecaria la que establece el rango en este caso particular. Habrá de tenerse presente en todo caso lo que dispone el art. 61, o sea, que la anotación no se hará sino en virtud de convenio unánime por escritura pública entre el propietario y las personas a cuyo favor estuvieren constituídas aquéllas sobre el objeto de la refacción misma y el valor de la finca antes de empezar las obras, o bien en virtud de providencia judicial dictada en expediente instruído para hacer constar dicho valor, y con citación de todas las indicadas personas. Ello es antecedente preciso para determinar el rango preferente que el art. 64 de la misma ley establece sobre el acreedor refaccionario en beneficio de los acreedores con garantía real inscrita antes de la anotación del primero, sobre el valor asignado a la finca; en cambio el crédito refaccionario será preferente a aquellos otros en cuanto a la plusvalía de la finca (14).

4.ª Serán preferentes, pero solamente respecto de créditos posteriores, los anotados por mandamiento de embargo, secuestro o prohibición de enajenar en concurso con otros créditos (art. 1923, n.º 4). En este caso, el crédito anotado se comporta como si la anotación no existiese, pues, aún sin él, el nudo crédito gozaría de la preferencia que, entre derechos personales, produce la antigüedad del crédito (art. 1924, n.º 3) (15). Esta claudicación de la anotación de embargo se justifica por la jurisprudencia alegando, si bien ello no es cierto con carácter general, que las anotaciones no crean ni declaran ningún derecho, ni modifican el carácter o naturaleza de las obligaciones que garantizan, ni mucho menos convierten en real e hipotecaria la acción que no tenía antes este carácter (16). Las

(14) Vid. Roca, *ob. cit.*, III, pág. 552; Sáncuez Mata, *El plus valor en el crédito refaccionario*, Rev. Cril. Der. Inmob., año 1954, pág. 579.

(15) Sents. de 27 enero y 13 junio 1958. La jurisprudencia ha precisado: Que son créditos anteriores preferentes los que constan en una escritura pública frente a los consignados en un pagaré, que es un documento privado, aunque la anotación de embargo a favor del titular del segundo sea anterior a la del acreedor citado en primer lugar (sent. 5 juicio 1917): Que los créditos que consten por sentencia de remate están comprendidos en el art. 1924, 3.º, letra B del Cód. civil (Sents. 12 octubre 1897 y 27 junio 1899); Que hay que atender para determinar la preferencia a la fecha de los documentos y a la del vencimiento de las respectivas obligaciones (Sent. 21 octubre 1927); Que la declaración unilateral consignada en acta notarial acerca de la existencia y elementos de un negocio jurídico no da acción preferente a la de los demandados ejercitantes (Sent. 16 junio 1958).

(16) Ha pretendido Ramos Folques atribuir rango preferente hipotecario a las anotaciones de embargo, incluso frente a créditos anteriores, fundándose en la legitimación registral que establece el art. 38 Ley Hip. Con argumentos convincentes le rebaten HERMIDA y ROCA SASTRE. Vid. Der. Hip., *cit.*, III, págs. 501 y sgts.).

anotaciones de embargo (antiguas hipotecas judiciales) han sido centradas por virtud de la Ley Hipotecaria en su verdadero y propio alcance, pues cuando se anotan derechos personales no por ello estos se transforman en reales ni se benefician de todas las ventajas del régimen hipotecario, reservado exclusivamente a la propiedad y derechos reales en términos generales (17).

La anotación de embargo produce efectos prelativos en el concurso con otros embargos o con reembargos cuando los créditos sean de la misma fecha, pues entonces el rango se ha de determinar por la data de la anotación, que funciona como causa de preferencia.

5.^a Los créditos refaccionarios no inscritos ni anotados tienen rango preferente sobre los inmuebles a que la refacción se refiera, excepto en relación a los créditos fiscales, por seguros, hipotecarios y refaccionarios anotados o inscritos y los anotados en virtud de mandamiento de embargo, secuestro o prohibición de enajenar (art. 1923, n.º 5).

Este rango se justifica por el aumento, mejora o incorporación que produce el crédito refaccionario, esté o no anotado en el Registro, de modo que el mayor valor que incorpora al inmueble será, de ordinario, suficiente para garantizar el crédito, sin perjuicio de los derechos anteriores que gozarán de la garantía del valor primitivo. Por otro lado, los créditos posteriores, aunque estén inscritos, no deben adquirir rango preferente sobre el refaccionario no inscrito para evitar a aquellos un enriquecimiento injusto.

Las excepciones están justificadas: en cuanto a los créditos fiscales y de seguros por el carácter eminentemente preferente que, por principio, tienen en nuestro sistema de rango; y razonada también, por lo que respecta a los acreedores hipotecarios, aun posteriores a los refaccionarios no anotados ni inscritos, para que no se quebrante la solidez de la garantía hipotecaria a expensas de beneficiar al acreedor refaccionario que, seguramente por negligencia o abandono, no produjo el correspondiente asiento en el Registro de la Propiedad. Pero no encontramos justo ni consecuente que quien anota un embargo pueda, en este caso particular, ser preferido al acreedor refaccionario no anotado aun cuando la fecha de éste sea anterior a la de aquél; es en este supuesto precisamente cuando la regla 4.^a del art. 1923 debería haber seguido rigiendo con más razón en vista del aumento de valor de la cosa que procura el crédito refaccionario.

b') *Causas del mismo grado:*

1.^a Los créditos hipotecarios y refaccionarios, anotados o inscritos, y los anotados preventivamente en virtud de mandamiento de embargo, secuestro o prohibición de enajenar gozarán de prelación entre sí por el

(17) CARRERAS, ob. cit., págs. 118 y sgts.; ROCA, ob. cit., III, pág. 498.

orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones (artículo 1927, regla 2.^a).

La lectura de este precepto parece dar a entender, a primera vista, que tiene presente la concurrencia de las tres especies de causas (hipoteca, crédito refaccionario y embargo) ; pero, considerando la distinta naturaleza y eficacia de cada una de aquéllas, el Tribunal Supremo ha aclarado que no media «confusión y concurrencia prelativa por el orden de antigüedad de sus inscripciones o anotaciones entre los de uno y otro orden» (sent. de 20 noviembre 1928). Por tanto hay que hacer la siguiente separación :

En la concurrencia de créditos hipotecarios se establece el rango atendiendo a la fecha de la inscripción (arts. 17, 24, 25 y 131, regla 17, Ley Hip. y art. 175, regla 2.^a Rgto. Hip.) (18).

Los créditos refaccionarios anotados cuando concurren entre sí gozan también del rango que les confiere la antigüedad de la anotación. Aun cuando ésta se convierta en inscripción conforme al art. 93 Ley Hip., la fecha de la anotación seguirá determinando el rango. Habrá de tenerse presente, en todo caso, el art. 64 Ley Hip. y, por lo tanto, el acreedor refaccionario precedente sólo conservará rango frente al posterior «por un valor igual al que se hubiere declarado a la misma finca» en la escritura o expediente judicial que regula el art. 61 de la misma Ley.

Los créditos anotados por virtud de mandamiento de embargo, secuestro o prohibición de enajenar, cuando concurren entre sí, gozarán también del rango de antigüedad de la anotación.

2.^a Los refaccionarios no anotados ni inscritos gozarán de rango entre sí por el orden inverso de su antigüedad (art. 1927, regla 3).

Esta prelación inversa tiene su antecedente en el Derecho romano (Dig. XX, II, I; XX, IV, 5 y 6; XLII, V, 24) que estimó que quien salvó la cosa que, sin su intervención adelantando lo necesario, hubiera perecido, tenga sobre ella una hipoteca preferente contra todos, ya que de otra manera los anteriores titulares de gravámenes se beneficiarían a cuenta ajena. Las Partidas recogieron esta doctrina (Part. V, Tít. XIII, Ley 28), que conservaron sustancialmente preceptos de las Leyes de Toro.

3.^a Si concurren créditos refaccionarios anotados con otros que no lo están, prevalecen los primeros (art. 1923, n.º 5 en relación con el 3.º).

c) *Causas generales*.—El Código ha deferido los bienes sobrantes, después de la realización de las causas de preferencia mobiliarias e inmo-

(18) La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 decía: «No es extensivo ésto a las hipotecas; la anterior no inscrita será postergada a la que, de fecha más moderna, se inscribió más pronto; aquí ya no existe peligro alguno; si la finca hipotecada basta para pagar a ambos ninguno queda perjudicado; si no alcanza a tanto, el que inscribió primero será siempre el atendido con preferencia. si sólo se puede cubrir el crédito del primero que inscribió, éste exclusivamente se aprovechará de la hipoteca».

biliarias, a la satisfacción de los demás créditos, tanto preferentes como comunes. El art. 1929 es el que afecta *los demás* bienes muebles e inmuebles al pago de los siguientes créditos:

- 1) Los créditos que no gocen de preferencia con relación a determinados bienes, es decir, los simplemente privilegiados.
- 2) Los que la gozaren, por la cantidad no realizada e igualmente cuando hubiese prescrito el derecho de preferencia.
- 3) Los créditos comunes a que se refiere el art. 1925, es decir, los créditos de cualquiera otra clase o por cualquier otro título no comprendidos en los artículos anteriores.

Para la distribución de estos créditos el rango a que se remite el art. 1929 es el de la enumeración seguida en el art. 1924. De modo que dicho rango se ajustará al siguiente orden:

- 1.º Créditos fiscales.
- 2.º Gastos de justicia y administración del concurso.
- 3.º Gastos funerarios.
- 4.º Gastos de la última enfermedad.
- 5.º Salarios y sueldos.
- 6.º Cuotas de la Seguridad Social.
- 7.º Anticipaciones alimenticias.
- 8.º Pensiones alimenticias.

9.º Créditos que consten en escritura pública o por sentencia firme, decidiéndose el rango de estos créditos escriturarios por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias, indistintamente, es decir, sin preferencia de los créditos que consten en escritura pública sobre los declarados por sentencia, satisfaciéndose a prorrata los que tuvieren fecha común.

10.º Los créditos comunes, que se satisfarán a prorrata, sin consideración a sus fechas.

Los créditos que fueran preferentes con relación a determinados bienes no tienen, por la parte no realizada, un lugar especialmente reservado en la anterior jerarquía de causas. Solamente tienen cabida entre los créditos escriturarios si constan en escritura pública o sentencia firme, o entre los comunes en otro caso (19).

Para el cobro de sus respectivos créditos podrán dirigirse estos acreedores simplemente privilegiados sobre los bienes muebles e inmuebles indistintamente, sin tener que observar rango en la ejecución por lo que a estas clases de objetos respecta, ya que nada dice el Código sobre este particular, al contrario que el art. 2105 del Código francés que obliga

(19) La hipoteca legal es preferente a la voluntaria. (Sent. 21 octubre 1915).

a proceder en primer término contra los bienes muebles y, en defecto de éstos, es cuando podrán perseguirse los inmuebles.

Por último, conviene notar que si concurren entre sí créditos correspondientes a alguno de los grados expresados en los ocho primeros apartados de los anteriormente relacionados, no habrá rango entre ellos y se satisfarán a prorrata, conforme a la ley general del concurso.

72. B) RANGO ESTABLECIDO POR EL CÓDIGO DE COMERCIO.—Hemos de separar aquí dos grandes grupos de causas: las mercantiles propiamente dichas y las marítimas, caracterizadas estas últimas por su asiento, que es el buque como patrimonio separado. Dedicaremos primeramente nuestra atención a las mercantiles, cuyo rango presenta importantes variaciones en relación con el establecido por el Código civil.

Por otro lado, las normas mercantiles sobre rango dejan preceptos en blanco, que se deben llenar con artículos del Código civil, al que se remiten, como sucede en el n.º 3 del art. 913 del Código de comercio.

Para exponer el rango de las causas de preferencia mercantiles *en la quiebra*, distinguiremos con el art. 912 del Código de comercio dos grandes grupos: a) Las causas de los créditos que han de satisfacerse con el producto de los bienes muebles y b) las de aquellos que han de pagarse con el producto de los inmuebles. Son las únicas especies de causas que distingue el Código de com., las mobiliarias y las inmobiliarias, mezclando las generales y las especiales y señalando entre ellas su rango de manera expresa.

a) *Rango entre causas mobiliarias.*—El art. 913 señala el siguiente:

1.º Causas mobiliarias generales, es decir, las relativas a los acreedores singularmente privilegiados por este orden: A. Los acreedores por gastos de entierro, funeral y testamentaria. B. Los acreedores alimenticios, o sea, los que hubieren suministrado alimentos al quebrado o a su familia. C. Los acreedores por trabajo personal por los seis últimos meses anteriores a la quiebra. D. Los titulares de créditos derivados de los regímenes obligatorios de subsidios y seguros sociales y mutualismo laboral respecto de igual período de tiempo que el señalado en el apartado anterior (20).

2.º Causas mobiliarias especiales, o como dice el número 2.º del art. 913: «los privilegiados que tuvieren consignado un derecho preferente en este Código», entre los cuales figuran el tenedor de resguardos de Almacén general (art. 208), el comisionista (art. 276), el porteador (artículos 375 y 376), el vendedor (artículo 340) y otros, entre ellos algu-

(20) Los apartados C) y D) se transcriben tal como han quedado redactados por la Ley de 17 julio 1958.

nos marítimos, que también gozan de preferencia sobre determinados bienes, como los créditos nacidos del contrato de fletamento a favor del fletante (art. 667), el del Capitán contra los efectos salvados en caso de avería (art. 867) o en caso de naufragio (art. 842), etc. (21). Si concurren varios créditos de esta clase, es decir, mercantiles especialmente privilegiados, no hay rango entre ellos, sino que se satisfarán a prorrata, según dispone la regla general del art. 916 del Código de comercio: «Los acreedores percibirán sus créditos sin distinción de fechas, a prorrata dentro de cada clase y con sujeción al orden señalado en los arts. 913 y 914», regla que es aplicable a este supuesto de concurrencia de varios acreedores privilegiados mercantiles sobre una misma cosa (pfo. 3.º del mismo art. 916).

3.º Causas mobiliarias especiales de Derecho común, según establece el n.º 3 del art. 913: «Los privilegiados por Derecho común y los hipotecarios legales en los casos en que, con arreglo al mismo Derecho, le tuvieren de prelación sobre los bienes muebles». La hipoteca legal, secuela de la hipotecas generales, no tiene ya en nuestro Derecho el sentido que le atribuye este precepto, pues para que queden constituidas precisan declaración de parte; menos aún puede decirse que haya hipotecas legales que causen prelación sobre bienes muebles (22); así, pues, sólo los privilegios mobiliarios especiales subsisten en este grupo de rango. Si concurren varias causas de esta clase no rigen las normas de rango del Código civil, sino el principio general establecido por el art. 916 del Código de comercio, antes expuesto, y, por lo tanto, procederá la distribución a prorrata entre todos los concurrentes de la misma clase.

4.º Créditos escriturarios. Comprende esta clase dichos créditos conjuntamente con los que lo fueron por títulos o contratos mercantiles en que hubiere intervenido Agente o Corredor. Por créditos escriturarios se entienden los que constan en escritura pública o en sentencia firme (art. 1924 Cód. civ.). Si concurren entre sí varios de estos acreedores cobrarán por el orden de fechas de sus títulos (art. 916, excepción 2.ª).

5.º Créditos comunes mercantiles.

6.º Créditos comunes por Derecho civil.

(21) Vid. Cap. II de esta parte, n.º 49. Los créditos enumerados por el art. 580 Cód. de com. no figurarán en este grupo cuando el buque se enajena por separado, sino que la graduación se hará conforme a dicho artículo.

(22) Igualmente ha perdido vigencia el art. 915 Cód. de Com., que prevé el supuesto de que un acreedor hipotecario general haya percibido sumas como consecuencia de la realización de bienes muebles, en cuyo caso serían satisfechos por el resto sobre los inmuebles, y si hubieren percibido el total de su crédito se tendrá por saldado y se pasará a pagar al que siga por orden de fechas.

b) *Rango entre causas inmobiliarias.*—Según el art. 914 del Código de comercio se sujetará al orden siguiente:

1.º Los acreedores con derecho real, o sea, los que no tienen derecho de separación, conforme a los arts. 908 a 910 del Código de com., que segregan de la masa las cosas sobre las cuales se ejerce su derecho. Aquellos acreedores son los hipotecarios y, junto a ellos, los que gozan de privilegio especial, que también es derecho real, tanto de carácter civil como mercantil, pues el precepto no hace ninguna distinción (23). Cuando concurren varios de estos créditos manda el mismo número 1.º del art. 914 que se pagarán por el orden establecido en la Ley Hipotecaria y —añadimos nosotros —por el Código civil, o sea, que habrán de tenerse en cuenta las normas de rango que preceptúan los arts. 1927 del Código civil y 24, 25, 194 y 196 Ley Hip., rigiendo entre causas distintas el rango de calidad y entre hipotecas el rango de prioridad temporal de la inscripción (art. 916, excepción 1.ª).

2.º Los restantes acreedores por el orden establecido en el art. 914, el cual establece un orden en la ejecución de los bienes del deudor, conforme al cual los acreedores que no sean reales habrán de ser incluidos necesariamente en el estado de graduación que corresponde a los bienes muebles, y, solamente en defecto de éstos, serán incluidos en el estado relativo a los inmuebles.

En cuanto a los acreedores prendarios e hipotecarios que no han sido satisfechos íntegra o parcialmente con los bienes afectados especialmente, pasarán a la condición de escriturarios mobiliarios y, subsidiariamente, inmobiliarios, concurriendo con los demás de este grado según la fecha del título (arts. 918 y 919).

Hasta aquí la determinación del rango en caso de quiebra (24). Vamos a examinarlo ahora cuando el concurso se produce en *juicio singular*, como sucede en el ejercicio de la tercería de mejor derecho, examen que va a hacerse en torno a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la importante sentencia de 29 de octubre de 1927, en cuyo primer Considerando se declara «que las tercerías de mejor derecho suscitadas en juicios ejecutivos seguidos contra comerciantes sólo pueden fundarse, invocando la legislación mercantil, en las preferencias por la misma estable-

(23) A la hipoteca se equipara la prenda, a los efectos de los arts. 913 y 914 Cód. de com. (sent. 13 octubre 1891). Los créditos refaccionarios, a efectos de los arts. 913 y 914 Cód. de com., tienen el derecho de hipoteca tácita y el de prelación sobre la finca refaccionada (sent. 11 octubre 1894).

(24) La Ley de suspensión de pagos de 26 de julio de 1922 no ofrece particularidad alguna digna de mención en materia de privilegios. Solamente en su art. 15 se hace una referencia a los acreedores privilegiados de los núms. 1.º, 2.º y 3.º del art. 913 del Cód. de Com.

cidas en relación a determinados bienes del deudor embargados en dicho juicio ejecutivo, pero en modo alguno en las de los artículos 913 y 914 del Código de Comercio, que sólo tiene aplicación cuando, declarada la quiebra de un comerciante, se halle trabada la universalidad de sus bienes, por exigirlo así, en primer término, el figurar dichos artículos en la sección quinta del título primero del libro cuarto del expresado Código, que a los derechos de los acreedores, en caso de quiebra, se refiere, y en segundo lugar, porque fuera de los casos en que un acreedor tiene derecho preferente a hacer efectivo su crédito en determinados bienes del deudor en virtud de una declaración expresa de la ley, no se concibe, dada la estructura de la legislación mercantil y la finalidad que persiguen los preceptos relativos al juicio universal de quiebra, que dos acreedores puedan discutir en un juicio singular para establecer preferencias en el cobro de sus créditos, a espaldas de los demás que pudiera tener el ejecutado y con exclusión de los mismos, pues si en el ejecutivo en que se promueve la tercería sólo esta embargada parte de los bienes del ejecutado, expedita tiene su acción el tercerista sobre los demás libres, y si, por el contrario, no encontró ninguno en dichas condiciones, por estar embargados todos en el ejecutivo, el camino a seguir no era el juicio singular de tercería, sino el universal de quiebra, que, conforme a los artículos 874, 875 y 876 del Código de Comercio, podía instar, y en él, y llamados todos los acreedores, sería el caso de establecer la gradación de créditos que previenen los artículos 913 y 914, sin perjuicio ni preterición de ninguno de aquéllos».

Resumidamente: Esta sentencia sólo admite el juicio singular para la declaración del mejor derecho entre dos acreedores en los casos en que alguno de ellos tiene derecho preferente a hacer efectivo su crédito en determinados bienes del deudor comerciante en virtud de una declaración expresa de la Ley, es decir, cuando está protegido por una causa especial de preferencia; en los demás supuestos habrá que acudir al juicio universal de quiebra. El argumento principal en que se apoya el Supremo Tribunal es que no puede decidirse sobre el rango a espaldas de otros posibles acreedores; si solamente fueron embargados en el ejecutivo de que dimanara la tercería parte de los bienes del deudor el acreedor tercerista puede ejecutar los bienes libres y si estaban embargados todos aquellos bienes entonces ha de acudir al juicio de quiebra.

No creemos que haya ninguna razón para establecer diferencias entre acreedores con causa especial o general a efectos de la norma de rango aplicable y, por lo tanto, entendemos que las establecidas por el Código de comercio para el supuesto de quiebra tienen también aplicación en el señalamiento del rango en los juicios de tercería cuando concurren cré-

ditos mercantiles; y esto por las siguientes razones que constituyen objeciones a dicha sentencia: 1.ª) También en el caso de que alguno de los acreedores contendientes en la tercería goce de causa especial de preferencia (hipoteca, privilegio, etc.) puede suceder que haya terceros ignorados a cuyas espaldas pueda decidirse sobre el rango, sobre todo acreedores privilegiados cuya causa de preferencia no se manifieste por la posesión o por la publicidad registral; 2.ª) La discriminación que hace la sentencia conduce a la siguiente consecuencia: que, mientras en el juicio de quiebra los acreedores privilegiados especiales cobran a prorrata cuando concurren entre sí (art. 916, pfo. 3.º, en relación con el 913, n.º 2), la sentencia comentada da a entender que en el juicio de tercería hay que seguir determinado rango entre acreedores de aquella naturaleza; pero ¿cuáles son y dónde están contenidas estas normas de rango en el concurso singular? Supongamos que las mercancías compradas por Cayo, y que han sido porteadas por Ticio, son vendidas, a su vez, por aquél a Sempronio permaneciendo los géneros vendidos en poder de Cayo; éste tiene privilegio sobre tales géneros para el cobro del precio y Ticio también le tiene para asegurar el premio del transporte (arts. 340 y 375, respectivamente, Cód. de com.). Pues bien, al remitir la jurisprudencia al art. 913, creyendo encontrar norma de rango, lo que hay en verdad es norma de coordinación y pago a prorrata (art. 913, n.º 2) (25) y entonces no vemos la utilidad de la tercería de mejor derecho, que solamente tendría sentido y consecuencia práctica cuando concurriera un acreedor preferente especial por Derecho mercantil con otro de los comprendidos en los números 3.º y sgts. del repetido artículo. y ¿quién asegura que no existan otros acreedores de los comprendidos en el n.º 1.º del referido precepto, acreedores con privilegio general preferentes a los privilegiados especiales mercantiles?; 3.ª) Por esta razón, no está justificado que las causas generales de preferencia, incluso las del núm. 1.º de dicho art. 913, que son preferentes a cualesquiera otras, no puedan prevalecer en juicio singular contra las demás causas, siendo así que aun cuando fueran desconocidos otros acreedores éstos serían en todo caso, y necesariamente, de rango inferior; 4.ª) Si un acreedor promueve un juicio ejecutivo no cabe duda que éste puede acabar con la enajenación y venta de los bienes embargados para pagar con su producto a dicho acreedor, sin necesidad de llamar a un juicio universal a todos los posibles acreedores, porque, en otro caso,

(25) Si, como declaran otras sentencias contradictorias con la objetada, para determinar la preferencia legalmente establecida debe acudir a las reglas del Código civil sobre el concurso de acreedores aunque se trate de créditos mercantiles, entre los acreedores especialmente privilegiados existiría el rango que establecen los arts. 1926 y 1927 Cód. civ. (sents. 24 abril 1918 y 7 noviembre 1930).

el juicio ejecutivo habría que borrarlo de las leyes procesales. Lo anómalo a la luz de la sentencia comentada sería que el acreedor ejecutante pudiera cobrarse en tal juicio y, sin embargo, que el acreedor preferente con causa general no pudiera disputarle ese cobro en juicio de tercería, sino que hubiera de promover la declaración de quiebra, con todos los inconvenientes que este procedimiento lleva consigo; 5.º) El mismo Tribunal Supremo viene declarando que, cuando el deudor no es comerciante, el rango ha de determinarse en las tercerías de mejor derecho siguiendo las normas del Tít. XVII, Lib. IV, Cód. civ., que para el concurso de acreedores establece dicho Cuerpo legal (26); paralelamente debió sostenerse la misma doctrina cuando el deudor es comerciante, únicamente que haciendo referencia al Tít. I, Lib. IV Cód. de com.; 6.º) Ocho días antes, el 21 de octubre de 1927, el mismo Tribunal declaraba que el Tít. XVII, Lib. IV, Cód. civ. no derogó los arts. 1532 y 1533 Ley Enj. civil «mediante cuyos preceptos en los juicios ejecutivos y por ende en cualquier otro procedimiento de apremio, todo acreedor extraño al ejecutante acreedor y al ejecutado deudor, a quien se han embargado bienes, puede, mediante la tercería de mejor derecho, disputar a aquél en ese juicio singular la preferencia que tenga su crédito sobre el que se trata de cobrar, *sin necesidad de promover el universal de concurso*».

Las causas de preferencia establecidas por el Derecho marítimo hemos dicho que también pueden concurrir en la quiebra con las propiamente mercantiles ocupando el lugar que les corresponda con arreglo a su naturaleza, en la ordenación establecida por los arts. 913 y 914 del Cód. de comercio, habida cuenta de la condición mobiliaria del buque, excepto a efectos de hipoteca naval (art. 1 de la Ley de 21 de agosto 1893) (27). Entre estos créditos figuran los que gozan de privilegio, como el del Capitán por indemnizaciones en caso de venta del buque (art. 808), las indemnizaciones por lesiones o muerte en abordaje (art. 838), privilegio a favor de los salvadores en caso de naufragio (art. 842) o avería (art. 867), créditos nacidos del contrato de fletamento a favor del fletante (art. 667), privilegio del Capitán por el pasaje y gastos de manutención (art. 704).

Un interesante problema se plantea cuando entre los bienes objeto del juicio de quiebra se incluye una nave, pues debe precisarse si concurrirán separadamente sobre aquélla los acreedores que enumera el art. 580

(26) Sents. 23 noviembre 1895, 24 abril 1918 y 7 noviembre 1930).

(27) La sentencia de 11 de febrero 1930 sostuvo que la hipoteca naval, como crédito escriturario, estaba bien incluida en el núm. 4.º del art. 913 Cód. de com.; en el caso contemplado por esta sentencia, el acreedor hipotecario habrá permitido que otros acreedores agotaran el valor realizado del buque, lo que lleva al Tribunal Supremo a estimar que la hipoteca se extinguió por desaparición de la cosa. Por ello, esta doctrina es compatible con lo preceptuado por el art. 51, pfo. 2.º, de la Ley Hip. naval.

del Código de com., o bien, de la masa de la quiebra no puede segregarse el buque o su valor, sino que su activo ha de distribuirse entre todos los acreedores conforme a las reglas contenidas en los arts. 913 y 914 del Cód. de com., con omisión del art. 580.

No cuenta nuestro Derecho comercial con una norma semejante al art. 776 del Código de com. alemán que atribuye rango preferente a los acreedores del navío cuando concurren con otros no garantizados por éste, o de redacción análoga a la del art. 666 del Código de com. italiano derogado que concedía preferencia a los privilegios marítimos sobre todo otro general o especial sobre muebles, norma recogida por el vigente Codice della Navigazione (arts. 549 y 1026).

El art. 1115 del Código español de 1829, que establecía el rango de los créditos en la quiebra, se refería al art. 596 (equivalente al 580 del Código actual) para excluir del orden de graduación por fechas a los créditos sobre el buque, pero sin indicar que los mismos gozaran de rango absoluto sobre los otros créditos (28). El Código vigente omite toda referencia a los créditos navales, antes bien al permitir el art. 584, pfo. último, que acreedores de otra clase, no incluidos en el art. 580, puedan embarcar la nave y promover su venta da a entender de modo claro que hay que acumular globalmente dentro del apartado 2.º del art. 913 los créditos comerciales, tanto los navales como los que no lo sean, sin que se independice el buque dentro de la masa de la quiebra como patrimonio especial separado (fortuna de mar) (29).

Por el contrario si se procede a la venta separada del buque para pago de acreedores, el precio se distribuye conforme al rango establecido por el art. 580 (30), sin que se descarten interferencias de otros acreedores, según veremos más adelante.

«Si el producto de la venta no alcanzare a pagar a todos los acreedores —dispone el art. 581— comprendidos en un mismo número o grado, el remanente se repartirá entre ellos a prorrata», salvo las siguientes excepciones:

(28) GONZÁLEZ HERRERA los consideraba refaccionarios, colocándolos en cuarto lugar, después de los créditos singularmente privilegiados, de los créditos de los arrendadores, de los dotales y de los correspondientes a la Hacienda Pública (*Tratado de quiebras*, 1856, págs. 134 y 149).

(29) Esta es, igualmente, la doctrina francesa. Vid. DANJON, *ob. cit.*, V, pág. 490; LYON CAEN-BERNAULT, *Traité de Droit Commercial*, VI, pág. 705.

(30) El art. 3.º del Convenio de Bruselas de 1926 atribuye rango preferente a los privilegios navales sobre las hipotecas, «mortgages» y prendas sobre buques.

Es extraña la doctrina sentada por nuestro Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de noviembre de 1927, dictada en tercera de mejor derecho seguida entre un acreedor por parte de precio impagado de venta del buque y otro por salarios, pues aplicó el art. 1922 Cód. civil y consideró preferente el primero de aquéllos.

1.^a Préstamos a la gruesa hechos durante el viaje, que tendrán preferencia sobre los que se hicieron antes de la expedición del buque, y se graduarán por el orden inverso al de sus fechas (art. 730).

2.^a Los préstamos para el último viaje tendrán preferencia sobre los préstamos anteriores (art. 730) (31).

3.^a Entre aseguradores, si alguno o algunos hubieren procedido de buena fe tendrán derecho a obtener el premio íntegro de su seguro de los que hubieren procedido con malicia, quedando el asegurado libre de toda responsabilidad (art. 788) (32).

4.^a Si concurren préstamo y seguro, aquél es preferente, pues el seguro sólo podrá subsistir en la parte que no exceda del importe del préstamo (art. n.º 1.º) (33).

En el supuesto de que concurren acreedores provistos de hipoteca naval con acreedores del art. 580, los arts. 31 y 32 de la Ley de 21 de agosto de 1893 han dispuesto cuáles son los créditos preferentes a la hipoteca y cuáles los pospuestos; mas, como no los gradúa, sino que los enumera, se planteó ya de antiguo la cuestión de si la Ley citada había derogado el art. 580 del Código de com. en este supuesto o, simplemente, se limitó a conceder rango dentro de él a la hipoteca naval (34), problema que sólo es aparente, pues procede de un defectuoso planteamiento del mismo. En efecto, dispone el art. 51, pfo. 2.º de la Ley Hip. naval que «si fuere declarado en quiebra (el propietario del buque) se considerarán comprendidos dichos créditos (los hipotecarios y los que tengan prelación sobre ellos) en el art. 914 del Código de comercio», o sea, que los acreedores enumerados en los arts. 31 y 32 de la Ley, juntamente con los hipotecarios, formarán parte del estado segundo de graduación, el que se confecta con los acreedores inmobiliarios conforme al art. 914 del Código de comercio, mientras que los restantes acreedores relacionados en el artículo 580 continúan integrando el estado primero, el que se forma con los

(31) «En concurrencia de varios préstamos hechos en el mismo puerto de arribada forzosa y con igual motivo, todos se pagarán a prorrata» (art. 730, pfo. 3.º).

Si concurren varios préstamos a la gruesa hechos antes del viaje regirá la ley del concurso, conforme al art. 581 Cód. de com. (En contra, LÓPEZ BERENGUER, *ob. cit.*, págs. 169 y 171).

(32) Vid. art. 782 sobre preferencia en caso de seguro doble.

(33) «Si en un mismo buque o carga concurren préstamo a la gruesa y seguro marítimo, el valor de lo que fuere salvado se dividirá, en caso de naufragio, entre el mutuante y el asegurador en proporción del interés legítimo de cada uno, tomando en cuenta, para esto únicamente, el capital, por lo tocante al préstamo, y sin perjuicio del derecho preferente de otros acreedores con arreglo al art. 580» (art. 735).

(34) RAMON FONT y VIÑALS, «La Ley de Hipoteca naval ha derogado en todo o en parte el art. 580 del Código de Comercio?», *Rev. Gen. Leg. Jur.*, T. 88, págs. 504 y sgts. y T. 89, págs. 35 y sgts.

acreedores mobiliarios según dispone el art. 913, pues el buque no pierde su condición de mueble sino excepcional y restringidamente. Pues bien, si los acreedores de los arts. 31 y 32 de la Ley alcanzan a ser satisfechos íntegramente, no era preciso que dicha Ley se hubiera preocupado de ordenarlos cuando anteceden a la hipoteca; y si no hay activo suficiente para su satisfacción entonces, al quedar pospuesta la hipoteca, no había razón para entender derogado el rango establecido por el art. 913 del Código, que actuará con independencia de la Ley de Hip. naval, inaplicable en este caso porque la hipoteca no tiene ocasión de desplegar su eficacia prelativa. La Ley no tenía, por tanto, en ninguno de estos casos, necesidad de señalar rango entre los créditos preferentes a los hipotecarios, sino limitarse a asignarles globalmente preferencia sobre aquellos, pues si no pueden cobrar les es indiferente que cobren los preferentes ordenadamente o a prorrata todos, tanto preferidos como pospuestos a la hipoteca, incluidos unos y otros en el n.º 2.º del art. 913 (35). Del mismo modo, una vez que los acreedores hipotecarios han cobrado, la Ley se desentiende de los posteriores acreedores, quienes, según el n.º 2.º del art. 914 cobrarán por el orden del art. 913, es decir, a prorrata, por estar incluidos en el n.º 2.º de este artículo. La anomalía que se produce es que, de no concurrir crédito hipotecario, todos los acreedores cobrarían a prorrata, y concurriendo son satisfechos íntegramente los preferentes a los hipotecarios y a prorrata los pospuestos, con la grave particularidad de que concurren como acreedores preferentes a los hipotecarios los que lo son por avería gruesa y los créditos litigiosos, no incluidos en el art. 580, y que contribuirán a reducir la porción distribuible entre los pospuestos a los hipotecarios.

En caso de que la enajenación del buque tenga lugar, no por causa de la quiebra, sino por venta forzosa del mismo conforme al art. 579 del Cód. de comercio, regirá la prelación del art. 580, tanto respecto de los créditos anteriores a los hipotecarios, cuando no alcance el producto a su íntegra satisfacción, como respecto de los posteriores en otro caso.

Para terminar, consignaremos las normas de rango establecidas por el Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926. El precepto fundamental es el art. 5.º, que se remite al orden con que se enumeran los privilegios en el art. 2.º, o sea:

1.º Las costas judiciales debidas al Estado y los gastos ocasionados en interés común de los acreedores para la conservación del buque para conseguir su venta y la distribución del precio; los derechos de tonelaje,

(35). Si concurrieren varios acreedores hipotecarios, después de satisfechos los créditos preferentes, el remanente se distribuirá entre aquellos atendiendo al rango que produce la hora de presentación en el Registro de los títulos respectivos (art. 38 Ley Hip. naval).

de faro o de puerto y los demás derechos e impuestos públicos de la misma clase; los gastos de practicaje, los gastos de custodia y conservación desde la entrada del buque en el último puerto.

2.º Los créditos resultantes del contrato de servicios del Capitán, de la tripulación y de otras personas que presten servicios a bordo.

3.º Las remuneraciones debidas por salvamento y asistencia, la parte correspondiente al buque en las averías comunes.

4.º Las indemnizaciones por abordaje u otros accidentes de navegación, así como por daños causados en las obras de los puertos, *docks* y vías navegables; las indemnizaciones por lesiones corporales a los pasajeros y a las tripulaciones; las indemnizaciones por pérdidas o averías de la carga o de los equipajes.

5.º Los créditos procedentes de contratos celebrados o de operaciones efectuadas por el Capitán, fuera del puerto de matrícula, en virtud de poderes legales, para las necesidades reales de la conservación del buque o para la continuación del viaje, sin distinguir si el Capitán es o no al mismo tiempo propietario del buque y si el crédito es suyo o de los proveedores, reparadores, prestamistas u otros contratantes (36).

Si concurren varios créditos incluidos en cada uno de dichos números, se satisfacen a prorrata en caso de insuficiencia del precio. Los incluidos en los núms. 3.º y 5.º, en cada una de estas categorías, se pagan preferentemente en el orden inverso de la fecha en que se han originado, reputándose que tienen la misma fecha los créditos referentes a un mismo caso (art. 5.º).

Los créditos privilegiados del último viaje son preferidos a los de los viajes anteriores. Sin embargo, los créditos resultantes de un contrato único de enrolamiento para diversos viajes concurren todos en el mismo grado con los créditos del último viaje (art. 7.º).

73. C) RANCO ENTRE LAS CAUSAS DE PREFERENCIA ESTABLECIDAS POR EL DERECHO AERONÁUTICO.—La hipoteca aeronáutica está reconocida expresamente por los arts. 38 y 41 de la Ley Hip. mobiliaria, el último de los cuales dispone que «sólo gozarán de preferencia sobre la hipoteca mobiliaria las remuneraciones debidas por salvamento y gastos absolutamente necesarios para la conservación de la aeronave, por orden cronológico inverso, siempre que se anoten en el Registro Mercantil correspondiente dentro de los tres meses siguientes a aquél en que se hubieren terminado dichas operaciones o reparaciones». A las remuneraciones por salvamento se refiere la Base XV del Código de Navegación Aérea, que prevé el es-

(36) A continuación, según el art. 3.º, han de colocarse las hipotecas, «mortgages» y prenda sobre buques.

tablecimiento del derecho a recibir una indemnización por la asistencia a naves o aeronaves en peligro, personas o cosas, teniendo en cuenta el valor de los bienes asistidos, el resultado obtenido, los gastos y daños ocasionados, los esfuerzos realizados, el tiempo invertido y demás circunstancias dignas de tomarse en consideración. Gastos absolutamente necesarios para la conservación de la aeronave serán, a falta de texto sobre este particular, los que tienen aquella consideración en el Derecho marítimo, aplicable por analogía, según expusimos anteriormente (37); o sea, las costas judiciales debidas al Estado y los gastos causados en interés común de los acreedores para la conservación de la aeronave o para conseguir su venta y distribución del precio (art. 2.º, núm. 1.º del Convenio de Bruselas), los salarios de los depositarios y guardas de la nave y cualquier otro gasto aplicable a su conservación desde la entrada de la aeronave en el aeródromo hasta la venta (art. 580, núm. 4.º Cód. de com.), el alquiler del almacén donde se hubieren custodiado los pertrechos y enseres de la aeronave (art. 580, núm. 5.º), los efectos del cargamento que hubiere vendido el Comandante para reparar la aeronave (art. 580, n.º 7.º), la parte del precio que no hubiere sido satisfecha al último vendedor, los créditos pendientes de pago por materiales y mano de obra de la construcción de la aeronave, cuando no hubiere navegado, y los provenientes de reparar y equipar la aeronave y de proveerla de víveres y combustible en el último viaje (art. 580, núm. 8.º).

En cuanto al rango entre privilegios aeronáuticos, regirán las normas del Derecho marítimo, especialmente la Convención citada de Bruselas, el art. 580 del Código de com. y el art. 913 del mismo texto legal, dada la condición de cosa mueble que se atribuye a la aeronave, así como el art. 1926, en relación con el 1922, ambos del Código civil, en caso de concurso de acreedores (38).

74. D) RANGO DE LAS CAUSAS ESTABLECIDAS EN LEYES ESPECIALES.— Aludíamos en el Cap. II de esta parte (núm. 51) a las graves dificultades de rango creadas por estas leyes que introducen causas de preferencia inorgánicas y de carácter absoluto o indeterminado, dificultades que no pasaron desapercibidas a los redactores del Código italiano de 1942, quienes para eliminarlas incluyeron el siguiente precepto: «Cuando de la ley no resulta el grado de preferencia de un determinado privilegio especial, toma grado después de todo otro privilegio especial regulado por el Código» (art. 2783), que acaba con las dubitaciones en cuanto al rango de aquellos privilegios.

(37) Parte II, Cap. II, n.º 50.

(38) Vid. art. 10 de la Ley Hipotecaria mobiliaria.

Estas dudas, a falta de precepto análogo, subsisten en nuestro Derecho, como se ve de la siguiente enumeración:

a) *Privilegios fiscales*: 1) Rango absoluto concedido por el art. 12 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado para el cobro de la anualidad corriente y de la última, vencida y no satisfecha, de las contribuciones e impuestos que gravan los bienes inmuebles.

2) Rango absoluto otorgado al Estado sobre todos los demás acreedores para el reintegro del timbre (art. 76 de la Ley de 14 abril 1957).

3) Rango relativo concedido al Estado para el cobro de los créditos liquidados, anteponiéndose los acreedores de dominio, prenda o hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda (art. 11 de la Ley de Administración del Estado).

4) Rango relativo del privilegio establecido a favor de las Haciendas locales por los arts. 638 y 639 de la Ley de Régimen Local, en los mismos términos que el concedido al Estado por el art. 12 de la Ley de Administración; pero disponiendo el art. 640 que estas preferencias y prelación de derechos habrán de entenderse sin perjuicio de las que correspondan a la Hacienda Pública del Estado, manteniéndose la igualdad de derechos entre las mismas entidades locales.

5) Rango relativo otorgado por el art. 8 de la Ley de 26 de diciembre de 1958 a los créditos liquidados por tasas y exacciones parafiscales, pues este privilegio es pospuesto a los que protegen los impuestos o contribuciones de la Hacienda Pública o los derechos reales a que hace referencia el art. 11 de la Ley de Administración del Estado.

6) Rango indeterminado establecido por el art. 19 de la Ley del Impuesto de Derechos Reales en beneficio de los derechos correspondientes a las transmisiones, haya sido o no liquidado el impuesto.

b) *Privilegios laborales*.—Distinguiremos con BAYON CHACÓN y PÉREZ BOTIJA (39), causas de preferencia absolutas y relativas entre las que enumera el art. 59 de la Ley de Contrato de Trabajo:

a') Rango absoluto tienen:

1) Los créditos por salarios o sueldos devengados por los trabajadores sobre todos los demás créditos respecto de los objetos que hayan sido elaborados por el trabajador, mientras permanezcan en poder del empresario.

(39) BAYON CHACÓN-PÉREZ BOTIJA, *Manual de Derecho del Trabajo*, 1958, II, págs. 391 y sgts.; Vid. también HERRERO TEJEDOR, *Problemas procesales que plantea la prelación de créditos de los trabajadores*, Rev. Der. Priv., 1951, págs. 311 y sgts.

2) Dichos créditos sobre cualquier otro respecto de los inmuebles a que se incorporó su trabajo, si no están hipotecados.

3) Los créditos de los trabajadores por salarios de las dos últimas semanas y de los empleados por sueldos del último mes, cuando el trabajo de unos y otros se hubiera incorporado o referido a un inmueble, tendrán preferencia respecto de éste sobre todo otro crédito, incluso hipotecario.

4) Los créditos por salarios gozan de preferencia respecto de los bienes incorporados a la empresa o explotación, sean muebles o inmuebles, si tales bienes no están pignoralos o hipotecados, respectivamente.

b') Rango relativo corresponde:

1) En relación con bienes inmuebles, con hipoteca inscrita, a los que el trabajador hubiera incorporado su trabajo y para el exceso de salarios de dos semanas o sueldos de un mes, el orden es: 1.º, impuesto del Estado debidos por el último año; 2.º, primas de seguro de dichos inmuebles debidas por los dos últimos años; 3.º hipotecas; 4.º, salarios y sueldos por lo que excedan, respectivamente, de dos semanas o de un mes; 5.º, los demás créditos por su orden normal.

2) En relación con bienes incorporados a la empresa, muebles pignoralos o inmuebles hipotecados, y para el exceso de salarios de dos semanas y sueldos de un mes, el orden es el mismo precedente, añadiendo prenda a hipoteca en el n.º 3.º

3) A tenor de la regla 5.ª del art. 59 la parte de crédito por salarios que no se hubiese satisfecho por la regla 1.ª (relativa a los bienes a que el trabajador hubiese incorporado su trabajo), gozará de la prelación ordinaria que le reconozca el Código civil o el de comercio.

La Ley sobre condiciones de trabajo en la Marina mercante de 19 de diciembre de 1951 regula en su Base 6.ª una preferencia indeterminada en favor de los salarios devengados por las dotaciones, pues se limita a afectar a tal responsabilidad los buques con sus máquinas, aparejos, pertrechos y fletes sin determinar el lugar de su rango.

c) *Acreeedor hipotecario sobre cosa mueble.*—Su rango es asimilado por el art. 10 de la Ley de Hipoteca mobiliaria al del acreeedor prendario, según lo coloca el art. 1926 del Código civil, dejando a salvo la prelación por créditos laborales, y teniéndose en cuenta que el art. 2.º de dicha Ley excluye el concurso de hipoteca mobiliaria con privilegio por precio aplazado de venta, pues no permite que se constituya dicha hipoteca sobre bienes cuyo precio de adquisición no se hallase íntegramente satisfecho, excepto en el caso de que se constituya la hipoteca o la prenda en garantía del precio aplazado (40). También excluye dicho art. 2.º el con-

(40) Las razones de este precepto pueden verse en VALLET, *Plantearamiento...*, cit., págs. 100 y sgts.

curso de la hipoteca mobiliaria con hipoteca, prenda o embargo anteriormente constituídos sobre los mismos bienes; no obstante, si la prenda o el embargo fueren posteriores, el rango preferente corresponde a la hipoteca, así como también respecto de embargos anteriores no anotados (41). Para la hipoteca aeronáutica rige el orden especial establecido por el art. 41 de la Ley de Hip. mobiliaria, ya examinado en el número anterior.

d) *Acreeedor con prenda no desplazada*.—El art. 10 de la Ley de Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión es común a ambas instituciones y de ahí que sean aplicables a la prenda las reglas acabadas de exponer respecto de la hipoteca (42), con las adiciones del art. 66 que previene que serán satisfechos con prelación al crédito pignoraticio: 1.º Los créditos debidamente justificados por semillas, gastos de cultivo y recolección de las cosechas o frutos; y 2.º Los de alquileres o rentas de los últimos doce meses de la finca en que se produjeren, almacenaren o depositaren los bienes pignorados.

También está excluido el concurso cuando se pretende constituir prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que están afectos por privilegios que llevan consigo la idea de prenda (como los refaccionarios, por transporte y por hospedaje), por impedirlo el art. 2.º de la Ley (43).

e) *Rango del subarrendatario para reintegrarse del exceso de renta indebidamente percibida por el subarrendador*.—Establece rango absoluto el art. 13, ap. 2.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues le atribuye preferencia a cualquier otro acreedor del inquilino (44).

f) *Rango de la hipoteca privilegiada del Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional*.—Creó la Ley de 26 de septiembre de 1941 un rango absoluto en beneficio de los créditos garantizados con dicha hipoteca («gozarán de preferencia y prioridad legal sobre otra carga o gravamen»).

Igualmente otorga este rango absoluto a dicho Instituto, por los créditos navales que conceda, la Ley de 12 de mayo de 1956 («tendrán preferencia sobre todo otro crédito o gravamen»).

Quedan expuestas las causas de preferencia establecidas por leyes especiales y puede comprobarse que dominan los rangos absolutos, los cuales plantean el problema acerca del orden con que habrán de distribuirse varios créditos garantizados cada uno de ellos con alguna causa de

(41) Cfs. VALLET, loc. citado últimamente, págs. 104 y sgts.

(42) Véase, sin embargo, sobre rango de prenda no desplazada en concurso con prenda manual posterior, las opiniones contrapuestas de SANZ (*La prenda sin desplazamiento*, An. Ac. Matrit. Not., II, pág. 168) y VALLET (loc. cit., págs. 103-104).

(43) Vid. contra VALLET, loc. cit., pág. 107.

(44) Vid. supra, n.º 51, el alcance limitado de este rango.

preferencia absoluta y que no puede tener otra solución que la distribución a prorrata, más justificada aquí que en ningún otro caso en vista de que concurren causas igualmente todopoderosas.

La otra cuestión que plantean estas causas absolutas es la alteración que producen en los viejos rangos que figuran en los Códigos cuando reproducen con variaciones de contenido, y hasta de rango, algunas causas de aquéllas. Pero este problema, así como la colocación de las causas con rango relativo o indeterminado, se refiere a supuestos de interferencia de causas que tendrán su estudio en el núm. 76.

75. E) RANGO DE LOS PRIVILEGIOS SIN TEXTO ORDENADOR.—Estos privilegios que, aun recogidos por los Códigos, no han sido incorporados a sus normas de rango, fueron ya expuestos en el cap. II de esta Parte. Ahora nos corresponde estudiar el rango atribuible a los mismos, reservando para el núm. siguiente el que les corresponde cuando entran en concurso con otros privilegios con texto ordenador.

a) El Código civil regula en su art. 1213 el que hemos denominado privilegio del subrogante y no suscita conflicto alguno porque sólo actúa frente a la persona que se hubiera subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito.

b) Más numerosos son los privilegios de esta naturaleza regulados por el Código de comercio:

1) El art. 98 concede rango indeterminado, en beneficio de los perjudicados por las operaciones de los Agentes mediadores de comercio, sobre la fianza constituida por éstos, pues atribuye a dichos perjudicados «una acción real preferente contra las mismas», sin determinación del rango.

2) El art. 196 señala rango relativo a los acreedores que tuvieren legítimamente en prenda un resguardo de Compañías de Almacenes generales de depósito, pues les asigna preferencia sobre los demás débitos del depositante excepto los créditos procedentes del transporte, almacenaje y conservación de las mercancías.

3) Rango absoluto otorga el art. 208 a las cédulas hipotecarias y obligaciones especiales, lo mismo que a sus intereses o cupones y a las primas que les estén asignadas, sobre los créditos y préstamos a favor del Banco o Compañía (de crédito territorial) que las haya emitido y en cuya representación estuvieren creadas.

Sin perjuicio de esta garantía —dice el mismo artículo— gozarán la general de la Compañía, con preferencia también, en cuanto a éste, sobre los créditos resultantes de las demás operaciones.

4) Rango relativo en beneficio del comisionista por sus derechos de

comisión, anticipaciones y gastos, sobre los efectos que se remitieren en consignación. Tiene rango preferente el porteador (art. 276).

5) Rango absoluto a favor del prestamista con garantía de efectos cotizables, hecho en póliza con intervención de Agentes colegiados, sobre los efectos o valores públicos pignorados (arts 320 y 321).

6) Rango absoluto del vendedor, en cuyo poder estén los géneros vendidos, para obtener el pago del precio por los intereses ocasionados por la demora (art. 340).

7) Rango indeterminado se otorga a los cargadores sobre las caballerías, carruajes, barcos, aparejos y todos los demás medios principales y accesorios de transporte, en seguridad del valor de las mercancías perdidas o extraviadas (art. 372).

8) Rango absoluto a favor del porteador, sobre los efectos porteados, para el cobro del precio del transporte y de los gastos y derechos causados por ellos durante su conducción o hasta el momento de su entrega (art. 375).

9) Preferencia absoluta es la que se establece por el art. 403 en favor del asegurador, sobre los bienes muebles, para el cobro de la prima del seguro.

10) En el Derecho marítimo hay los siguientes privilegios sin texto:

1.º Rango absoluto en favor de los fletes, sobre los efectos cargados (art. 667).

2.º Rango también absoluto en favor del Capitán para cobrar el precio del pasaje y gastos de manutención, sobre los efectos pertenecientes al pasajero (art. 704).

3.º Rango indeterminado en beneficio del Capitán por la indemnización pactada con el naviero para el caso de venta voluntaria del buque, si después de haberse dirigido la acción contra el vendedor resultare éste insolvente (art. 608).

4.º Preferencia absoluta concedida para el cobro de las indemnizaciones debidas por muerte o lesiones de las personas en caso de naufragio (art. 838).

5.º Preferencia absoluta en el cobro de los gastos del salvamento sobre el valor de los objetos salvados del naufragio (art. 842).

6.º Preferencia indeterminada establecida por el art. 646 en beneficio de los salarios devengados por la tripulación ajustada a sueldo o por viaje, sobre el buque con sus máquinas, aparejo, pertrechos y flete.

Todos estos privilegios, a excepción del recogido bajo el núm. 9) que es mobiliario general, son de carácter especial, gravan determinados bienes; por lo tanto, cuando concurren con otros créditos que gozan también de privilegio especial sobre la misma cosa, habrá que tener en

cuenta si el concurso se produce en juicio singular, en cuyo caso el privilegio con rango absoluto antecederá a los demás y si varios tienen este carácter se distribuirá el activo a prorrata, y si el concurso se produce en juicio universal de quiebra, entonces, tanto por el art. 913 como por el 914 del Código de comercio, los privilegios especiales mercantiles y los civiles no gozan de rango, sino que los créditos correspondientes se satisfacen a prorrata; si se declara al deudor en concurso y concurren varios de estos acreedores con privilegio sin texto, creemos que deben aplicarse por analogía las normas de rango del Código civil, asimilando cada uno de estos privilegios a los que tienen la misma naturaleza entre los comprendidos en los arts. 1922 y sgts. del Código civil, e incluso cuando se trata de privilegios de Derecho marítimo inclina a esta asimilación lo dispuesto en el art. 51, pfo. 1.º, de la Ley de Hipoteca Naval.

76. F) RANGO ENTRE CAUSAS DE PREFERENCIA INTERFERIDAS.—Hemos estudiado las normas de rango de los Códigos, que no recogen todos los privilegios establecidos por los mismos, ni, menos aún, los regulados por leyes especiales. También han sido expuestos anteriormente los privilegios sin texto cuando concurrían entre sí y lo mismo se ha hecho con los establecidos por leyes especiales. Corresponde ahora traer a la consideración del lector el rango que habrá de prevalecer en los múltiples e interesantes supuestos en que se interfieren privilegios de una y otra clase, civiles y mercantiles, estos y los creados por leyes especiales, y los privilegios sin texto en concurso con otros de rango normado.

La deficiencia de nuestras leyes es manifiesta y poco han de ayudarnos a resolver las cuestiones que irán planteándose; cuanto aquí exponamos, en esta delicada problemática, aspira a airear aquellos defectos y a señalar un camino que pueda corregirlos.

a) *Rango entre causas de Derecho civil y de Derecho mercantil.*—Hemos de distinguir tres supuestos:

1) Que el deudor comerciante sea declarado en quiebra. En este caso los créditos civiles y mercantiles se integran en los cuadros de rango establecidos por los arts. 913 y 914 Código de comercio, distinguiéndose en el primero de estos artículos —y en el segundo por referencia a aquél— los créditos privilegiados por Derecho mercantil (núm. 2.º) y los privilegiados por derecho común (n.º 3.º), por este orden, sin que quepa la aplicación de disposiciones similares del Código civil sobre prelación (sent. de 28 de abril de 1930) (45).

2) Que el deudor no comerciante sea declarado en concurso de acree-

(45) Las causas de Derecho marítimo también se incluyen en el art. 914, a tenor del art. 51, pfo. 2.º Ley Hip. naval.

dores y acudan al cobro créditos procedentes de operaciones mercantiles con otros civiles (46). Habrá de aplicarse el Cap. III, Tít. XVII, Lib. IV, Cód. civ., teniendo en cuenta la naturaleza común de instituciones civiles y de las respectivas mercantiles, v. gr., cuando la regla 1.ª del art. 1926 establece el rango preferente del crédito pignoraticio, si éste es mercantil gozará del mismo rango (47).

Si hay créditos concurrentes de Derecho marítimo, que no sean hipotecarios, el buque tiene la consideración de cosa mueble, según el art. 585 del Código de comercio, y habrá de seguirse por esta razón el orden del art. 1926 del Código civil en relación con el art. 1922. Si concurrieren además créditos hipotecarios, el art. 51, pfo. 1.º, de la Ley de Hip. naval dispone que «se considerarán comprendidos en el art. 1923 del Código civil los créditos asegurados con hipoteca del mismo buque y los demás que tengan prelación sobre ellos, conforme a las disposiciones de esta Ley» es decir, conforme a los arts. 31 y 32 de la misma, siendo de tener en cuenta aquí lo que exponíamos en el n.º 72 B) para el caso de quiebra concurriendo créditos de Derecho marítimo. En todo supuesto corresponde a la hipoteca naval el rango que le reserva el núm. 2.º del art. 1927 del Código civil, antepuestos los privilegios relacionados por los arts. 31 y 32 de la Ley Hip. naval.

3) En el juicio singular, si concurren causas de preferencia civiles y mercantiles, hay que distinguir el deudor comerciante del que no lo es, rigiendo en el primer caso el rango que para la quiebra determina el Código de comercio y en el segundo el que establece para el concurso de acredores el Código civil (48).

b) *Rango entre causas establecidas por leyes especiales y las de Derecho civil y mercantil.*—En primer lugar, hemos de determinar el alcance que los privilegios regulados por leyes especiales tienen en relación con privilegios idénticos, aunque de distinto contenido, prevenidos por los Códigos civil y de comercio, es decir, hay que precisar si estas leyes han derogado aquellos privilegios de los Códigos para sustituirlos por los que ellas introducen o, por el contrario, coexisten unos y otros. Esta última orientación siguió el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de diciembre de 1898 en materia de créditos fiscales, y puede generalizarse esta doctrina. porque a la misma solución conduce el examen caso por caso de los

(46) No será frecuente, aunque no está descartado este supuesto, pues la existencia de operaciones mercantiles habrá atribuido al deudor la habitualidad precisa para su consideración como comerciante.

(47) La sentencia de 4 de junio 1929 admite que, para determinar la naturaleza de los créditos, a efectos de la calificación mandada hacer por el art. 8.º de la Ley de 1922, se tengan en cuenta tanto los preceptos del Cód. de com. como los del Cód. civil.

(48) Vid. cuanto dijimos en el núm. 76.

privilegios incluidos en leyes especiales y su comparación con los correlativos de los Códigos a la vista de las cláusulas derogatorias o de vigencia que puedan contener tales leyes.

Por otro lado también hay que determinar el rango que corresponde a aquellos privilegios respecto de los establecidos por leyes comunes. A continuación exponemos los resultados a que llegamos en la solución de ambas cuestiones:

1) Privilegios fiscales sobre inmuebles.—Los textos que se comparan son los siguientes:

Art. 1923, n.º 1.º, Código civil: «Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia: 1.º Los créditos a favor del Estado, sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que gravitan sobre ellos» (49).

Art. 12 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado, que atribuye a éste preferencia sobre cualquier otro acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque haya inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, para el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha; de las contribuciones e impuestos que gravan los bienes inmuebles.

Los arts. 638 y 639 de la Ley de Régimen local, que establecen en favor de las Corporaciones locales los mismos privilegios y con la misma extensión que lo hace el art. 12 de la Ley de Administración del Estado; pero respetándose por el art. 640 el rango preferente de los privilegios fiscales del Estado.

Si examinamos las disposiciones finales de las leyes especiales citadas, deducimos que estas coexisten con los privilegios correlativos del Código Civil, pues la Ley de 1 de julio de 1911 solamente derogó la de 25 de junio de 1870 sobre Administración y Contabilidad del Estado y las demás dictadas hasta la fecha para su reforma, y el Decreto de 16 de diciembre de 1950 se limitó a derogar «las disposiciones legales relativas al régimen y administración de Municipios y Provincias». Por otro lado, no existe contradicción entre unos y otros privilegios, los regulados por el Código y los análogos normados por las leyes especiales citadas, para que pudiera apreciarse una derogación tácita de los primeros por los segundos. El Estado podrá, por lo tanto, invocar el Código o la ley especial para que se reconozca su privilegio; las Corporaciones locales solamente podrán retenerse a su ley propia, pues el Código no les reservó en el art. 1923, n.º 1.º, privilegio alguno (50).

(49) El art. 194 de la Ley Hip. recoge también este privilegio.

(50) Privilegios apuestos establecen también la Ley del Timbre (art. 14) y la del Impuesto de Derechos reales (art. 19).

En cuanto a la colocación de los privilegios establecidos por aquellas leyes especiales, si concurrieran con el fiscal del Código civil, por ser del mismo rango, no se produciría subordinación entre ellos; y si concurrieran con otros privilegios serían preferentes aquellos por razón de la prevalencia absoluta del crédito fiscal. En caso de quiebra el art. 914 del Código de comercio antepone importantes privilegios a los fiscales por derecho común; pero creemos que, dado el carácter absoluto de los establecidos por aquellas leyes fiscales especiales, estos privilegios son de rango preferente a todos los demás (51).

2) Privilegio del Tesoro en favor de créditos no fiscales. Se regula por el art. 11 de la Ley de Administración del Estado, que determina con precisión su rango, pues lo pospone a los acreedores de dominio, prenda o hipoteca, o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda y sin perjuicio de la preferencia de los privilegios fiscales sobre inmuebles.

Como los acreedores de dominio gozan de derecho de separación y no de rango, hay que reducir los privilegios preferentes a los fiscales sobre inmuebles y a los hipotecarios, y cuando el bien concurrido sea mueble, solamente a los acreedores prendarios.

3) Privilegios laborales. He aquí los textos correlativos:

Art. 1924, n.º 2.º, del Código civil, que otorga privilegios sobre los demás bienes muebles e inmuebles del deudor «por los salarios y sueldos de los trabajadores por cuenta ajena y del servicio doméstico correspondiente al último año» (inciso D, según la redacción de la Ley de 17 de julio de 1958) y también por las cuotas correspondientes a los regímenes obligatorios de subsidios, seguros sociales y mutualismo laboral por el mismo período de tiempo que señala el apartado anterior siempre que no tengan reconocida mayor preferencia con arreglo al artículo precedente» (inciso E, según la redacción de la misma Ley).

Art. 913 del Código de comercio, redactado también por la Ley de 17 de julio de 1958, que concede privilegio a «los acreedores por trabajo personal por los seis últimos meses anteriores a la quiebra» (inciso C del núm. 1.º) y a los «titulares de créditos derivados de los regímenes obligatorios de subsidios y seguros sociales y mutualismo laboral respecto de igual período de tiempo que el señalado en el apartado anterior» (inciso D del mismo núm.).

(51) La sentencia citada de 7 de diciembre 1898 estimó bien colocado un privilegio fiscal regulado por la Ley de Contabilidad en el núm. 3.º del art. 913 Cód. de com. Sin embargo, entendemos que debió otorgarse preferencia absoluta a dicho crédito, como concedido por ley especial.

Art. 59 de la Ley de Contrato de Trabajo: «Los créditos por salarios o sueldos devengados por los trabajadores tendrán la calidad de singularmente privilegiados; conforme a las siguientes reglas:

1.^a Gozarán de preferencia sobre todos los demás créditos respecto de los objetos por aquellos elaborados, mientras permanezcan en poder del deudor y sobre los inmuebles a los que precisamente se incorpore su trabajo.

Cuando alguno de estos bienes inmuebles estuviere gravado con hipoteca inscrita en el Registro de la Propiedad, la mencionada preferencia solamente alcanzará al importe de los salarios de las dos últimas semanas y a los sueldos del último mes, quedando subsistente la prelación establecida en los núms. 1.^o y 2.^o del art. 1923 Código civil.

2.^a Gozarán también de igual preferencia respecto de los bienes muebles e inmuebles incorporados a la empresa o explotación, salvo cuando se trate de créditos pignoratícios o hipotecarios sobre dichos bienes.

3.^a Cuando conste en el Registro de la Propiedad que se ha hecho uso del derecho de prelación sobre la hipoteca, no podrá reclamarse de nuevo aquel derecho de prelación sobre los mismos bienes hipotecados.

4.^a El acreedor hipotecario que hubiere satisfecho los salarios de dos semanas y el sueldo del último mes, a que se refiere la regla 1.^a, tendrá derecho a pedir ampliación de la hipoteca por el importe de las cantidades satisfechas.

5.^a La parte de crédito que no se satisfaga en virtud de la regla 1.^a gozará de la prelación que, según su naturaleza, le reconozca el Código civil o el de comercio, en los respectivos casos».

La coexistencia de los textos transcritos es evidente desde que la Ley de 17 de julio de 1958, posterior, por lo tanto, a la de Contrato de Trabajo, ha redactado los preceptos respectivos de los Códigos civil y de comercio sin introducir variación en su rango, viniendo de este modo a reconocerlo propio e independiente respecto del privilegio laboral de la Ley de Contrato de Trabajo. Sin embargo, la regla 5.^a del art. 59 de esta última Ley contiene la oportuna norma de subordinación de privilegios comunes laborales a los regulados por la ley especial.

Para la fijación del rango que corresponde, dentro de la ordenación de los Códigos civil y de comercio, a los privilegios regulados por la Ley de Contrato de Trabajo partiremos de la distinción, que ya empleamos en el núm. 74, entre privilegios laborales absolutos y relativos:

1') Tienen rango absoluto y, por lo tanto carácter preferente sobre cualquier otro privilegio:

1'') Sobre muebles determinados elaborados por los trabajadores,

mientras permanezcan en poder del deudor, y sobre bienes de la misma naturaleza incorporados a la empresa o explotación si no estuvieren pignorados o hipotecados (art. 59, regla 1.^a y 2.^a) (52).

2") Sobre inmuebles determinados a los que se incorpore el trabajo, y si el inmueble estuviere hipotecado la preferencia se limita al importe de las dos últimas semanas y a los sueldos del mes, con rango prevalente incluso frente a la hipoteca (regla 1.^a); y también sobre los bienes inmuebles incorporados a la empresa o explotación, si no estuvieren hipotecados (regla 2.^a).

3") Sobre los demás bienes muebles e inmuebles rigen el Código civil y el de comercio, en los respectivos casos (regla 5.^a), los cuales solamente otorgan rango relativo. En la remisión que se hace al Código de comercio se comprenden, no solamente los arts. 913 y 914, sino también el 580 del Código y el art. 31 de la Ley de Hip. naval, aquel que coloca los salarios de la tripulación en sexto lugar y éste en segundo, entre los créditos preferentes a la hipoteca.

Si los bienes estuvieran gravados con hipoteca mobiliaria, el art. 10 de la ley especial que la regula concede a los créditos laborales rango absoluto; igualmente el gravamen con prenda no desplazada sigue respetando la preferencia del privilegio laboral, pese a que el art. 66 de dicha ley antepone a la prenda otros privilegios.

2') Rango meramente relativo gozan algunos privilegios laborales:

1") Sobre los muebles incorporados a la empresa o explotación gravados con prenda o hipoteca, los salarios y sueldos, en cuanto excedan, respectivamente, de dos semanas o de un mes, tienen rango preferente por este orden: 1.º Los impuestos del Estado debidos por el último año; 2.º Primas de seguros de dichos muebles debidas por los dos últimos años; 3.º Prendas e hipotecas (regla 2.^a, en relación con el 2.º pfo. de la 1.^a).

2") Sobre los inmuebles incorporados, gravados con hipoteca, el rango se establece en los mismos términos que en el apartado anterior, por aplicación de las mismas reglas del art. 59. Sobre inmuebles con hipoteca inscrita a los que el trabajador hubiere incorporado su trabajo, rigen también las mismas reglas.

3") Sobre los demás bienes muebles e inmuebles los créditos laborales gozan del rango que les otorgan los Código civil y de comercio en los términos antes examinados (53).

(52) Sobre el alcance de la expresión *objetos por aquellos elaborados*, véase HERRERO TRINIDAD, loc. cit., pág. 314, y acerca de cómo interpretar la incorporación de los muebles a la empresa BAYON y PÉREZ BOTIJA, ob. cit., pág. 392, nota 12.

(53) Vid. SAGRERA TIZÓN; *El crédito laboral en la quiebra y en la suspensión de pagos*. Rev. Jur. Cataluña, 1958, págs. 622 y sgts. Esta regla se refiere a la parte de crédito que no se satisfaga en virtud de la regla 1.^a. ¿Quid en cuanto a la que no se satisfaga conforme a la

3) Los otros privilegios establecidos por leyes especiales y que fueron examinados en los núms. 51 y 74, tienen carácter absoluto y, por lo tanto, en concurso con otras causas establecidas por las leyes comunes gozarán de rango preferente (54).

c) *Rango entre causas sin texto y otras con texto ordenador.*—Estos privilegios fueron examinados en el núm. 75 y también allí se indicó el carácter del rango de cada uno de ellos, indeterminado, relativo o absoluto. El único privilegio de esta naturaleza que regula el Código civil, el que recoge en el art. 1213, dado su restringido alcance subjetivo y objetivo no plantea problemas de rango. El Código de comercio ofrece en cambio, como pudimos ver, un nutrido elenco de esta clase de privilegios, que al concurrir con otros que tienen rango propio reservado en los Códigos suscitan las cuestiones que vamos a exponer:

1) Si los privilegios sin texto tienen rango absoluto, éste habrá de ser respetado cuando el concurso con un privilegio sistematizado tenga lugar en juicio singular (55). Si tiene lugar en procedimiento de quiebra, el art. 913 del Código de comercio destruye la absolutividad de tales privilegios, postergándolos a los acreedores por gastos funerarios, alimenticios y laborales. Si hay juicio de concurso, no dudamos en seguir la regla mantenida antes en el núm. 76, es decir, que deberá aplicarse el Cap. III, Tít. XVII, Lib. IV Código civil, teniendo en cuenta la naturaleza común de las instituciones civiles y de las respectivas mercantiles, incluso las de Derecho marítimo, como los gastos de salvamento, que deben ser asimilados a los de conservación de la cosa (56).

2) Si el rango de los privilegios sin texto es de carácter relativo, como el del comisionista (art. 276), habrán de tenerse en cuenta las mismas re-

regla 2.ª? A nuestro entender, si estos bienes integran el patrimonio concursal no hay razón para privar a los trabajadores del rango que les señalan los Códigos, aunque antes se hubieran dirigido contra tales bienes

(54) Por lo tanto, ocupará el primer lugar el crédito fiscal del Estado, único que comprende el núm. 1.º del art. 1923, a que se refiere la regla 1.ª del art. 49. Aunque el art. 194 Ley Hip. y los arts. 638 y 639 de Ley de Régimen Local concedan privilegios inmobiliarios a los impuestos de las Provincias y de los Pueblos, no creemos que los mismos gocen también de la misma prelación absoluta que los análogos del Estado cuando aquellos concurren con créditos laborales, pues hay que interpretar restrictivamente, en beneficio de los trabajadores, aquella remisión al núm. 1.º del art. 1923. Por otro lado, el art. 640 de la citada Ley de Régimen Local ha subordinado al privilegio del Estado el concedido por la misma, viniendo así a establecer una desigualdad de rango entre ambos privilegios fiscales que ya no justifica la asimilación de unos y otros. HERRERO TRUJON mantiene sin embargo, la posición opuesta (loc. cit., pág. 320).

(55) La sentencia de 29 de octubre 1927 es correcta en este particular. Vid esta sent. supra, núm. 72.

(56) Cfr. DANJON, ob. cit., V, p. 580.

glas del apartado anterior, pero anteponiendo siempre los créditos determinados por el precepto que establece el rango relativo.

3) Si el rango es indeterminado, como el del cargador sobre los medios de transporte (art. 372), habrán de aplicarse en caso de concurso o quiebra las mismas reglas anteriores. Si la concurrencia se produce en juicio singular, la indeterminación del rango del privilegio sin texto exige que le sea prestado por el privilegio análogo de los jerarquizados por el Código civil o el de comercio.

CAPITULO VI

RANGO ENTRE CAUSAS DE PREFERENCIA (continuación)

77. Rango entre causas de preferencia adquisitiva. 78. El rango entre retractos: A) Rango entre retractos de distinta naturaleza; a) Rango entre retracto de comuneros y el de colindantes; b) Rango entre retracto de comuneros y enfitéutico; c) Rango entre retracto de comuneros y arrendaticio rústico; d) Rango entre retracto de comuneros y arrendaticio urbano; e) Rango entre retracto de comuneros y gentilicio; f) Rango entre retracto de colindantes y el arrendaticio; g) Rango entre retracto de colindantes y enfitéutico; h) Rango entre retracto gentilicio y de colindantes; i) Rango entre retracto gentilicio y enfitéutico; j) Rango entre retracto gentilicio y arrendaticio rústico; k) Rango entre retracto gentilicio y arrendaticio urbano; l) Rango entre retracto convencional y legal; m) Rango en la concurrencia de múltiples retractos; B) Rango entre retractos de la misma naturaleza: a) Concurrencia de retrayentes comuneros; b) Concurrencia de retrayentes colindantes; c) Concurrencia entre retrayentes en la propiedad horizontal; d) Concurrencia de retrayentes gentilicios; e) Concurrencia de retractos arrendaticios; e) Concurrencia de retractos arrendaticios rústicos; f) Concurrencia de retractos arrendaticios urbanos.

77. RANGO ENTRE CAUSAS DE PREFERENCIA ADQUISITIVA.—Las cuestiones de rango son aquí más simples que en la preferencia satisfactiva, pues no hay diversidad de causas concurrentes según la naturaleza de los bienes, la legislación que lo regula, el texto ordenador, etc. Por lo general, toda cuestión de rango se reduce a determinar la *prioridad* de la causa de preferencia cuando ésta es la inscripción, o se confunden rango y prefe-



rencia cuando aquella causa es la prioridad posesoria, pues esta prioridad tanto desempeña la función de rango como de causa.

Solamente el rango de los retractos ofrece particularidades notables, con regulación especial.

78. EL RANGO ENTRE RETRACTOS (1).—La existencia de diversas especies de retracto, que tienen fundamento distinto, da lugar con no rara frecuencia a que, vendida una finca, se disputen su adquisición varios retrayentes de distinta naturaleza; y también puede suceder que entre retrayentes de la misma clase se produzcan situaciones de concurso que deben prevenir las leyes. Estos dos supuestos de rango son los que estudiamos separadamente a continuación:

A) *Rango entre retractos de distinta naturaleza*.—Hay varios supuestos de concurso con rango determinado por el Código civil; otros, sin regulación legal, habrán de establecerse por deducciones lógicas obtenidas por la comparación entre aquellos rangos legales. Los motivos que dominan para establecer la referencia son la mayor protegibilidad de alguno de los derechos en concurso por razones de orden social, económico, fiscal, etc

a) *Rango entre retracto de comuneros y el de colindantes*.—El artículo 1524 del Código civil concede preferencia al de comuneros sobre el de colindantes porque el Código ha considerado que es mayor la necesidad de poner término al estado de indivisión de la propiedad que la conveniencia que se persigue con el retracto de colindantes (2). Supone este artículo que es posible el retracto de colindantes cuando se enajena una porción indivisa de la contigua, lo que, sin embargo, fué puesto en duda por algún comentarista, como SCEVOLA, que se preguntaba cuáles eran los puntos de colindancia con una cuota de la cosa común; además, en último extremo, no se cumpliría la finalidad del retracto de colindantes, puesto que lo único que conseguiría el retrayente es sustituir en la comunidad al condueño vendedor. La jurisprudencia sostiene que «la indivisión del predio que se trata de retractar, no altera la cuestión ni cambia su naturaleza si en su totalidad confina en uno de sus extremos o lados con la finca del recurrente, toda vez que se encuentra en análogas circuns-

(1) Sobre esta materia, vid. los estudios de FAUS ESTREVI, *Jerarquía de retractos y preferencia de retrayentes*, *La Notaría*, año 1945, págs. 181 y sgts.; de LEOPOLDO STAMPA, *Retractos legales y normas de preferencia a las que dan lugar*, *Rev. Der. Notarial*, T. 19 (año 1958), págs. 239 y sgts. y de VÁZQUEZ DE CASTRO, *Preferencia entre los retractos legales*, *Rev. Der. Español y Americano*, n.º 21 (1960), págs. 40 y sgts.

(2) Sentencia 14 noviembre 1913. Vid. SERRANO, *Enciclopedia Jurídica*, voz RETRACTO DE COLINDANTES; MANRESA, ob. cit., X, pág. 400.

tancias, al efecto legal, que si se tratase del retracto de comuneros» (Sent. 20 enero 1917) (3).

b) *Rango entre retracto de comuneros y enfiteútico.*—El Código ha preferido al enfiteútico sobre el de comuneros, de modo que si concurren varios o alguno de los condueños del dominio directo con el titular del útil cuando se enajena una porción de aquél a tercero, prevalecerá en la adquisición el enfiteuta; y, del mismo modo, si se enajena una porción del dominio útil tendrá rango preferente sobre los condueños de este dominio el titular directo (art. 1642 Código civil) (4).

c) *Rango entre retracto de comuneros y arrendaticio rústico.*—Es preferente el de comuneros en el caso de que el condómino lleve en la propiedad más de tres años, tanto si el arrendamiento es simplemente protegido como si lo es de manera especial, e igualmente cuando el adquirente fuere el mismo arrendatario y gozara de la cualidad de especialmente protegido (art. 16 de la Ley de 1935, modificado por la de 16 de julio de 1949, y art. 16-5, del Regt. de 29 abril 1959).

d) *Rango entre retracto de comuneros y arrendaticio urbano.*—Hay dos normas sobre este particular en la Ley de Arrendamientos Urbanos:

a) El art. 50, que atribuye al retracto del inquilino o del arrendatario preferencia sobre cualquier otro derecho similar, con excepción del de retracto reconocido al condueño de la vivienda o local de negocio transmitido (5).

Por derecho similar entiende IZQUIERDO ALCOLEA no solamente los demás retractos legales que pueden nacer con la transmisión del piso arrendado, sino también el retracto convencional (6).

(3) El art. 3.º de la Ley de 15 de julio de 1954, sobre concentración parcelaria, atribuye el derecho de retracto a los propietarios de fincas colindantes con la que se ha dividido o segregado sin observar los preceptos de dicha ley, y sobre las parcelas que resulten de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. No se establece rango respecto del retracto de comuneros, pero creemos que debe prevalecer éste, puesto que la adquisición de la parcela enajenada por los restantes condueños o por alguno de ellos purga la infracción que el retracto de colindantes pretende sancionar y se respeta así la norma del Código que pospone al colindante respecto del comunero.

(4) La misma regla es de aplicación al censo a primeras cepas (art. 1656, regla 6.ª Código civil) y al derecho de superficie por tiempo indefinido (art. 1655). En toda enajenación onerosa del derecho de superficie concedido por el Estado, Entidades locales y demás personas públicas para la construcción, el concedente ostentará el derecho de tanteo y, a falta de preaviso formal y expreso, de retracto, cuyos plazos y efectos serán los prevenidos en los arts. 1637 y sgts. Código civil. En las enajenaciones onerosas efectuadas por el propietario del terreno a favor de particulares, el superficiario también ostentará los mismos derechos de tanteo y, en su caso, de retracto (art. 160 de la Ley de 12 mayo 1956 sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana).

(5) También son preferentes los retractos de la Administración (sentencia 28 enero 1957).

(6) IZQUIERDO ALCOLEA, *El derecho de retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 1955, pág. 197.



Cuando concurre este retracto arrendaticio con el de comuneros en casas divididas por pisos prevalece también el de comuneros (sents. 23 abril y 27 octubre 1956) (7).

b') En la regulación del arrendamiento de locales de negocio establece el art. 40 de la ley especial, en caso de traspaso, el rango preferente del condueño del negocio sobre el retracto .

e) *Rango entre retracto de comuneros y gentilicio.*—La jurisprudencia ha decidido la preferencia en beneficio del primero. La sentencia de 26 junio 1889 declaró que «en la cosa que está en proindivisión es preferente el derecho del comunero al del pariente más próximo del vendedor, conforme a la Ley 9.ª, Tít. XIII, Lib. X de la Novísima Recopilación» y en sentencia de 17 de mayo de 1907. sostuvo que «el derecho establecido en el Código civil, por virtud del que ninguno puede ser obligado a seguir en comunidad con otro, es aplicable en Navarra, porque este precepto tan principal en el orden económico no se opone a ninguna institución de su Derecho foral, se halla además conforme con el sentido de las leyes romanas y resultaría desvirtuado si se otorgara el retracto limitándole a la parte proindivisa, única que reviste el carácter familiar» (8).

f) *Rango entre retracto de colindantes y el arrendaticio.*—a') Cuando aquél concurre con el arrendaticio rústico solamente tiene preferencia el primero si el arrendatario no está especialmente protegido, pues, de lo contrario, prevalecerá el retracto arrendaticio y tampoco podrá ser ejercitado el de colindantes contra el colono adquirente de la finca (artículo 16, reformado, de la Ley de 1935, y art. 16-5 del Reglamento de 1959).

b') Cuando concurre el retracto de colindantes con el arrendaticio urbano, prevalece este último (art. 50 de la ley especial).

g) *Rango entre retracto de colindantes y enfiteútico.*—Poniendo en relación los arts. 1524, pfo. 2.º, y 1642, se deduce la preferencia del enfiteútico, puesto que éste es preferente al de comuneros y éste, a su vez, al de colindantes (9).

h) *Rango entre retracto gentilicio y de colindantes.*—Ha sido tenido en cuenta por foralistas aragoneses que consideran de rango preferente el retracto gentilicio, allí denominado de abolengo, abolorio o de la saca (10). El argumento de Derecho positivo que contribuye a defender

(7) Cfr. BACLER, *La propiedad*, cit., pág. 150.

(8) En la doctrina se inclina por este rango LÓPEZ BERENGUER, ob. cit., pá. 145.

9) Vid. supra nota 4.

(10) Vid. SERRANO, *Concurrencia de retracto de colindantes y gentilicio en Aragón*, Rev. Der. Priv., 1914, pág. 225; SAINZ DE VARANDA, *El retracto gentilicio*, An. Der. Aragonés, 1946, pág. 259; LÓPEZ BERENGUER, ob. cit., pág. 144.

este rango es el art. 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935, que establece la preferencia del retracto gentilicio sobre el del arrendatario y de éste, a su vez, sobre el de colindantes.

i) *Rango entre retracto gentilicio y enfiteútico.*—Conforme a la Ley 8.ª, Tít. XIII, Lib. X de la Novísima Recopilación (74 de las Leyes de Toro) «cuando concurran en sacar la cosa vendida por el tanto el pariente más propincuo con el señor del directo dominio o con el superficcionario, o con el que tiene parte en ella porque era común, prefiriéndose en dicho retracto al señor del directo dominio y al superficcionario y al que tiene parte en ella al pariente más propincuo». Este rango favorable al dueño directo y, en general, a los otros retrayentes que enumera la citada Ley, no es bien visto por los foralistas. LA FUENTE y PERTEGAZ propuso en la Primera Semana de Derecho Aragonés que se debía reformar dicho artículo, vigente como supletorio en Aragón, atribuyendo rango preferente al hijo del cedente sobre los otros parientes y a todos los titulares del retracto gentilicio sobre los demás retrayentes» (11).

j) *Rango entre retracto gentilicio y el arrendaticio rústico.*—Es preferente el primero, sea el arrendamiento o no especialmente protegido (art. 16 de la Ley de 1935) (12).

k) *Rango entre retracto gentilicio y el arrendaticio urbano.*—Prevalce el segundo, pues la ley especial no excluye al gentilicio del rango preferente que la misma otorga al del arrendatario.

l) *Rango entre retracto convencional y legal.*—La preferencia hay que establecerla en beneficio del primero, en vista de que el art. 1510 del Código civil atribuye al vendedor la facultad de ejercitar su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional. Por lo tanto ante los retractos legales que nazcan de esta segunda enajenación prevalecerá el derecho del vendedor a carta de gracia.

Otro supuesto es que cuando se produce la venta con retracto convencional ya pesara sobre la finca algún derecho de retracto legal y, en tal caso, hay que reconocer a éste rango preferente por razón de prioridad en su constitución y para evitar que, mediante el establecimiento del retracto convencional, pudiera eludirse el ejercicio del retracto legal anterior, incluso con ánimo de defraudar a los titulares de éste.

m) *Rango en la concurrencia de múltiples retractos.*—Hasta ahora hemos examinado los casos más simples, concurrencia de dos retractos; pero puede suceder, y las leyes prevén algunos supuestos, que acudan más

(11) LA FUENTE y PERTEGAZ, *Concurrencia y prelación de retractos*, Primera Semana de Derecho Aragonés, Jaca, 1942, pág. 85.

(12) También prevalece el retracto gentilicio sobre el derecho del arrendatario de acceso a la propiedad (art. 9 del Decreto de 17 diciembre 1954).

de dos retrayentes a la adquisición de la finca enajenada haciéndose necesario determinar el rango de todos ellos; en ausencia de norma aplicable, habrá que comparar el rango de concursos simples para construir el rango de los múltiples.

a') Rango múltiple cuando concurre el retracto arrendaticio rústico con otros de diversa naturaleza. Relacionando el art. 16 de la Ley de 1935 y el mismo art. del Reglamento con el art. 1524 del Código civil se llega necesariamente a la jerarquización formada por LÓPEZ BERENGUER (13) y que es la siguiente:

1) El arrendamiento concurrente es especialmente protegido; el orden es el siguiente:

1.º Retracto de comuneros (con más de tres años en la comunidad el retrayente).

2.º Retracto gentilicio.

3.º Retracto arrendaticio.

4.º Retracto de colindantes.

5.º Retracto de comuneros (con menos de tres años en la comunidad).

2) Caso de arrendamiento concurrente simplemente protegido:

1.º Retracto de comuneros (con más de tres años en la comunidad).

2.º Retracto gentilicio.

3.º Retracto de colindantes.

4.º Retracto arrendaticio.

5.º Retracto de comuneros (con menos de tres años de comunidad).

b') Rango múltiple cuando concurre el retracto arrendaticio urbano con otros de distinta naturaleza. Comparando el art. 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos con el art. 1524 del Código civil y teniendo en cuenta la preferencia del retracto gentilicio sobre el de comuneros, resulta el siguiente rango:

1.º Retracto gentilicio.

2.º Retracto de comuneros.

3.º Retracto arrendaticio.

4.º Retracto de colindantes.

Si, además, concurre el retracto enfiteútico se establece la siguiente graduación, habida cuenta de la preferencia del retrayente enfiteútico sobre el gentilicio:

1.º Retracto enfiteútico.

2.º Retracto gentilicio.

3.º Retracto de comuneros.

4.º Retracto arrendaticio.

5.º Retracto de colindantes.

(13) LÓPEZ BERENGUER, ob. cit., pág. 146.

B) *Rango entre retractos de la misma naturaleza*.—Las leyes contienen algunas reglas particulares, que se exponen a continuación:

a) *Concurrencia de retrayentes comuneros*.—El art. 1522 del Código civil previene este supuesto disponiendo que «cuando dos o más copropietarios quieran usar el retracto sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común», o sea, que, en rigor, no se establece rango alguno, sino distribución de la cuota enajenada al extraño.

La misma regla se aplica al concurso de coherederos retrayentes, pues se trata de un caso particular de concurrencia de retracto de comuneros (14).

b) *Concurrencia de retrayentes colindantes*.—Ha previsto la solución el art. 1523 del Código civil al disponer que «si dos o más colindantes usan del retracto al mismo tiempo será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida; y si las dos tuvieran igual el que primero lo solicite».

Se atiende, pues, en primer término, con esta preferencia a compartir el minifundio.

c) *Concurrencia entre retrayentes en la propiedad horizontal*.—«En caso de concurrencia con ofertas distintas —dice el art. 396 del Código civil—, la venta se efectuará con el que haya ofrecido mayor precio, y si aquellas fuesen iguales, será preferido el propietario del piso o parte de piso horizontalmente inmediato al objeto de la venta. En identidad de condiciones, será potestativo del vendedor realizar la venta con cualquiera de los oferentes».

Hay un rango principal, cuyo motivo es el mayor lucro del vendedor, que indirectamente favorece la especulación restringida de los pisos; y otro subsidiario para el caso de igualdad de las ofertas, que es la inmediata horizontal al piso objeto de la venta; en identidad de condiciones es potestativo del vendedor celebrar el contrato con cualquiera de los oferentes.

De modo que son concurrentes todos los que han ofrecido precio dentro de los diez días siguientes a la comunicación que les habrá dirigido el que se propone vender.

Si la venta llegara a celebrarse con un extraño, habiendo omitido el vendedor el preaviso que ordena el art. 396 a los otros copropietarios, éstos podrán retraer la finca, determinándose previamente entre ellos la legitimación por la mayor oferta y, en caso de igualdad, por la inmediación de piso (15).

(14) Sent. 7 febrero 1944. Vid. LÓPEZ BERENGUER, ob. cit., pág. 138.

(15) Sobre viviendas de renta limitada vid. las limitaciones en el precio de la venta que establece el art. 30 de la Ley 15 julio 1954 y art. 116 de su Reglamento de 24 junio 1955.

d) *Concurrencia de retrayentes gentilicios*.—En Aragón establece el Apéndice que «si concurren a retraer dos o más personas, el mejor grado atribuirá la preferencia, y dentro de él, la prioridad de tiempo es presentar la demanda, sin excepción de edad ni sexo» (art. 76, pfo. 2.º), precepto que resuelve las dudas que existían en el Derecho anterior (16).

e) *Concurrencia de retractos arrendaticios rústicos*.—El art. 16 de la ley de 15 de marzo de 1935, y el art. 16-6 del Reglamento, contempla el supuesto de que la finca esté cedida a varios arrendatarios y sienta el principio general de que todos ellos deberán proceder conjuntamente, sin perjuicio de que cada uno adquiera la propiedad de la parcela arrendada. Pero si no hay acuerdo unánime sobre el ejercicio del derecho de retracto, los que opten por ejercitarlo habrán de hacerlo por la totalidad de la finca y será preciso para ello que sean arrendatarios, al menos, de una mitad de aquéllas; en este último caso los retrayentes podrán distribuirse libremente la propiedad de la finca (17).

f) *Concurrencia de retractos arrendaticios urbanos*.—Cuando el arrendatario de local de negocio pretende traspasarlo o lo ha realizado ya, el art. 37 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, si son varios los arrendadores, dispone que éstos «no podrán ejercitar los derechos de tanteo y retracto individualmente; pero si alguno de ellos no desee usarlo, se entenderá que renuncia en beneficio del coarrendador que quisiera tantear o retraer». La renuncia a estos derechos o el no ejercicio de los mismos por alguno de los coarrendadores faculta a los restantes para actuar tales derechos en beneficio propio.

Cuando son varios los coarrendatarios que pueden ejercitar el derecho de retracto, aun cuando nada dispone la Ley especial sobre el concurso planteado, entiende la doctrina que debe aplicarse por analogía el art. 37, citado, por lo que los coarrendatarios podrán ejercitar individualmente aquel derecho (18). La sentencia de 15 de noviembre de 1955, en un caso de sucesión arrendaticia de varios hermanos por fallecimiento del arrendatario, padre de los mismos, resolvió que el sucesor con mejor derecho es el preferente para el ejercicio individual del derecho de retracto.

(16) Vid. SAINZ DE VARANDA, loc. cit., pág. 266, en donde defiende también el mismo púeslo referido al Derecho navarro.

(17) OPINA BALLARIN, en un dictamen, que «la porción retraída no arrendada por los retrayentes será adquirida proindiviso entre todos ellos, mientras que la otra será objeto de prelación (jurídica) de acuerdo con su estado anterior (parcelación a efectos arrendaticios solamente)», *El retracto arrendaticio de finca rústica y su constatación formal en caso de pluralidad de retrayentes*, Rev. Der. Notarial, T. 15, pág. 353.

(18) CASTÁN Y CALVILLO, *Arrendamientos Urbanos*, cit., II, pág. 400; BADENES, ob. cit., pág. 191.

TERCERA PARTE

LA PROTECCION DEL DERECHO DE PREFERENCIA

CAPITULO I

LA CONSERVACION DEL DERECHO DE PREFERENCIA

79. La protección, en general, de los derechos de preferencia.
80. Los medios de conservación de los derechos de preferencia. 81. A) La publicidad registral. 82) B) La retención. 83. C) La subrogación. 84. D) Prohibición del pacto comisorio. 85. E) Medidas procesales de cautela. 86. F) Preconstitución de prueba. 87. G) El reconocimiento de créditos.

79. LA PROTECCIÓN, EN GENERAL, DE LOS DERECHOS DE PREFERENCIA.— Se ha estudiado en los capítulos precedentes el aspecto material del derecho de preferencia; mas una exposición completa de estas cuestiones requiere, al menos, una referencia a aquellos medios instrumentales que el Derecho concede para tutelarlos, tanto judiciales, como extrajudiciales. Estos medios son variados y tienden a asegurar la cosa que constituye el asiento de aquel derecho, bien a publicarlo, ya a preconstituir la prueba del mismo, o, en último término, a facilitar los medios procesales adecuados de defensa; pero, en general, la protección del derecho de preferencia se desenvuelve en un doble sentido: su conservación en virtud de ciertos medios de fijación de derechos y garantía de los mismos, y su defensa a través de los instrumentos procesales adecuados.

80. LOS MEDIOS DE CONSERVACIÓN DE LOS DERECHOS DE PREFERENCIA.—Facilitan la defensa preventiva y se ponen en manos del titular para que éste pueda evitar que resulte ineficaz el derecho de preferencia cuando pretenda actuarlo. Comprenden, no solamente las medidas cautelares prevenidas en las leyes procesales, sino también otras que, al mar-



gen del proceso, realizan aquella función conservativa, todas las cuales se exponen a continuación:

81. A) *La publicidad registral.*—La institución del Registro de la Propiedad está al servicio de la protección de los derechos inscritos y esta función desempeñan los preceptos que desarrollan los principios de prioridad, impenetrabilidad, legitimación y fe pública. Por virtud de ellos, los derechos inscritos son amparados frente a otros incompatibles con aquéllos que hubieran sido inscritos o se pretendiera inscribirlos, el título inscrito es reforzado por el Registro y prevalece contra el no inscrito, aunque correspondiese a tercero. Con carácter general, pues, y por actuación de tales principios registrales, los derechos inscritos que constituyen causa de preferencia gozarán de la protección conservadora que les presta el Registro.

Pero, en particular, no hay en nuestro Derecho registral asientos específicamente conservativos de la preferencia, ni preceptos que atribuyan expresamente tal función a asientos registrales. Se ha seguido a este respecto al Código italiano de 1885 (1) y no a otros sistemas jurídicos continentales, como el francés, que, en relación con los privilegios inmobiliarios, exige la inscripción para la conservación de los mismos proveyendo a ello el art. 2106 en las relaciones entre acreedores, aun quirografarios, mientras que en los arts. 2166 y sgts. se atiende a la conservación de la acción real oponible a los terceros detentadores del inmueble gravado, teniendo presente una útil distinción entre inscripciones de atribución y de conservación de la preferencia (2). En otro aspecto, el Derecho alemán se vale de la anotación preventiva para la conservación del rango (art. 883 pfo. 3.º del BGB) y, en caso de concurso de acreedores, establece el art. 24 de la Konkursordnung un aseguramiento de la prededucción.

82. B) LA RETENCIÓN.—En páginas anteriores (3) se expuso que el derecho de retención no constituye una causa de preferencia, ni es prenda ni privilegio, y anticipábamos que la verdadera función del *ius retentionis* en relación con las causas de preferencia es procurar su conservación. En este sentido se expresa BUTERA cuando escribe que «la retención no es más que un medio para la conservación del privilegio; de donde sus efectos son determinados por el fin a que ella tiende, que es salvar el privilegio del peligro de su extinción desde que la cosa sale de la posesión del acreedor» y CHIRONI para quien, «concedido el privilegio sobre la cosa

(1) Vid. GAETANO, voz PRIVILEGI, cit. en Nuov. Dig. It.

(2) Cfr. BEUDANT, ob. cit., XIV, págs. 331 y sgts.; BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, ob. cit., I, pág. 816.

(3) Vid. núm. 61.



mueble determinada, era aún necesario algún medio que confiriere eficacia a este favor, defendiéndolo de las consecuencias del principio de que la posesión de los muebles constituye título para el poseedor de buena fe; la retención preserva al acreedor de tal peligro y asegura, fija, mientras dura, el privilegio que se le concedió. Pero en esta función —añade— hay algo más que el conservar; hay el concurso a la existencia misma del privilegio, porque mantiene bien determinado, especializado respecto a todos, el objeto (no el valor) sobre el cual recae la prelación» (4). Y hay también un derecho de oponibilidad, respecto del deudor, de los acreedores de éste, incluso privilegiados, y de los terceros adquirentes (5).

En el Derecho español hay privilegios cuya subsistencia depende de que las cosas sobre las que recaigan estén en posesión del acreedor, de tal modo que una vez perdida aquélla se extingue el privilegio, como sucede con el del transportista o con el del hotelero. En estos y en otros privilegios mobiliarios el acreedor puede evitar la pérdida de la posesión, aunque ello no implique la extinción de tal privilegio, acudiendo a medidas procesales de seguridad, que al garantizar el crédito protegerán a la vez el rango; pero la ley concede, si el acreedor tiene la cosa en su poder, un medio más cómodo de defensa privada, el derecho de retención, que le permite excepcionar frente al deudor que reclame la cosa su derecho a cobrar y frente a otros acreedores su mejor derecho a cobrar, es decir, su derecho de preferencia. Porque, frente a terceros que se amparen en el art. 464 del Código civil, la mejor protección de que dispone el acreedor con privilegio mobiliario es el derecho a retener la cosa sobre que éste recae. La sentencia de 24 de junio de 1941, opuesta a estimar que el derecho de retención constituya un privilegio y favorable a la naturaleza plural del referido derecho, abona la función conservativa que le asignamos en relación con ciertas causas de preferencia.

83. C) LA SUBROGACIÓN.—En general, el carácter conservativo de la subrogación real se manifiesta en su finalidad de perpetuar los derechos subjetivos a pesar de las mutaciones del objeto (6). Y se produce en la preferencia satisfactiva cuando por enajenación, pérdida o deterioro de la cosa quedan vinculadas al pago preferente otras cosas del deudor o las sumas debidas a éste por precio, seguro o indemnización.

a) En cuanto a la sujeción de indemnizaciones para la satisfacción de créditos privilegiados, como subrogación de la cosa perdida o deteriorada

(4) BUTERA, ob. cit., pág. 489; SPIRONI, ob. cit., págs. 436-437. En análogo sentido CAMARONE, voz PRELAZIONE, Nuov. Dig. II.; KNORR, ob. cit., pág. 42.

(5) Cfr. JOSSERAND, ob. cit., II, 2.º, pág. 402.

(6) LAURICOL, *La subrogation réelle*, 1954, II, pág. 13.

rada gravada con tal privilegio, contamos en nuestro Derecho con un caso, que es regulado por el art. 110, pfo. 2.º Ley Hip., sobre afección al pago del crédito de la indemnización que corresponda por pérdida o deterioro de la cosa hipotecada. Pero, ¿regirá el mismo principio respecto de la prenda y del privilegio?

La teoría general de la subrogación abona la tesis afirmativa y, a este efecto, formula CAPITANT la siguiente aplicación: «Todo acreedor que tiene sobre un bien un derecho de preferencia no prolongado por el derecho de persecución puede, en el caso de venta amigable del bien, ejercer un derecho de preferencia sobre el crédito del precio» (7). Por otro lado, la Ley de 13 de julio de 1930, ha fijado en Derecho francés que «las indemnizaciones debidas por causa de seguro contra incendio, granizo, contra la mortalidad del ganado, u otros riesgos, son atribuídas, sin que haya necesidad de delegación expresa, a los acreedores privilegiados o hipotecarios, siguiendo su rango... Lo mismo sucede respecto de las indemnizaciones debidas en caso de siniestro por el arrendatario o por el vecino, en aplicación de los arts. 1733 y 1382 del Código civil» (art. 37). En cambio, no se ha puesto de acuerdo la doctrina de dicho país acerca de si la subrogación, y consiguiente ejercicio de todo derecho de preferencia crediticio, puede tener lugar respecto de cualquier tipo de indemnización de responsabilidad, aunque buena parte de los autores se inclinan hacia una interpretación restrictiva de los textos legales en esta materia y niegan, por lo tanto, que pueda extenderse a las indemnizaciones cualquier privilegio que no sea de los expresamente facultados para ello por un texto formal (8). En Italia dispone el art. 2742 del Código civil, con amplio criterio, que «si las cosas sujetas a privilegio, prenda o hipoteca perecen o se deterioran, las sumas debidas por los aseguradores por indemnización de la pérdida o del deterioro están vinculadas al pago de los créditos privilegiados, pignoratícios o hipotecarios, según su grado, excepto cuando las mismas vengán sujetas a la reparación de la pérdida o del deterioro... Están vinculadas, igualmente, al pago de los créditos expresados, las sumas debidas por causas de servidumbre forzosa o de comunidad forzosa o de expropiación por causa de interés público, observadas, para esta última, las disposiciones de la ley especial» (9).

(7) CAPITANT, loc. cit., págs. 409 a 410.

(8) Cfr. LAGRIOU, ob. cit., II, págs. 389 y sgts., quien se muestra decidido partidario de extender el derecho de preferencia a toda suerte de indemnizaciones, porque si en virtud de la venta de la cosa gravada se ejerce la preferencia sobre el precio, «este modo importa poco por sí mismo y otros que llegan a los mismos resultados son perfectamente susceptibles de reemplazarlo» (pág. 396).

(9) GAETANO opina que en este supuesto se verifica la extinción del originario derecho (privilegio, hipoteca, prenda de cosas corporales) y la transformación del mismo en prenda

En nuestro Derecho, la ausencia de texto legal que, en relación con la prenda manual (10) y con los privilegios, permita extender tales causas de preferencia a las indemnizaciones debidas por pérdida o deterioro de la cosa, plantea el mismo problema que preocupa a la doctrina francesa. ROCA SASTRE es partidario de que, en tal caso, gocen los acreedores pignoratícios, hipotecarios, anticresistas y privilegiados del mismo derecho de prelación, preferencia y persecución sobre el importe de la suma de indemnización con fundamento en la doctrina de la subrogación real. «Si estos derechos —añade— buscan el valor en cambio o en venta, o sea el valor pecuniario o económico de la cosa gravada, es de lógica institucional que al perecer la cosa dando lugar a una indemnización de dinero éste se destine preferentemente al pago de los titulares de aquellos derechos. El hecho de la pérdida de la cosa proporcionando una indemnización no ha hecho otra cosa que suministrar un dinero que igualmente había de extraerse de la propia cosa, cuando, por cumplirse la obligación garantida vencida, debiera acudir a la ejecución forzosa, la cual no es otra cosa que un procedimiento de realización del valor, o sea de convertir una cosa en dinero. Por ello es lógico que el derecho de los acreedores se subrogue sobre la suma dineraria obtenida a causa de las pérdidas de la cosa gravada» (11). El argumento que aduce este autor, que es el mismo expuesto por LAURIOL, es aceptable desde el punto de vista teórico y deseables sus consecuencias por una evidente razón natural; pero, el Derecho positivo no patrocina esta tesis, pues ni el sentido restrictivo de la interpretación en materia de preferencia permite el empleo de la analogía, invocado por ROCA más adelante (pág. 303), ni la posición de nuestro Código, que considera a la subrogación como una especie de novación, autoriza a pensar otra cosa que no sea que la pérdida o deterioro del ob-

sobre el crédito que surge a favor del propietario de la cosa hacia el asegurador o expropiante o el titular de la servidumbre forzosa o el otro comunero (I privilegi, cit., pág. 16). ANIBALDI sostiene que el art. 2742 confiere a los acreedores, cuya garantía específica haya desaparecido por crecimiento o se haya reducido, una acción directa que ha de dirigirse contra el asegurador dentro de breve plazo (*Comentari, cit., pág. 27*).

(10) Para la prenda sin desplazamiento y la hipoteca mobiliaria, vid. el art. 5.º de la ley especial, que establece: «La hipoteca y la prenda se extenderán a toda clase de indemnizaciones que correspondan al hipotecante o pignorante, concedidas o debidas por razón de los bienes hipotecados o pignorados, si el siniestro o hecho que los motiva acaeciere después de la constitución de la hipoteca o prenda. Si dichas indemnizaciones hubieren de pagarse antes del vencimiento de la obligación garantizada, el que haya de satisfacerlas entregará su importe con arreglo a lo convenido; en defecto de convenio, se consignará en la forma establecida en los arts. 1176 y siguientes del Código civil, siempre que en uno y otro caso hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca o de la prenda».

(11) ROCA SASTRE, *La subrogación real*, Rev. Der. Priv., año 1949, pág. 302.

jeto produce una extinción total o parcial de la causa correlativa de preferencia.

b) Lo que sí puede asegurarse es que la pérdida o deterioro de la cosa no faculta a los acreedores para exigir su sustitución por otras del deudor, en vista de la específica garantía que constituyen las causas de preferencia con excepción de los privilegios generales. Por esto, el art. 122 de la Ley Hip. sólo permite la subsistencia de la hipoteca sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido. Por tanto, habrá que tener por extinguida la hipoteca cuando se pierda totalmente la cosa (12).

84. D) PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO.—Por virtud de este pacto quedaría en poder del acreedor favorecido con él la cosa que tiene en garantía y, si hubiera varios acreedores concurrentes, la separación de la cosa por el acreedor comisorio priva a los demás de la posibilidad de participar en el valor de dicha cosa para satisfacer sus respectivos créditos en el orden correspondiente. Por esto, la prohibición del referido pacto redundaría en beneficio de los acreedores concurrentes y de las causas de preferencia accesorias con que estuvieran protegidos, ya que su validez produciría situaciones que se aproximan a la separación de bienes (13).

En nuestro Derecho positivo está prohibido el pacto comisorio en casos concretos, pues, aunque el art. 1859 del Código civil se limita a disponer que «el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas», hay que entender que ni aun puede hacerlo aunque haya mediado pacto, como en este sentido han declarado reiteradamente el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros (sents. 21 octub. y 3 noviembre 1902, 25 agosto 1933 y Resoluciones 28 noviembre 1893, 12 julio 1901 y 27 febrero 1902). También está expresamente prohibido este pacto en la anticresis por el art. 1884 del Código que declara nulo todo pacto por el que se convenga que el acreedor adquirirá la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido.

En los casos no prohibidos puede pactarse el comisorio, aunque, como es lógico, sólo será admisible en los contratos sinalagmáticos perfectos, ya que si se admitiera en un contrato unilateral, ni podría ser añadido a favor de la parte obligada a la ejecución porque ella no puede deducir ninguna pretensión frente a la otra parte, ni tampoco podría adicionarse en beneficio de la que tiene derecho a la ejecución, porque puede tener, de ordinario, interés en ver realizado su crédito y no en resolverlo (14).

(12) Art. 79, 1.ª Ley Hip.; ROCA SASTRE, *Der. Hip. cit.*, IV, págs. 894 y sgts.

(13) Cfr. MASSIMO BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, 1957, págs. 10, y 61.

(14) Cfr. ORESTE BREGLIA, VOZ PATTO COMMISSORIO, en *Diz. Prat. Dir. Priv.*

85. E) MEDIDAS PROCESALES DE CAUTELA.—Los efectos conservativos del derecho de preferencia manan de su función de anticipar provisionalmente ciertos efectos de la resolución definitiva que haya de dictarse por el Organó jurisdiccional y están encaminadas a prevenir el daño que podría derivarse del retardo de la misma (15).

Sobre todo, las que inmovilizan la cosa mueble asiento de la causa de preferencia, en poder del deudor, constituyen un arma muy eficaz para combatir los efectos perjudiciales para el acreedor del juego del art. 464 del Código civil, que —como sabemos—, permite detener el derecho de persecución del acreedor privilegiado. Aquí es donde las medidas asegurativas cumplen su misión protectora de la preferencia, concretamente el embargo de los mismos bienes sobre los que recae el privilegio. Claro es que para conseguir que se decrete aquél será preciso que esté ya promovido, o que se vaya a promover, el juicio declarativo que corresponda (arts. 1411 y 1412 Ley Enj. civ.), es decir, que, aun cuando al acreedor le interese solamente la conservación de su derecho, habrá de actuar necesariamente la satisfacción del mismo, porque nuestras leyes no admiten el embargo autónomo, sin vocación a otro procedimiento al que esté preordenado. No sucede así en el nuevo Código civil italiano, cuyo art. 2769 ha previsto el supuesto de que el acreedor que tiene privilegio sobre una cosa mueble tuviera fundados motivos para temer la remoción de la particular situación a la cual está subordinada la subsistencia del privilegio, y en tal caso faculta a aquél para pedir el secuestro conservativo (16). Sería de desear que nuestro Derecho admitiera el embargo o secuestro autónomos, sin más que acreditar la existencia de un privilegio que dependa de la particular situación de los bienes muebles sobre los que recae, como para otro caso ha establecido el art. 1413 del Código civil, redactado por la Ley de 24 de abril de 1958, cuando se realizan por el marido enajenaciones fraudulentas de bienes de la sociedad conyugal.

El derecho de preferencia adquisitiva cuenta también con medidas procesales de aseguramiento. Una de ellas es la anotación preventiva de demanda, que podrá ser solicitada al amparo del art. 42, n.º 1 de la Ley Hipotecaria por el que demande la propiedad o derecho real sobre el inmueble concurrido o por el retrayente (17). Otras medidas de aseguramien-

(15) CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. esp., pág. 45; DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Civil Español*, 3.ª ed., II, 1.º, págs. 25 y sgts.

(16) Vid. ANDRIOLI, *Comentari*, cit., pág. 223, el alcance del precepto.

(17) Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 29 octubre 1946 y 22 abril 1952 han admitido la anotación de demanda de retracto de colindantes y quien lo ejercite podrá obtener al amparo del núm. 1.º del art. 42 de la Ley Hip. las garantías provisionales que la Ley concede, más enérgicas que las otorgadas a los simples derechos de crédito que también fueron anotados, pues uno de los más esenciales efectos de la anotación de demanda de retracto

to pueden obtenerse por aplicación del art. 1428 Ley Enj. civ. en los restringidos supuestos previstos por el mismo y que, cuando tienen por finalidad poner la cosa a buen recaudo para que no se frustre el derecho real preferente sobre dicha cosa, serán el secuestro tanto de los muebles como de los inmuebles, la intervención y administración de cosas litigiosas, y la anotación de prohibición de enajenar inmuebles (art. 42 núm. 4.º Ley Hip.) (18). En el concurso de posesiones, el art. 445 del Código civil prevé como medida de seguridad la constitución «en depósito o guarda judicial de la cosa, mientras se decide sobre su posesión o propiedad por los trámites correspondientes».

86. F) PRECONSTITUCIÓN DE PRUEBA.—En general todo titular de un derecho subjetivo puede verse en la necesidad de probar ese derecho y está facultado para elaborar sus medios de prueba fuera del juicio y antes de que éste pueda incoarse (19). Mas, en particular, los acreedores privilegiados sobre el buque habrán de cuidar de que se preconstituya la prueba tasada que el art. 580 del Código de comercio exige para cada privilegio y que consiste en certificaciones, cuentas, contratos, ciertos documentos inscritos en el Registro Mercantil y hasta, como sucede en el privilegio recogido por el núm. 10 de dicho artículo, la correspondiente sentencia judicial o arbitral meramente declarativa. Esta prueba tasada es exigida, como dice BRUNETTI, en garantía de los terceros para fijar con un modo preciso y seguro de comprobación la subsistencia del crédito y apartar todo peligro de colusión y de fraude (20).

87. G) EL RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS.—Es el instrumento típico de conservación de los derechos de preferencia satisfactiva en los procesos de ejecución universal. Del reconocimiento —escribe PROVINCIALI— derivan los derechos y los poderes que competen al acreedor en la quiebra; si antes le hubieran sido reconocidos algunos es sólo a título provisional y por exigencias inherentes a la estructura y a la mecánica del

es el de permitir la adquisición de la finca objeto del derecho, libre de cargas y gravámenes inscritos con posterioridad a la anotación y ello produce como resultado que la expresada anotación de demanda prevalezca con todas sus peculiares consecuencias sobre una inscripción posterior.

(18) Cfr. CARRERAS, *Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Rev. Jur. Cataluña, año 1958, págs. 473 y sgts. Otras medidas cautelares citadas por este autor son las dirigencias preparatorias reguladas por el art. 499, núms. 1.º y 2.º de la Ley Procesal civil.

(19) ROTONDI, ob. cit., pág. 102; GÓMEZ OUDANOSA, *La prueba preconstituida*, An. Ac. Matrit. Not., II, págs. 81 y sgts.

(20) BRUNETTI, Ob. cit., I, pág. 501.

procedimiento: sólo la verificación del pasivo tiene el efecto de consolidar definitivamente tales derechos y poderes (21).

En este sentido dispone, respecto de la quiebra, el art. 1111 del Código de comercio de 1829 que «los acreedores que no hubieren presentado los documentos justificativos de sus créditos, en los plazos que se han prescrito, perderán el privilegio que tengan y quedarán reducidos a la clase de acreedores comunes...». Y para el concurso de acreedores establece, con más flexibilidad, el art. 1279, núm. 2.º de la Ley Enj. civil, como efecto de la morosidad del acreedor en acudir a la Junta de reconocimiento, «que pierda cualquier prelación que pueda corresponderle, quedando reducido a la clase de acreedor común, si comparece después de celebrada la Junta de graduación» (22).

En el concurso de acreedores, el reconocimiento se realiza sobre tres estados que habrán formado los Síndicos y que comprenderán, respectivamente: 1.º Todos los créditos reclamados, por el orden en que se hubieren presentado; 2.º Los que en su opinión deben ser reconocidos; 3.º Los que no deben serlo (art. 1251 Ley Enj. civ.). Convocados los acreedores a la Junta de reconocimiento, constituida ésta, leídos los artículos relativos a esta materia y dada cuenta de los estados antedichos, se pondrán a discusión partida por partida y sobre cada una de ellas deberá votarse con separación, quedando reconocidos o excluidos los créditos por unanimidad y, en su defecto, por doble mayoría: de votantes, que habrá de reunir dos terceras partes de los acreedores que tomen parte en la votación, y de créditos de los concurrentes con sus votos a formar la mayoría, que habrá de importar, cuando menos, las tres quintas partes del total pasivo del deudor (art. 1255). Si no llegaren a reunirse las mayorías de votos y cantidades, el Juez, concluida la Junta, llamará los autos a la vista y determinará, sin más trámites, lo que crea arreglado a derecho sobre el crédito a que se refiera la disidencia y lo mismo se hará respecto de todos los créditos cuando no haya podido constituirse la Junta por insuficiencia de acreedores concurrentes (art. 1275). Podrá acordarse por la Junta, o por el Juez, en su caso, dejar pendiente el reconocimiento de cualquier crédito que no se presente bastante justificado y el interesado habrá de completar su justificación en ramo separado en el tiempo que transcurra hasta la Junta de graduación (art. 1258).

(21) PROVINCIALI, *Manuale*, cit., II, pág. 700.

(22) La Ley no hace mención de los acreedores hipotecarios. Sin embargo, las sentencias de 27 junio 1900 y 15 octubre 1902 declararon que no cabe sostener que pueda alcanzarse la morosidad establecida por los arts. 1278 y 1279 Ley Enj. civil. Siguió el Supremo la opinión de MANRESA, *Comentarios*, pág. 211, que es objeto de crítica por RIVES y MARTI, *Concurso de acreedores y quiebras*, 1954, pág. 369.

En el procedimiento de quiebra los Síndicos forman también un estado general de los créditos a cargo de la quiebra que se haya presentado a comprobación (art. 1104 Cód. de com. 1829). Reunidos los acreedores en el día señalado para la Junta de examen y reconocimiento de créditos, previas formalidades análogas a las expuestas en el juicio de concurso, el interesado en el crédito, o quien lo represente, satisfará en la forma que pueda convenirle y se resolverá por mayoría de votos, sobre el reconocimiento o exclusión de cada crédito, regulándose aquella por la mitad más uno del número de votantes que representen las tres quintas partes del total del crédito que compongan entre todos (art. 1105). Todo agravio que estimaran les ha sido inferido por el acuerdo de la Junta, podrá ventilarse por los acreedores de la quiebra, por el interesado en el crédito controvertido y por el quebrado ante el Juzgado que conociere de la quiebra, dentro de improrrogable término de treinta días, quedando, entretanto, privado de voz activa en la quiebra el acreedor cuyo crédito no sea reconocido (art. 1105 y 1107 del Cód. de com. y 1380 Ley Enj. civ.). Habrá de seguirse el trámite señalado por los arts. 1261 a 1264 Ley Enj. civ., sobre impugnaciones por razón de fondo y el ordenado por el art. 1265 en las impugnaciones por razón de forma.

CAPITULO II

LA DEFENSA DEL DERECHO DE PREFERENCIA

88. Generalidades. 89. Las tercerías. 90. A) Tercería de dominio. 91. B) Tercería registral. 92. C) Tercería de mejor derecho. 93. D) Tercería sumaria incidental. 94. La intervención principal de tercero. 95. A) La intervención en el juicio declarativo. 96. B) La intervención en la ejecución. 97. a) Intervención de terceros acreedores. 98. b) Intervención de terceros adquirentes. 99. Oposición de terceros. 100. A) Oposición a la sentencia. 101. B) Oposición a la ejecución. 102. La graduación. 103. A) La graduación en los juicios singulares. 104. B) La graduación en los juicios universales. 105. El juicio de retracto.

88. GENERALIDADES.—Nos referimos a la defensa represiva del derecho de preferencia, que, normalmente, se ejerce por los Organos competentes del Estado, interesado en que los derechos subjetivos puedan ejercitarse pacíficamente por sus titulares. Excepcionalmente se recogen por los Códigos algunos medios de defensa privada, como la legítima defensa y el estado de necesidad; pero el medio ordinario para la protección represiva de los derechos es el proceso, que ofrece ciertas modalidades especialmente adecuadas a la defensa del derecho de preferencia, a las que contraemos el contenido de este capítulo.

Cinco son estos medios procesales: 1) Tercerías; 2) Intervención de terceros; 3) Oposición de terceros; 4) Graduación de acreedores; y 5) Juicio de retracto. Los tres primeros defienden tanto los derechos de preferencia satisfactiva como los de preferencia adquisitiva (tercería de mejor derecho y tercería de dominio, por ejemplo). El cuarto es específico de la preferencia satisfactiva y el juicio de retracto lo es de la adquisitiva.

89. LAS TERCERÍAS.—Constituyen el instrumento procesal ordinario para la efectividad del derecho de preferencia en juicio singular. En su



propio sentido la tercería es definida por GUASP como «aquel tipo de pluralidad de partes que se produce cuando los diversos litigantes aparecen situados en un mismo plano, pero no unidos, sino enfrentados en su actuación procesal» (1); en este sentido la tercería podría deducirse tanto en el proceso de ejecución como en el de cognición. Mas, preferimos atenernos al limitado alcance que le atribuye nuestra Ley Procesal civil, que la admite de manera expresa solamente en el juicio ejecutivo o de apremio (arts. 1532 a 1543) con el carácter de intervención principal de un tercero en proceso de ejecución ajeno (2).

Hay tercerías que protegen el derecho de preferencia adquisitiva y son la de dominio y la registral; la preferencia satisfactiva es amparada por la tercería de mejor derecho; por último, una y otra preferencia pueden ver simplificada su defensa judicial con la llamada tercería sumaria incidental.

90. A) TERCERÍA DE DOMINIO.—Ha de fundarse en el dominio de los bienes embargados al deudor y podrá deducirse en el juicio ejecutivo, en los procedimientos para la ejecución de sentencias y en cualquier otro juicio o incidente en que se proceda por embargo y venta de bienes (arts. 1532, 1533 y 1543 Ley Enj. civ.). Su naturaleza es la de una acción reivindicatoria (3), pues su finalidad es que el tercerista recupere la posesión de los bienes sujetos a traba, segregándolos de la ejecución.

En esta tercería los derechos substantivos en concurso son, por una parte el derecho real del tercerista, y por la otra el derecho personal del embargante, y es prevalente el primero por su condición de derecho real que goza, por tanto, de derecho de preferencia frente al personal o, con más propiedad, derecho de exclusión. La Ley de Enj. civ. solamente legitima como tercerista al titular del dominio (art. 1532); pero no hay razón para no hacer extensiva dicha legitimación al poseedor de mejor grado,

(1) GUASP, *Der. Proc.*, cit., pág. 221. En un sentido muy amplio expone PODERTI las tercerías; las hay —dice— cuando posteriormente a la demanda interviene otro u otros sujetos coadyuvando o no con los sujetos principales, estudiando bajo esta denominación las tercerías propiamente dichas, el litisconsorcio, la sustitución y la sucesión procesal (*Tratado de tercería*, 1949, págs. 33 y 41 y sgts.).

(2) DE LA PLAZA, ob. cit., I, pág. 298; MERNÉNDEZ PIDAL, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, 1935, págs. 817-818. PRIETO CASTRO, *Exposición del Derecho Procesal Civil de España*, II, 1945, págs. 516 y sgts. Para CARRERAS las tercerías no dejan de constituir, por otro lado, una oposición de terceros a ciertos actos ejecutivos: al embargo en la de dominio, al orden de distribución del precio en la de mejor derecho (*El embargo*, cit., pág. 307). En otro aspecto el Tribunal Supremo la califica de juicio ordinario, sin que a ello obste que sea incidente de un procedimiento anterior (Sent. 15 febrero 1955).

(3) Cfr. sent. 25 mayo 1946.

por analogía con la acción reivindicatoria (4). De todos modos habrá de tenerse en cuenta la causa de preferencia que proporcionan los asientos del Registro de la Propiedad, y si el propietario adquiere los bienes después de practicada la anotación del embargo, carece de acción para ejercitar la tercería (5).

Se ha planteado la doctrina la cuestión de si esta tercería es posible deducirla contra la masa activa del concurso o de la quiebra. A nuestro modo de ver, está resuelta en sentido afirmativo por el art. 1269 de la Ley Enj. civ., aplicable también a la quiebra por remisión del art. 1381, que admite la reclamación por terceras personas de los bienes de cualquier clase correspondientes a las mismas, que el concursado tuviere, y, si el concursado y los Síndicos no convinieren en entregarlos, ordena el citado artículo que se substanciará la demanda en ramo separado por los trámites del juicio declarativo que corresponda a su cuantía, demanda que, como toda tercería, habrá de sustanciarse dirigiéndola contra los Síndicos (ejecutante) y contra el concursado (ejecutado) (6).

Otra cuestión, resuelta por el Tribunal Supremo, es la incompatibilidad en un mismo proceso de una acción de tercería de dominio y acción de tercería de mejor derecho (7), pues si la primera tiene por objeto la adquisición de una cosa y la segunda la preferencia en la satisfacción por realización de la cosa, lógicamente se comprende ante esta discrepancia de intereses, que no es posible el ejercicio simultáneo de ambas acciones, a no ser que las pretensiones se soliciten alternativamente.

En cuanto al procedimiento, las demandas de tercería se substanciarán por los trámites establecidos para el juicio declarativo que corresponda, según la naturaleza o cuantía de la cosa litigiosa. Si ésta no excediere de 1.000 pesetas y la demanda fuere incidental de un juicio del que conozca el Juez de Primera Instancia, decidirá ésta la reclamación en juicio verbal, sin ulterior recurso (arts. 488 y 1534 Ley Enj. Civ.) (8).

Es competente el Juez Municipal o Comarcal para conocer de las ter-

(4) Según el Tribunal Supremo, es título adecuado, tratándose de bienes muebles, acreditar su posesión conforme al art. 464 Código civil (sent. 19 diciembre 1900). La información posesoria inscrita en el Registro de la Propiedad constituye prueba suficiente del dominio mientras no se presente otra más robusta en contrario (sent. 9 enero 1915).

(5) Vid. sents. de 25 noviembre 1926, 15 marzo 1928 y las demás que reseña CARRERAS, en su obra cit., nota 374.

(6) Cfr. OMAR, loc. cit., págs. 87 y sgts.; VACAS MEDINA, loc. cit., pág. 553 y autores que cita

(7) Sent. 15 abril 1896.

(8) Si la cuantía del juicio principal es superior a 1.000 pesetas, sin exceder de 10.000, conocerá de la tercería el Juez Municipal o Comarcal en proceso de pequeña cuantía (llamado de cognición). (Decretos de 24 enero 1947 y de 21 noviembre 1952).

cerías deducidas en juicio verbal y el de Paz si la cuantía no excede de 250 pesetas, no admitiéndose las tercerías si su cuantía excede de 1.000 ó 250 pesetas, respectivamente (art. 21 del Decreto 21 noviembre 1952). Si la cuantía excede de 1.000 pesetas y no sobrepasa las 10.000 es competente el Juez Municipal o Comarcal que esté conociendo del juicio de pequeña o mínima cuantía en que se proponga la tercería, substanciándose en uno y otro caso por el procedimiento del juicio verbal; si excediere de 10.000 ptas. el valor de la demanda de tercería la competencia corresponde al Juez de Primera Instancia y se ventilará por los trámites del juicio declarativo que corresponda; en el supuesto de que el asunto principal estuviera tramitándose en el Juzgado Municipal, Comarcal o de Paz, el Juez de Primera Instancia les ordenará que suspendan sus procedimientos hasta que recaiga sentencia en el juicio de tercería, si ésta fuere de dominio, y si fuere de mejor derecho que consigne en la Caja de Depósitos el importe de los bienes, si se vendieren (art. 739 Ley Enj. civ., en relación con Decreto 24 enero 1947 y art. 68 Decreto 21 noviembre 1952). Si la cuantía del asunto principal es superior a 10.000 pesetas toda tercería que se deduzca, cualquiera que sea su valor, es de la competencia del Juzgado de Primera Instancia.

Con la demanda de tercería deberá presentarse el título en que se funde, sin cuyo requisito no se le dará curso (art. 1537). La jurisprudencia es tolerante por lo que respecta a la naturaleza y requisitos de dichos títulos, habiendo declarado que debe consistir en un documento público o privado, pues, aunque respecto de los bienes muebles la posesión equivale al título, es preciso acompañar documentos que, como los recibos de alquiler o la certificación del padrón, hagan presumir la posesión del tercerista (9); también se ha sostenido que no puede exigirse que el título constituya prueba plena del derecho del tercerista, sino que basta un principio de prueba o prueba preconstituída, ya que, de lo contrario, el Juez prejuzgaría el fallo que debe recaer al dictar sentencia, en trámite de admisión (10).

La tercería de dominio no se admitirá después de otorgada la escritura o consumada la venta, porque, como dice PRIETO CASTRO, los *bienes* han salido ya del poder del deudor (11), lo que no obsta para que el tercero pueda ejercitar el derecho que le asiste contra quien y como le corresponda por la vía del juicio declarativo (sent. 16 marzo 1893).

Se substanciarán las tercerías con el ejecutante y el ejecutado, sirvien-

(9) Vid. el resumen de jurisprudencia que hace FENECH en *Doctrina Procesal Civil del Tribunal Supremo*, T. IV, 1957, pág. 7627.

(10) FENECH, ob. cit., pág. 7634.

(11) PRIETO CASTRO, ob. cit., II, pág. 517.

dó de emplazamiento para este juicio la entrega de las copias de la demanda y de los documentos (art. 1539), sin que pueda ser admitido como litigante el comprador de los bienes en la subasta, que, sin embargo, tiene expedito su derecho para demandar a los que son partes en la tercería, en un juicio declarativo, si estima que ha sido víctima de una confabulación dolosa para impedir la realización del derecho que indudablemente le asistía a adquirir la finca rematada (sent. 6 abril 1949).

Si el ejecutante y el ejecutado se allanaren a la demanda de tercería, el Juez, sin más trámites, llamará los autos a la vista, con citación de las partes, y dictará sentencia. Lo mismo se practicará cuando ambos dejen de contestar a la demanda (art. 1541).

Las demandas de tercería no suspenden el curso del juicio del que sean incidencia; pero, en la tercería de dominio, luego que en el juicio ejecutivo recaiga sentencia firme de remate, se suspenderá el procedimiento de apremio respecto de los bienes a que se refiera, hasta la decisión de aquella (arts. 1534 y 1535) (12).

91. B) TERCERÍA REGISTRAL.—Se llama así a la regulada por el art. 38, pfo. 3.º de la Ley Hip. Fué introducida por primera vez bajo el pfo. 2.º del art. 24 de la Ley Hip. de 1909, manteniéndose su redacción en la vigente, en los siguientes términos: «En caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio contra bienes inmuebles o derechos reales determinados, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos, productos o rentas en el instante en que conste en autos, por certificación del Registro de la Propiedad, que dichos bienes o derechos constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción en concepto de heredera del que aparece como dueño en el Registro. Al acreedor ejecutante le quedará reservada su acción para perseguir en el mismo juicio ejecutivo otros bienes del deudor y para ventilar en el juicio correspondiente el derecho que creyere asistirle en cuanto a los bienes respecto de los cuales se suspende el procedimiento».

No es fácil la inteligencia de este precepto, tanto por lo que concierne a los supuestos de aplicación, como a sus efectos. Parece ser, según el testimonio de MARTÍNEZ PARDO en el prólogo a la Ley de Reforma hipotecaria de 16 de abril de 1909, que el propósito del legislador era establecer un nuevo expediente sumario sustitutivo de la tercería de dominio;

(12) Luego si se interpone la tercería de dominio en la fase de ejecución de una sentencia dictada en juicio declarativo, se suspenderá inmediatamente el curso de dicha vía de apremio.

«ocurría antes constantemente —escribe— que el procedimiento judicial en que se embargaban bienes determinados no se suspendía aun cuando resultaren estos inscritos en el Registro a favor de persona distinta de aquella contra la cual se dirigía la acción; en tales casos el dueño de los bienes estaba obligado para salvaguardar su derecho a entablar una tercera de dominio que se sustanciaba por los trámites de un juicio declarativo con todas sus habituales y costosas derivaciones. Basta exponerlo para comprender lo injusto del trato y lo enorme de la vejación a que se veía sometido un propietario que descansaba, creyéndose amparado por la ley, en la legitimidad de su título y en la eficacia de la inscripción que había practicado en el Registro». Mas ya apostillaba BARRACHINA que, pese a las aclaraciones del Sr. MARTÍNEZ PARDO, el precepto suscitaba dudas en la práctica judicial, dudas que, en efecto, refleja también la contradictoria doctrina que exponemos seguidamente:

a) *Supuestos que comprende el precepto.*—No ofrece serias dudas la determinación de los tipos de procedimiento en que opera esta tercera y que son aquellos en que se haya acordado embargo preventivo, o en los juicios ejecutivos o en la vía de apremio, sea el proceso civil, penal, social, contencioso-administrativo o de otra índole.

En cambio, cuando se trata de precisar los supuestos de concurso en que actúa se muestran tan cautos los autores y restringen tanto la aplicación de aquella, que hace pensar si tal precepto no es enteramente superfluo.

ROCA SASTRE entiende que para que opere el precepto comentado es necesario que «no se haya practicado la correspondiente anotación preventiva en méritos del procedimiento de apremio en curso» y la razón que da es que «para el caso de haberse practicado dicha anotación y después se enajenasen los bienes anotados, dicho mismo art. 38 establece en su último párrafo una norma diferente» (13).

DÍAZ MORENO reducía la cuestión a determinar si los bienes perseguidos pertenecientes, según el Registro, a dueño diferente del deudor constaban o no gravados con la anotación del embargo antes de que el referido dueño o tercer poseedor inscribiera su título; si lo estaban, el procedimiento no puede suspenderse, a pesar de que se dirija contra bienes o derechos que ya no son propios del deudor; y si no lo estaban ha de aplicarse la regla general opuesta del pfo. 2.º del art. 24 (art. 38 núm. 3.º de la nueva Ley de 1944) (14).

BARRACHINA y PASTOR presenta dos supuestos: 1) Que el registrador haya devuelto el mandamiento denegando la anotación de embargo

(13) ROCA, *Der Hip.*, cit., I, pág. 277.

(14) DÍAZ MORENO, *ob. cit.*, pág. 166.

por estar inscrita la cosa o derecho real a nombre de un tercero; 2) Aun antes de que se devuelva dicho mandamiento, cuando se presenta en autos el certificado de inscripción (15).

MORELL plantea la cuestión en estos términos: «El que tiene inscrito en el Registro el dominio de una finca o derecho real puede verse privado por un tercero de ese derecho o finca sin más que practicar un embargo, dirigiéndose contra un deudor suyo a cuyo nombre no aparece en el Registro» (16).

LACRUZ BERDEJO apostilla que «la inscripción podrá haber tenido lugar en cualquier momento anterior a la tercería, aun cuando se hubiera iniciado ya el proceso de ejecución, y salvo la anotación preventiva en favor del acreedor ejecutante» (17). Parece que éste último inciso salva de la afección por el sobreseimiento a la anotación preventiva de embargo.

Por último, CARRERAS se refiere también al único supuesto de denegación de anotación de embargo por aparecer inscrita la finca o derecho real a nombre de persona distinta del ejecutado (18). Pero en otro lugar (pág. 319) llega a sostener que deberá sobreseerse la ejecución respecto del bien embargado cuando llegare a conocimiento del ejecutor que una transmisión posterior ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad por un tercer adquirente, anotando que así lo dispone el pfo. 3.º del art. 38 Ley Hip. que, al no distinguir entre inscripciones anteriores o posteriores a la afección, impide al intérprete hacer tal distinción.

b) *En cuanto al alcance del sobreseimiento*, coinciden los autores en que sobreseer significa que los bienes correspondientes quedan liberados o apartados de tal procedimiento de apremio, alzándose respecto de los mismo toda traba, embargo o sujeción establecido sobre ellos (ROCA, BARRACHINA, MORELL, en las obras y lugares citados, y GAYOSO en sus *Nocciones de Legislación Hipotecaria*, 1918, II, pág. 193).

La primera conclusión que se obtiene después de esta exposición doctrinal es que hay una corriente de opinión muy marcada que solamente admite la actuación del precepto cuando, por constar la finca inscrita a nombre de persona distinta del ejecutado, el embargo dispuesto por el Juez o Tribunal es denegado por el Registrador; al producirse tal evento nos encontraríamos con un embargo no anotable ni anotado por causas imputables al Registro, caso que puede producirse ya que la anotación de embargo no tiene en nuestro Derecho carácter constitutivo; pero, en tal caso, el embargo, aun no anotado, perjudicará al tercero (sents. 12

(15) BARRACHINA y PASTOR, ob. cit., I, págs. 179 y sgts.

(16) MORELL, ob. cit., II, pág. 623.

(17) LACRUZ BERDEJO, ob. cit., pág. 210.

(18) CARRERAS, *El embargo*, cit., págs. 409 y 476.

Mayo 1886 y 10 octubre 1889), el cual podrá verse expuesto incluso a la venta de los propios bienes en el procedimiento de apremio (sents. 1 mayo 1884 y 8 marzo 1900 y Rs. 22 noviembre 1929). Será preciso entonces que para detener la ejecución se presente en autos la certificación registral a que alude el art. 38 n.º 3.º Ley Hip., sin necesidad de recurrir a la tercería de dominio. Entendemos, no obstante, que el Juez no viene obligado a alzar el embargo, sino meramente a suspender la ejecución respecto de los bienes trabados; la razón es que la propiedad del deudor sobre tales bienes puede estar acreditada en autos por título bastante, pero no inscrito, o bien —como dice CARRERAS— que la no inscripción a favor del deudor se deba a una interrupción del tracto, reanudable por lo tanto; precisamente el art. 38 pfo. 3.º reserva al acreedor el ejercicio en el juicio correspondiente del derecho que creyese asistirle en cuanto a los bienes respecto a los cuales se *suspende* el procedimiento, aclarándose así que sobrecimiento equivale a suspensión, término éste de significación precisa en GUASP para quien aquélla se debe a razones derivadas de los actos procesales mismos, independientemente de los sujetos y actos procesales, y fundada taxativamente en dos órdenes de circunstancias: la fuerza mayor y la voluntad de los litigantes que convienen y acuerdan la paralización del procedimiento (19); si bien en nuestra Ley Procesal tiene un sentido más generalizado (arts. 89, 114, 185, 323, 362, 488, 514, 744 y 1135). Al reservar, pues, el art. 38 Ley Hip. el juicio ordinario hay que pensar que ello se debe a que existe una cuestión prejudicial excluyente, sin plazo determinado por la ley para promoverla, que mantiene invariable el procedimiento de apremio en el estado en que se encontraba al suspenderlo, y la sentencia definitiva que se dicte en ese trámite prejudicial, al declarar o negar el derecho del ejecutante, basará la resolución del Juez de apremio en sentido favorable al mantenimiento del embargo o a su cancelación. Téngase presente que el alzamiento del embargo lleva consigo los pronunciamientos de costas e indemnización de daños y perjuicios (art. 1413 Ley Enj. civ.) y sería aventurado que se hicieran los mismos en la llamada tercería registral mientras pende la posibilidad de incoar el juicio ordinario a que acabamos de referirnos. En todo caso, la caducidad de la instancia produciría la del embargo (art. 206 n.º 6.º Rgto. Hip.).

No vemos la posibilidad de que el art. 38 pfo. 3.º Ley Hip. pueda actuar en otros supuestos. Si, por error, el Registrador anota el embargo sobre bienes no pertenecientes al deudor, el tercero podrá pedir simplemente la cancelación de tal anotación, por la vía rectificadora que establece el art. 40 Ley Hip. Y si la transmisión del dominio de la cosa embargada se

(19) GUASP, *Der. Proc.*, cit., pág. 546.



efectuó en virtud de documento de fecha anterior a la de la anotación del embargo y aquél no se inscribió, es claro que no procederá la tercería registral, pues la anotación se practicó sobre bienes que el Registro publicaba como de la propiedad del deudor y esta tercería se basa precisamente en un título inscrito. Y en el supuesto de que la transmisión anterior al embargo se inscriba después de la anotación de éste, estimamos que tampoco procede la tercería registral, porque el derecho preferente del tercerista se basa, no en la inscripción, que es posterior a la anotación del embargo y por ello de rango inferior, sino en la transmisión sustantiva precedente al embargo que, por su prioridad, prevalece sobre éste; pero entonces estamos en presencia de una tercería basada en un título no registral y amparada en otros preceptos como los arts. 44 Ley Hip. y 1923 núm. 4.º Cód. civ. (20).

El procedimiento se reduce a solicitar del Juez o Tribunal correspondiente el sobreseimiento, acompañando al escrito la certificación registral a que se refiere el art. 38, y aquél, sin más sustanciación, deberá dictar seguidamente auto acordando dicho sobreseimiento (21).

92. C) TERCERÍA DE MEJOR DERECHO.—Mediante ella el acreedor preferente está facultado para pretender que se le reintegre de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante (art. 1532 Ley Enj. civ.).

Como ha puesto de manifiesto CARRERAS, la tercería de mejor derecho constituye oposición a un acto ejecutivo concreto y no a toda la ejecución; no tiende a impedir que el acto en sí se lleve a cabo, sino que se realice con un determinado contenido, ya que el tercero pretende que se le entregue total o parcialmente el producto de la liquidación del activo con preferencia al que obtuvo el despacho de la ejecución (22). Y es que este proceso se encuentra fuertemente influido por el Derecho sustantivo sobre concurso y prelación de créditos, que conduce a establecer relaciones de preferencia o rango las cuales se han de reflejar en el juicio de tercería imponiendo el signo jerárquico exigido por aquellas relaciones sin más alteración en el proceso ejecutivo que dicha ordenación preferencial (23).

(20) Cfr. ROCA, *Der. Hip.*, cit., I, pág. 277 y nota 1. Posición contraria mantiene recientemente MOLINA RAVELLO, basándose en la liberalidad del precepto y en los arts. 44 Ley Hip. y 1923, núm. 4.º Cód. civil. (*De la llamada tercería registral*, Rev. Crit. Der. Inmob., año 1959, págs. 55 y sgts.

(21) En la redacción del art. 24 Ley Hip. de 1909 se decía: «manifestación auténtica del Registrador», y, por consiguiente, bastaba para sobreeser el mandamiento devuelto por aquél con la nota de denegación del embargo.

(22) CARRERAS, *El embargo*, cit., págs. 307 y sgts.

(23) En este sentido, dispone el art. 1536 de la Ley Enj. civil que la tercería de mejor de-

En esta tercería el proceso viene a regirse por las normas comunes a la de dominio, expuestas en el núm. 90; pero queremos destacar dos cuestiones particulares:

Una es que el art. 1539 de la Ley Procesal manda, sin establecer distinción entre ambas tercerías, que la de mejor derecho se sustancie también con el ejecutante y ejecutado, es decir, con el acreedor concurrente y con el deudor. Ello no se aviene con una idea básica que hemos sostenido a lo largo de este trabajo: que la relación de preferencia se produce solamente entre los titulares concurrentes, o sea, en el caso examinado, entre los acreedores, sin afectar directamente al deudor común. Por ello, las cuestiones de preferencia deberían ventilarse sin necesidad de que fuera demandado el deudor, tal como prevé el art. 512 del Código procesal italiano (24). Puede justificarse la legitimación pasiva del deudor, exigida por nuestro Derecho, atendiendo a los efectos reflejos que la situación de preferencia produce sobre aquél y que nace del doble contenido sustantivo de estas tercerías: de una parte, la causa de preferencia satisfactiva vincula al acreedor tercerista y al deudor; por otro lado, la relación de preferencia se establece entre el tercerista y el acreedor ejecutante (25).

La otra cuestión es si pueden interponerse tercerías de mejor derecho en los procesos de ejecución universal, cuestión que, en principio, ha de resolverse en sentido negativo, porque la función primaria del juicio concursal es, precisamente, apartar la actuación aislada de los acreedores, para subsumirlos en una actuación procesal conjunta. De ahí, que, en relación con los procesos singulares pendientes, mande el art. 1173 Ley Enj. civil que en el mismo auto en que se haga la declaración de concurso se acuerde la acumulación al juicio universal de las ejecuciones que haya pendientes contra el concursado en el mismo Juzgado o en otros. Ni aun la excepción que establece el art. 166, que declara improcedente la acumulación de los juicios ejecutivos cuando sólo se persigan los bienes hipotecados, autoriza a interpretar con un sentido lato, referido con el principio de atracción del proceso concursal, que una vez iniciado éste pudieran interponer los acreedores hipotecarios tercerías de mejor derecho (26). Otra

recho suspende el procedimiento de apremio una vez realizada la venta de los bienes embargados y su importe se depositará en el establecimiento destinado al efecto para hacer pago a los acreedores por el orden de preferencia que se determine en la sentencia del juicio de tercería.

(24) Prevé este artículo la «controversia entre acreedores concurrentes» en un procedimiento equivalente a nuestra tercería de mejor derecho. Vid. CARNELÚTTI, *Instituciones*, cit., pág. 580; SATTI, *ob. cit.*, pág. 215.

(25) Sobre este efecto reflejo, vid. *supra* núm. 24.

(26) Cfr. NAVARRINI, *ob. cit.*, pág. 153. SERRI, *L'intervento dei creditori nelle liti del fallimento*, Riv. Dir. Com., año 1923, 1, págs. 309 y sgts. y últimamente PROVINCIALI, *Manuale*,

cosa es que en los convenios que el deudor celebre con los acreedores, haya entre éstos quienes gocen del derecho de abstención de concurrir a la junta y tomar parte en la votación, en cuyo supuesto no quedarán obligados a estar y pasar por lo acordado y podrán ejercitar separadamente su derecho, para lo cual habrán de dirigirse como terceros contra el deudor y los demás acreedores que ajustaron el convenio (arts. 1140 y 1153 Ley Enj. civil sobre quita y espera, 1312 relativo al concurso de acreedores y 900 Código de comercio, sobre quiebra).

93. D) TERCERÍA SUMARIA INCIDENTAL.—Sucede a veces que la propiedad ajena de los bienes embargados o el mejor derecho a hacerse pago sobre los mismos es tan evidente, que resulta superfluo acudir al procedimiento ordinario de tercería para defender aquellos derechos.

Esta tercería sumaria está recogida por el Código de la provincia de Buenos Aires, que dispone: «Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes, toda persona está autorizada a requerir, en calidad de tercero perjudicado por embargos, el levantamiento liso y llano de los mismos, acreditando in continenti, su posesión actual de conformidad con el título de propiedad que exhibiere, según fuere la naturaleza de los bienes. Esta gestión será tramitada con audiencia del embargante y de la resolución que recaiga no habrá recurso si fuere desfavorable al tercero, quien estará obligado a deducir la acción de tercería si viere convenirle» (artículo 581). De la jurisprudencia argentina que recoge PODERTI (27) se deduce el carácter incidental que allí tiene esta tercería, con traslado al ejecutante del escrito y documento acompañado al mismo, breve período de prueba y sentencia, sin que ésta constituya cosa juzgada.

En nuestra Patria SIERRA POMARES (28) sostiene que se tendrá por promovida la tercería como verdadero juicio cuando haya controversia y se apoya seguidamente en la autoridad de D. Vicente AMAT (*Ley de Enjuiciamiento civil*, II, pág. 175) quien afirma que no hay tal controversia si todos reconocen la propiedad del tercero, en cuyo caso debe bastar un simple escrito del dueño de la cosa indebidamente embargada pidiendo

cit., I, pág. 457, que afirma el carácter de ejecución colectiva del juicio de quiebra sin pués to para acciones individuales de los acreedores.

Hay, sin embargo, supuestos de satisfacción separada de acreedores; pero es porque tienen derecho de separación o de prededucción. Así, en los casos de reivindicación de los arts. 908 y sgls. Cód. de com. o de deudas de la masa que anticipadamente hayan de satisfacer los Síndicos.

En nuestra jurisprudencia anotamos la sent. de 29 octubre 1927 que declara que las tercerías de mejor derecho propiamente dichas no pueden ventilarse contra la masa de la quiebra.

(27) PODERTI, ob. cit., págs. 198 y sgls.

(28) SIERRA POMARES, voz TERCERÍA en la Enciclopedia Jurídica Española.

su entrega y, si las partes a quienes se da vista no se oponen, se declara alzado el embargo sobre ella y se manda entregar al deudor.

Nosotros no vemos grave obstáculo procesal para que el tercero, provisto de un título que legitima de modo evidente su condición de propietario de los bienes embargados o de titular de mejor derecho frente a otros, pueda personarse en el juicio solicitando que se declare aquella su mejor condición, acompañando el título al escrito y una vez trasladado éste y el documento al ejecutante y al ejecutado, si éstos se allanan a la pretensión, que decida el Juez de acuerdo con lo convenido. Pero si hubiere alguna oposición, aunque sólo sea de una de aquellas partes, el Juez no puede decidir sobre la propiedad o mejor derecho pretendido por el tercero, sino que ha de remitir a éste al juicio de tercería ordinario. Por lo tanto, la tercería sumaria queda reducida a una provocación al convenio, que luego el Juez homologaría; pero todo su valor depende de la voluntad de las partes, limitándose el Juez a facilitarla y a autenticarla.

94. LA INTERVENCIÓN PRINCIPAL DE TERCEROS.—Esta figura procesal tiene lugar cuando el tercero entra en un juicio pendiente con el fin de hacer valer contra las partes o contra alguna de ellas un derecho que es incompatible con el de éstas. En tal aspecto, también las tercerías constituyen intervención de esta naturaleza; pero hemos preferido estudiarlas anteriormente, con separación, para respetar su regulación independiente en nuestra Ley Procesal.

95. A) LA INTERVENCIÓN EN EL JUICIO DECLARATIVO.—Los autores convienen en que no se admite en nuestro Derecho esta intervención principal y, a la vez, resaltan los inconvenientes que esta inadmisión supone, pues obliga a litigio independiente, que ha de promover el tercero, pero que por vía de acumulación podría tramitarse conjuntamente con el principal, en un rodeo evitable si se hubiera previsto legislativamente esta intervención (29). Ni aún el hecho de que admita el Tribunal Supremo la intervención adhesiva o del coadyuvante (30) puede dar pie a una extensión análoga a la intervención principal, pues, mientras en aquella la presencia del tercero se limita a reforzar la posición procesal de una de las partes sin perturbación grave del proceso que sigue su tramitación

(29) GUASP, *Der. Proc.*, cit., págs. 221-222; PRIETO CASTRO, ob. cit., I, pág. 144; GÓMEZ ORBANEJA, ob. cit., pág. 172.

(30) Sents. 21 marzo 1911, 6 marzo 1946, 24 mayo 1948, 17 febrero 1951 y 19 diciembre 1952. Vid. FAHREN GUILLÉN, *El proceso en la Ley de Sociedades Anónimas*, 1954, págs. 87 y sgts. y *El Tribunal Supremo y el litis-consorcio en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, en *Propiedad y Construcción*, núm. 5, págs. 17 y sgts.

normal, en la segunda, al superponerse otro proceso en el que el tercero se muestra actor frente a las partes del otro, se imponen normas concretas reguladoras de este nuevo proceso y del conflicto con el otro que se produce por virtud de la intervención, sin que baste la interpretación analógica de los preceptos de la Ley de Enj. civ., que se limitó a reservar para la vía de apremio la intervención principal de terceros (tercerías), tal vez con el propósito de defender al juicio declarativo de incidentes obstaculizadores de su tramitación.

Son numerosas las legislaciones que regulan esta intervención principal en el juicio declarativo, ya sobre el patrón francés de la intervención por «requête», que no constituye en parte al interviniente, bien sobre el modelo germánico que regula un proceso de intervención tramitado independientemente del principal (31).

96. B) LA INTERVENCIÓN EN LA EJECUCIÓN.—Bajo este nombre se conocen un conjunto de medidas procesales que protegen en la vía de apremio los derechos que puedan tener los terceros sobre la cosa ejecutada o sobre la distribución de su valor. No dan lugar a tercerías propiamente dichas, sino a la participación del tercero en algunos actos ejecutivos que le aseguren una justa distribución del importe o una adquisición de la cosa.

97. a) INTERVENCIÓN DE TERCEROS ACREEDORES.—Fue tenido en cuenta aun en el proceso más desconsiderado con los acreedores no ejecutantes, el de la *executio parata* de las sentencias y de los documentos con cláusula de garantía, que permitió intervenir a los acreedores privilegiados (32).

Se caracteriza por la producción de un tipo especial de litisconsorcio, dice PRIETO CASTRO con referencia al Derecho italiano, donde se toman en consideración las preferencias derivadas del derecho material (33), y

(31) Cfr. SUGNI, *Intervento in causa*, en Nuov. Dig. It. Para sus modalidades históricas BINNO GALLI, *Contributo alla teorica dell'intervento principale*, Arch. giur. Serafini, III serie, vol. VI, págs. 216 y sgts.

(32) Cfr. BERTINI, *Sull'intervento dei creditori nell'esecuzione singolare*, Riv. Dir. Proc. Civ., año 1938, 2.ª, pág. 105.

(33) PRIETO CASTRO, *Correcciones al derecho sobre ejecución forzosa de la Ley de Enjuiciamiento civil*, Rev. Gral. Leg. Jur., T. 191, año 1952, pág. 539. Ciertamente, como escribe COSTA, la intervención de los acreedores en el proceso de ejecución es consecuencia del principio general de la responsabilidad patrimonial, pues el Ordenamiento jurídico no puede dejar de tener en cuenta que todos los acreedores tienen igual derecho a satisfacerse sobre los bienes del deudor (*L'intervento in causa*, 1953, pág. 237).

que conduce a la constitución de un concurso de acreedores en la ejecución singular, incluso con juicio de graduación (34).

En el Derecho español se acusa una vez más la penuria de normas reguladoras del proceso ejecutivo. La intervención de los acreedores en él se limita a la que le otorgan los arts. 1490 y 1491 de la Ley de Enj. civil. El primero de ellos dispone que «si de la certificación del Registrador de la Propiedad resultaren gravados los bienes con segundas o posteriores hipotecas, no canceladas, se hará saber a los acreedores que se hallen en este caso el estado de la ejecución, para que intervengan en el avalúo y subasta de los bienes, si les conviniere». «Hecha la notificación —continúa el art. 1491— prevenida en el artículo anterior, seguirá su curso el procedimiento de apremio sin hacer otra alguna a los acreedores a que el mismo se refiere. Si éstos se personaren en los autos antes del avalúo, por sí o por medio de Procurador, tendrán derecho a nombrar, a su costa, un perito que, con los nombrados por el ejecutante y el ejecutado, practique el justiprecio de la finca o fincas hipotecadas; en este caso se les notificará también la providencia en que se fije el día para el remate».

La limitación más grave que contienen estos preceptos es la restringida legitimación de los intervinientes, concretada a los titulares de segundas o posteriores hipotecas sobre la misma finca objeto de apremio ordinario con base en la primera hipoteca. CARRERAS propugna una interpretación amplia del precepto, en doble sentido, que podría haber sido favorable a la justicia, extendiendo, por un lado, la aplicación de aquella norma a los acreedores hipotecarios aunque se procediera por anotación de embargo y no por inscripción hipotecaria, y, por otro lado, admitiéndose que, aun procediendo por anotación de embargo, también los posteriores embargantes gozaran de aquella intervención (35). Pero la jurisprudencia, que ha admitido el primer aspecto de la ampliación (sents. 29 enero 1915 y 28 abril 1916 y Resls. 18 mayo 1893, 3 diciembre 1925 y 6 noviembre 1953) ha rechazado el segundo (sent. 30 mayo 1903 y Resls. 23 noviembre 1912, 12 noviembre 1934 y 16 marzo 1940).

(34) Hay una importante diferencia entre la regulación del Código de 1940 y el derogado, pues, aun partiendo ambos de la unidad de la ejecución, difieren en que éste atribuía al acreedor ejecutante la unidad de acción, erigiéndose en única parte formal, y los demás, aunque partes materiales, quedaban relegados a la incómoda condición de simples representados por el acreedor instante, aun teniendo intereses encontrados; mientras que el Código vigente se basa en la pluralidad de las acciones, en la independencia recíproca y en su unión en un mismo proceso; sin embargo, dice SATTI, el art. 493, pfo. último deja entrever la posibilidad de pluralidad de embargos sin reunión en un mismo proceso, con desenvolvimiento autónomo de las ejecuciones, salvo la responsabilidad en beneficio del primer embargante por falta de aviso al mismo (ob. cit., pág. 76). Para el estudio de la legislación italiana derogada es fundamental la obra de ANDRIOLI, *Il concorso dei creditori nell'esecuzione singolare*, cit. . . .

(35) CARRERAS, *El embargo*, cit., pág. 358.

La protección de los acreedores preferentes, no amparados por los artículos transcritos, sigue en nuestra Ley procesal derroteros diferentes según sean inmuebles o muebles los bienes objeto de ejecución.

En la ejecución inmobiliaria ha de procederse de oficio a la liquidación de los créditos preferentes, conforme al art. 1516 Ley Enj. civ., que en la práctica viene aplicándose a todo supuesto de ejecución y no solamente a la despachada a instancia de acreedor hipotecario, como precisa dicho artículo. Al sustituir la Ley Hipotecaria de 1909 y las sucesivas refundiciones este sistema de liquidación por el de subrogación de cargas (art. 133 pfo. 2.º en relación con la regla 8.ª del art. 131), con mayor razón se descarta la intervención de terceros acreedores, toda vez que hay una reserva de la garantía de ellos, aunque este sistema de subrogación no esté reñido con el de liquidación de cargas según la sentencia de 7 de febrero de 1942 (36). De todos modos, estas normas desconocen los derechos de acreedores preferentes personales y reales sin registración, los cuales solamente podrán intervenir valiéndose de la tercería de mejor derecho (37).

En la ejecución mobiliaria no encontramos precepto procesal alguno que se refiera a la intervención de terceros, materia que tan cuidadosamente ha regulado el Código procesal italiano (arts. 525 a 528 y concordantes), previsor también de la intervención tardía, perjudicial para los acreedores comunes, pero no para los privilegiados quienes por aquella demora procesal no pierden su posición preeminente. En la práctica se recurre al reembolso como medio de asegurar al segundo acreedor ejecutante el remanente de la realización de la cosa embargada, o bien se acude al concurso de embargos, supuesto este que puede ser más favorable al acreedor preferente que el reembolso, pues allí será preferido en el concurso, mientras que en el reembolso se pospone por propia voluntad a los otros acreedores (38). En todo caso, los acreedores preferentes tienen siempre abierta la puerta de la tercería de mejor derecho.

98. b) INTERVENCIÓN DE TERCEROS ADQUIRENTES.—Tiene en nuestro Derecho una clara manifestación en el art. 134 Ley Hip., por virtud del cual se ha previsto el supuesto de que, antes de que el acreedor haga efectivo su derecho sobre la finca hipotecada en el proceso judicial suma-

(36) La Dirección General de los Registros sigue manteniendo criterio opuesto en Res. de 17 mayo 1955 (5.º Considerando). Sobre esta materia vid. J. GONZÁLEZ, *Estudios*, cit. II, páginas 139 y sgts.; BLÁZQUEZ, *El procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles*, *Revista Crit. Der. Inmob.*, año 1944, págs. 226 y sgts.; GUASP, *En torno al procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles*, en la misma Revista, año 1945, págs. 153 y sgts.

(37) GUASP, *Der. Proc.*, cit., pág. 500.

(38) Cfr. nuestro trabajo *El reembolso y sus problemas*, cit.

rio, pasare ésta a manos de un tercero, y cuyo contenido es ampliado por el art. 38 pfo. último al caso en que la enajenación tuviere lugar después de practicada en el Registro alguna de las anotaciones de embargo, secuestro o prohibición de enajenar.

El tercer poseedor (39) a que se refiere el art. 134 es, no solamente el propietario, sino también el que hubiere adquirido el usufructo o el dominio útil de la finca hipotecada, o bien la propiedad o el dominio directo. Y la intervención se contrae a que, acreditada la inscripción de su título, podrá el tercero pedir que se le exhiban los autos en la Secretaría, y el Juez lo acordará sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose con aquél las diligencias ulteriores, como subrogado en el lugar del deudor. Si el tercer adquirente es conocido con anterioridad a promover la ejecución deberá provocar del acreedor su intervención mediante requerimiento de pago, acreditándolo así mediante acta notarial justificativa del requerimiento, que habrá de acompañarse a la demanda, o si la existencia del tercer poseedor apareciera de la certificación de cargas, se notificará al mismo la existencia del procedimiento (art. 131, reglas 3.ª 4.ª y 5.ª). La doctrina española coincide, con rara excepción, en atribuir al tercero la condición de parte (40); pero, en fin de cuentas, esta calificación depende de la noción que se tenga del proceso ejecutivo. Si se entiende, con SATTÁ, que este no es un proceso en el cual haya parte demandada (41), la postura del tercero sería la de un interventor en ciertos actos de la ejecución, y así viene a confirmarlo el párrafo 1.º de la regla 5.ª del art. 131 Ley Hip. que faculta al tercero revelado por la certificación para que, o intervenga en la subasta, o satisfaga antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca.

En el caso de que la ejecución hipotecaria se lleve a efecto por la vía de apremio ordinaria, el art. 127 Ley Hip., en relación con el 126, establece que los terceros poseedores no podrán ser requeridos al pago, sino después de haberlo sido el deudor y no haberlo realizado, y cada uno de los terceros poseedores, si se opusiere, será considerado como parte en el procedimiento respecto de los bienes hipotecados que posea, y se entenderán siempre con el mismo y el deudor todas las diligencias relativas al embargo y venta de dichos bienes.

(39) Sobre la impropiedad de este término, cfr. ROCA SASTRE, *Der. Hip.*, I, págs. 497 y sgts.

(40) ROCA, ob. cit., IV, pág. 859; CARRERAS, *El embargo*, cit., págs. 321 y sgts.; GUARD, *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Rev. Crít. Der. Inmob., año 1942, págs. 186 y sgts. y nota 370 a las Instituciones de Carnelutti. En contra LÓPEZ DE HARO, *El tercer poseedor de finca hipotecada*, en Rev. Gral. Leg. Jur., año 1931, semestre 1.º, pág. 359.

(41) SATTÁ, ob. cit., pág. 201.



Otra modalidad de intervención es normada por la regla 5.^a del artículo 131 Ley Hip. relativa a los titulares de cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la inscripción de la hipoteca que grava el crédito del actor, intervención que el art. 225 del Rgto. Hip. extiende a los acreedores de cargas o derechos reales que hubieren pospuesto unas u otros a la hipoteca del actor, a los anotantes posteriores a la inscripción de dicha hipoteca e incluso a los titulares de desmembraciones del dominio, derechos condicionales o de otros que, por su rango, deben declararse extinguidos al realizarse el crédito y que hubieren inscrito sus derechos con posterioridad a la hipoteca, siempre que figuren en la respectiva certificación del Registro de la Propiedad; y también se debe conceder intervención a los que han obtenido anotación preventiva de embargo sobre los bienes hipotecados (Resls. 3 diciembre 1925, 6 noviembre 1933 y 17 julio 1935). A estos intervinientes o interesados, como los llama GUASP (42), sólo les está permitido intervenir o pagar el crédito, intereses y costas, subrogándose en los derechos del actor, es decir, convirtiéndose en ejecutante y dirigiendo desde entonces el procedimiento (43).

No ha tenido en cuenta la Ley Hipotecaria la intervención del hipotecante no deudor, que ROCA SASTRE equipara, a efectos del proceso ejecutivo, al tercer adquirente (44). La similitud de tales situaciones procesales es evidente, de tal modo que el Código italiano (art. 602) recoge como supuesto de la intervención del tercero propietario la del titular de un bien gravado con prenda o hipoteca por deuda de otro. Últimamente, la Ley de Hipoteca mobiliaria exige que el requerimiento notarial de pago que se ha de hacer al deudor se haga también tanto al tercer poseedor como al hipotecante no deudor (art. 84, regla 1.^a, 2.^o, C) e igualmente en el proceso extrajudicial (art. 87, regla 3.^a).

Esta ley ha arbitrado normas de intervención análogas a las del proceso judicial sumario de la Ley Hipotecaria, cuales son las contenidas en el art. 84. CARRERAS se ha inclinado por la aplicación subsidiaria de la Ley Hipotecaria en cuantas deficiencias contiene la de Hipoteca mobiliaria, basándose en la autorización concedida por la Adicional Tercera de este texto. Claro que en el caso de prenda sin desplazamiento, la cosa pignorada no podrá ser enajenada sino por el acreedor pignoraticio, o por el primer embargante de los bienes si no fueron pignorados con anterioridad (45).

(42) Los define como aquellos que, estando legitimados para intervenir, no disfrutan sin embargo, de las facultades que la ley otorga a los principales sujetos del proceso (Der. Proc., cit., pág. 189).

(43) Cfr. CARRERAS, *El embargo*, cit., págs. 362 y sgts.

(44) ROCA, *Der. Hip. cit.*, IV, pág. 774.

(45) CARRERAS, *ob. cit.*, págs. 471 a 480.

99. OPOSICIÓN DE TERCEROS.—En el campo de los remedios y recursos procesales cuentan los terceros con algunos muy particulares que tienen por objeto evitar que les afecten las sentencias y acuerdos dictados sin que hayan sido llamados o hayan intervenido como partes. Estudiamos la oposición a la sentencia y la que puede formular el tercero en vía de apremio.

100. A) OPOSICIÓN A LA SENTENCIA.—Este remedio procesal consiste en la impugnación que contra una sentencia que le perjudica formula el tercero ante el mismo Juez que dictó aquella y contra las parte que intervinieron en el proceso, con el fin de obtener la ineficacia total o parcial de la sentencia y su sustitución o modificación en consideración a los derechos y a los intereses del tercer oponente.

El Código procesal italiano regula en el Título de las impugnaciones la oposición del tercero (arts. 404 a 408), distinguiendo una oposición genérica y otra específica (revocatoria por fraude). La primera puede utilizarse en aquellos casos en que la existencia de la cosa juzgada *inter alios*, no obstante la regla *tertio neque nocet neque prodest*, hace surgir para el tercero un obstáculo que es indispensable remover a fin de que aquél pueda ejercitar su derecho y conseguir una plena y eficaz tutela jurisdiccional. La otra se reserva solamente para un caso particular: cuando el proceso haya sido promovido o conducido con dolo o colusión en daño de tercero (46).

El Code francés regula también la *tierce opposition* (art. 474 a 479) como recurso abierto a una persona que no ha sido parte en la instancia contra una sentencia o acuerdo que le causa perjuicio (47).

La ventaja que se reconoce sobre el ejercicio de una acción declarativa separada a la oposición de tercero es que ésta puede hacer suspender la ejecución de la sentencia formada sin su audiencia. Y en cuestión de preferencia de acreedores es útil al preferente cuando a sus espaldas se dicta una sentencia que perjudica a su derecho de preferencia. LIPARI admite la oposición de tercero cuando procede de acreedores privilegiados y la sentencia hace declaraciones sobre preeminencia de unos privilegios sobre otros, porque no hay duda —dice— de que la preferencia y el grado constituyen para los acreedores materia de un verdadero y propio derecho, por los que se les debe considerar como los principales, si no los únicos, interesados (48).

(46) Cfr. REDENTI, ob. cit., II, págs. 503 y sgts.

(47) Cfr. RENE MOREL, *Traité élémentaire de Procédure civile*, 1932, pág. 686.

(48) LIPARI, *L'opposizione di terzo revocatoria*, Riv. Dir. Proc. Civ., 1927, 1.ª págs. 89 y sgts.

En el Derecho patrio no está regulado este remedio extraordinario de impugnación, ni en su forma genérica ni en la específica, y no pueden considerarse como tales, en su propio sentido, a las tercerías (49). Sin embargo, GIMENO GAMARRA, basándose en la sentencia de 9 de julio de 1913, reconoce una especie de oposición de terceros en el caso de que intervenga dolo o fraude de las partes en perjuicio del tercero (50). Los fundamentos en que se apoya su construcción son precarios y el examen de dicha sentencia demuestra que no se tuvo en cuenta por el Tribunal Supremo la oposición de tercero ni creemos que debe atribuirse a dicho Tribunal facultades para introducir en nuestro sistema de remedios uno extraordinario y excepcional como es el ahora examinado. Dicho fallo recayó en juicio de tercería y se limita a admitir que pueden impugnarse por el acreedor con arreglo al art. 1111 del Código civil los actos realizados por el deudor mediante su unión o concierto con otros acreedores, aun los llevados a cabo ante los Tribunales. De aquí no puede inferirse que una sentencia (acto del Organó judicial) pueda ser impugnada al amparo de lart. 1111, porque el Supremo se está refiriendo a impugnación de actos o negocios jurídicos realizados por las partes dentro del proceso y con homologación judicial (51). El mismo autor, cuando trata del procedimiento a seguir en la oposición de tercero dice que «ha de formularse mediante la promoción de un proceso ordinario en el que se solicite la declaración de la nulidad del proceso simulado o fraudulento»; mas, entonces no hay remedio de oposición sino proceso ordinario separado para que se declare judicialmente anulada o modificada una sentencia dictada en otros procesos, a lo que se muestra contrario el mismo Tribunal Supremo (sents. 22 enero 1908, 21 diciembre 1916, 6 julio 1917, 8 enero y 28 noviembre 1929, 11 diciembre 1950) (52) que en el caso concreto de nulidad de actuaciones tiene declarado que contra la virtualidad y eficacia de una sentencia firme, con entera oposición a lo que la ley previene para la santidad de la cosa juzgada únicamente y por los motivos especiales que señala el Título XXII, Sección 1.ª, Libro II de nuestra Ley de

(49) MORON sostiene que la tercería es un procedimiento de impugnación de sentencias firmes (*La nulidad en el proceso civil español*, 1957, págs. 168-169). Nuestra opinión es, según dijimos anteriormente, que lo es de impugnación de actos procesales ejecutivos.

(50) GIMENO GAMARRA, *La oposición de tercero a la sentencia y a la ejecución en el Derecho español*, en *Rev. Der. Priv.*, año 1950, págs. 316 y sgts.

(51) La sentencia no es jamás una simple apariencia, expresa siempre una verdad jurídica. La intervención judicial, la fudole pública de la función procesal conduce forzosamente a excluir que se pueda hablar de sentencias simuladas. Si las actividades procesales fueran reales, pero fraudulentas, la sentencia impugnada no podría en ningún caso anularse entre las partes sino que el Juez debería declararla inoponible (LIPARI, *loc. cit.*, págs. 95-96).

(52) DE LA PLAZA, *ob. cit.*, I, págs. 431 y sgts.

Enjuiciamiento civil, se da el recurso excepcional de revisión, que es el que se concede para poner de nuevo en vía contenciosa asuntos que han sido ya definitivamente fallados y nunca el de nulidad de actuaciones aunque adopte la forma de declarativo (sent. 12 junio 1918) y que no es dado combatir la sentencia que obtuvo firmeza mediante los procedimientos incidentales enderezados a contrariar la cosa juzgada, ni la nulidad puede pedirse, por regla general, más que en el curso del proceso afectado por los vicios que la determinen (sent. 21 febrero 1945). Si la sentencia hubiere sido dictada en fraude de terceros, por las mismas razones está excluída la impugnación separada en juicio independiente, sin que pueda emplearse tampoco el recurso de revisión al amparo del núm. 4.º del art. 1796 Ley Enj. civ., pues está reservado a quien sea parte en caso de fraude cometido en el proceso por la otra, sin que el tercero pueda emplear otras acciones que las penales por delitos tipificados por el fraude o las civiles para el resarcimiento del daño (53).

Una oposición de tercero en los términos en que viene siendo contemplada por la doctrina y por la legislación extranjera no es regulada por nuestras leyes, ni tampoco hay base para construirla sobre textos jurisprudenciales.

101. B) OPOSICIÓN EN LA EJECUCIÓN.—Si el tercero no puede atacar la sentencia que fué firme, sí pueden obstaculizar su ejecución, no sólo mediante las tercerías (54), sino también valiéndose de algunos otros medios procesales.

Son ellos, según GIMENO GAMARRA, los tres siguientes: los recursos ordinarios contra las resoluciones judiciales en que se acuerde la entrega de la cosa por el tercero a la parte que obtuvo la sentencia (sent. 10 junio 1914); promoción de un incidente de los regulados genéricamente por los arts. 741 y sgts. Ley Enj. civil (sent. 19 octubre 1898); manifestando simplemente, cuando se le vaya a privar de la cosa, que no ha sido parte en el procedimiento y que se opone por ello a que se le desposea de la misma (sent. 5 mayo 1917) (55).

(53) Cfr. MONON, ob. cit., págs. 140 y sgts.

(54) La tercería ha de respetar también la sentencia, pues se dirige contra la ejecución o sólo contra algunos actos ejecutivos. No es exacta, pues, la afirmación de GIMENO GAMARRA (loc. cit., pág. 332) de que en la tercería de mejor derecho puede el tercero oponerse a la sentencia en algún caso, como es cuando, en el proceso en que se ha dictado, hayan procedido el ejecutante y el ejecutado dolosamente para defraudar al tercero. CARRERAS aduce en contra de la posibilidad de esta oposición las sentencias de 22 diciembre 1911, 21 noviembre 1917 y 24 enero 1942 (*El embargo*, cit., pág. 348).

(55) GIMENO GAMARRA, loc. cit., págs. 332 y sgts. En favor de este incidente se pronuncia también PRIETO CASTRO, ob. cit., II, págs. 516 y 517.

Estos remedios podrían ser utilizados por el tercer poseedor de la cosa en el supuesto de que en la ejecución se ordenare la entrega de aquélla. Pero cabe indagar si los terceros acreedores, preferentes al ejecutante, disponen de algún medio procesal para oponerse a los actos ejecutivos que lesionarían su preferente derecho de cobro. Mientras que el Derecho alemán autoriza objeciones de tercero por la vía del párrafo 766 ZPO, cuando se han infringido preceptos de procedimiento, o mediante demanda independiente (§ 771) cuando la ejecución tiene lugar en un bien patrimonial que no pertenece al deudor o no está sujeto a responsabilidad ejecutiva (56), y el Código italiano permite impugnaciones del tercer acreedor en relación con la distribución del importe de la realización de los bienes (art. 512), nuestra Ley procesal no contiene en este aspecto disposición aplicable, antes bien es obstáculo a la oposición ejecutiva de los terceros acreedores el art. 1520 Ley Enj. civil que exige la declaración del derecho preferente por sentencia ejecutoria para que puedan aplicarse a su satisfacción las sumas realizadas.

102. LA GRADUACIÓN.—Consiste en la actividad del Organó judicial encaminada a colocar a los diversos acreedores concurrentes en el rango que les corresponda. Todo concurso de acreedores, se produzca en juicio universal o tenga lugar en la ejecución singular, y en este último supuesto sea el concurso originario por la concurrencia inicial o advenido por intervención sucesiva de otros acreedores o por acumulación de autos, lleva consigo, si los concurrentes son de diverso grado, una ordenación o colocación de los mismos que constituye, juntamente con los medios procesales impugnatorios de la colocación, una de las más sólidas garantías de los acreedores preferentes.

103. A) LA GRADUACIÓN EN LOS JUICIOS SINGULARES.—Una perfecta estructuración procesal de esta materia debe comprender, no solamente la graduación de oficio de los créditos, sino también el juicio de graduación que permita a los acreedores fijar de manera cierta el orden de colocación de sus respectivos créditos, rectificando en contradictorio los defectos de la graduación provisional antecedente y provocando incluso la exclusión o inclusión de créditos. En este sentido, el Código procesal italiano parte de la base del proyecto judicial de graduación, que luego se somete a la aprobación de los acreedores y, en caso de oposición, remite al juicio correspondiente (arts. 541 y 542, para la ejecución mobiliaria, y 596 a 598 para la ejecución sobre inmuebles» (57).

(56) Vid. ROSENBERG, ob. cit., III, pág. 118.

(57) Más complejo era el sistema del Código derogado, que partía del proyecto elaborado por las partes. (Vid. MORTARA, *Procedura civile*, 1921, II, págs. 379 y sgts.).

En nuestra Ley procesal no hay regulado juicio incidental de graduación, ni aun el legislador ha tenido en cuenta que hubiera que ordenar los créditos por razón de concurso de acreedores en la ejecución singular, pues no creemos que el art. 949 Ley Enj. civ., aunque se refiere a incidentes sobre cuestiones no controvertidas en el pleito ni decididas en la ejecutoria, autorice la deducción del incidente graduatorio, ya que, por una parte, dicho precepto subordina su contenido a que efectivamente «puedan promoverse» tales incidentes, es decir, que existan normas que los consientan, y, por otro lado, no ha de olvidarse la interpretación restrictiva a que ha de sujetarse todo criterio de admisión de incidentes, más aún cuando la propia Ley procesal ha arbitrado otros medios de intervención de los acreedores en el proceso ejecutivo. De nuevo, pues, habrá que ampararse en la socorrida tercera de mejor derecho para tramitar y resolver el incidente sobre graduación.

Un supuesto especial puede venir impuesto cuando se acuerda la acumulación de juicios ejecutivos al amparo del art. 164 de la Ley Enj. civ., según que se siga una de estas tres orientaciones, o el Juez que es competente para conocer de los juicios acumulados está obligado a distribuir el valor realizado siguiendo el grado que corresponda a los acreedores; o bien ha de limitarse, cuando surjan contiendas de colocación, a ordenar el secuestro conforme a los arts. 1176 y 1786 Código civil y a remitir a las partes al juicio declarativo que corresponda; o, en una última postura, ha de satisfacerse en primer lugar al ejecutante en el proceso al que se acumulan los otros y quedan postpuestos los ejecutantes en los otros juicios que se acumulan.

Descartada la última de las hipótesis anotadas, porque el hecho procesal de la presentación anticipada de la demanda no puede tener en este caso consecuencias de carácter sustantivo sobre los derechos de preferencia, los otros dos términos propuestos pueden tener aplicación según la situación que se plantee. Si los ejecutantes convienen un orden de prelación en el cobro debe acatarlo el Juez, pues «a aquel convenio, aun en juicios singulares acumulados, debe reconocérsele toda la eficacia que la Ley le concede en los juicios concursales y la acumulación de los ejecutivos no produce alteración alguna en el diverso origen y procedencia de las deudas ni engendra tampoco ninguna fusión en los derechos que con completa independencia han venido ostentando los ejecutantes» (sent. 17 enero 1929). A falta de convenio el Juez no tiene más remedio que graduar y colocar los créditos por orden de preferencia, pues no puede desconocer evidentes derechos sustantivos que el proceso actúa. Contra su decisión podrá apelarse conforme al art. 949 Ley Enj. civil y, separadamente, podrá interponerse tercera de mejor derecho. Pero si, antes de que

el Juez gradúe y coloque, se promoviera contienda sobre la preferencia que ha de tenerse en cuenta por aquél, ante la improcedencia en nuestro Ordenamiento de demanda de graduación, lo correcto es remitir a las partes al juicio correspondiente.

104. B) LA GRADUACIÓN EN LOS JUICIOS UNIVERSALES.—Está previsto en este caso por nuestras leyes el juicio de graduación:

a) En el concurso (arts. 1266 a 1277 de la Ley Enj. civ.), dado el carácter y la finalidad convencional que anima a estos juicios, se convoca a una Junta de acreedores en la que se dan a conocer los estados de graduación formados por los Síndicos (58) y se someten a discusión, decidiéndose por doble mayoría de votos y capital sobre dicho crédito, decidiendo, en su defecto, el Juez la graduación que crea ajustada a derecho. Los acuerdos de la Junta y los del Juez podrán ser impugnados por los acreedores reconocidos no concurrentes o que, concurriendo, hubieran disentido del voto de la mayoría y reservaron su derecho de impugnación. Estas impugnaciones se sustanciarán por el trámite establecido para los incidentes.

b) En la quiebra (arts. 1123 y sgts. del Código de com. de 1829 y art. 1381 Ley Enj. civ.) se procederá por los Síndicos a formar los estados de graduación (59), convocándose después a los acreedores a Junta, en la que se oirán las reclamaciones que hagan los acreedores presentes o los legítimos apoderados de los ausentes, a los cuales satisfarán los Síndicos; y si con las contestaciones de éstos no se aquietaren los reclamantes la Junta decidirá por mayoría constituida por la mitad más uno del número de votantes que representen las tres quintas partes del total de créditos que compongan entre todos; las impugnaciones de los acuerdos se registrarán por las normas establecidas para el concurso (60).

105. EL JUICIO DE RETRACTO.—El derecho de retracto atribuye a su titular, según vimos, derecho de preferencia sobre el adquirente de la cosa, y a la actuación de este derecho está encaminado el juicio especial de retracto, regulado por los arts. 1618 a 1630 Ley Enj. civil. Por virtud

(58) Estos estados se ajustarán a la graduación establecida por el Código civil.

(59) Estos estados confeccionarán a tenor de la graduación establecida por el Código de comercio.

(60) En la legislación comparada aparece también este sistema de proyecto judicial e impugnación: art. 247 de la Ley suiza de Persecución por deudas y de Quiebra, que prevé la formación del «estado de colocación» y el art. 250, la oposición; los arts. 140 y 146 de la Ordenanza alemana de quiebras; arts. 129 a 132 de la Ordenanza austríaca; arts. 95 a 110 de la Ley italiana de quiebras. Vid. también arts. 14, 77, 82 y 89 del Decreto francés de 20 de mayo de 1955, sobre quiebras.

del derecho sustantivo de retracto se coloca el retrayente en situación de preferencia adquisitiva respecto de la cosa transferida al retraído y este juicio sirve de instrumento al primero para obtener del segundo que le transmita la cosa si a ello diere lugar por su negativa a hacerlo extrajudicialmente.

El procedimiento es el de los incidentes en el supuesto de que no hubiera conformidad en los hechos, pues si la hay, sin más trámites. Llamará el Juez los autos a la vista con citación de las partes para sentencia. El régimen de recursos es el ordinario de apelación, que se sustanciará también en segunda instancia por el trámite de los incidentes y casación, no impedida por ningún precepto (61).

La especialidad del juicio radica en ciertos requisitos exigidos para la admisión de la demanda y que vamos a examinar:

a) *Legitimación activa*.—Se acomoda al tipo de retracto que se ejerce. En el de comuneros lo está el propietario de la cosa común (art. 1522 Código civil); en el de coherederos, todos o alguno de ellos (art. 1067 Código civil); en el de colindantes, el propietario de las tierras aledañas (art. 1523) y el poseedor en concepto de dueño (sent. 4 abril 1956); en el enfiteútico, el dueño directo o el útil (art. 1636 Cód. civ.); en el arrendaticio rústico, el colono (art. 16 de la Ley 15 marzo 1935); el aparcerero (sents. 9 noviembre 1945 y 4 octubre 1950); en el arrendaticio urbano el inquilino o el arrendatario de local de negocio (art. 47 de la Ley especial) y el arrendador (art. 36).

b) *Legitimación pasiva*.—La demanda ha de dirigirse contra el comprador y contra los terceros adquirentes, si los hubiere, a no ser que el retrayente no hubiere tenido conocimiento de la segunda transmisión hasta después de haber terminado el período expositivo del juicio, por no ser procesalmente posible dirigir la demanda contra el nuevo comprador (sents. 28 septiembre 1911, 14 mayo 1912, 7 mayo 1927).

c) *Plazo para el ejercicio de la acción*.—Es de nueve días, contados desde la inscripción en el Registro de la Propiedad y, en defecto de inscripción, desde que el retrayente tenga conocimiento de la venta (arts. 1524 Cód. civ. y 1618 Ley Enj. civ.), es decir, que, no solamente tenga conocimiento de la transmisión, sino de los pactos y condiciones de la escritura (sent. 10 junio 1935 y 6 marzo 1942). Este plazo es ampliable un día más por cada treinta kilómetros que distase el pueblo del retrayente de aquel en que se otorgó la escritura (art. 1619 Ley Enj. civ.).

Esta norma general sufre numerosas excepciones. En los retractos enfiteúuticos y del censo a primeras cepas hay un plazo ordinario de nueve

(61) En el retracto arrendaticio rústico el procedimiento es el de la norma 3.^a de la disposición transitoria 3.^a A) de la Ley de 28 junio 1940.

días útiles siguientes al otorgamiento de la escritura de venta si se dió aviso previo; pero, si se hubiese ocultado, el plazo comienza a contarse desde la inscripción en el Registro de la Propiedad, entendiéndose que existe ocultación cuando no se presenta la escritura en el Registro dentro de los nueve días siguientes a su otorgamiento, presunción que no excluye la prueba de tal ocultación por los demás medios legítimos. Si se hubiera realizado la enajenación sin el previo aviso, se concede el plazo extraordinario de un año, contado desde la inscripción (arts. 1638, 1639 y 1656, 6.º Cód. civ.). En el retracto de herederos y consocios el plazo es de un mes a partir desde el momento en que se les haga saber la venta realizada (arts. 1067 y 1708 Cód. civ.). En el retracto arrendaticio rústico el plazo es de tres meses a contar de la fecha en que el arrendador le notifique la transmisión o, en su defecto desde que por cualquier medio haya tenido noticia de aquélla (art. 16 de la Ley de 1935). En el arrendaticio urbano se cuentan sesenta días naturales a partir de la notificación fehaciente que ha de hacer el adquirente al inquilino o arrendatario (art. 48 de la Ley de 1956), plazo que se amplía a cuatro meses cuando se solicita préstamo conforme al Decreto-Ley de 28 noviembre 1952 y Decreto 22 julio 1958; si el retrayente es el arrendador el plazo es de treinta días. En el gentilicio rige el plazo común de nueve días, excepto en Vizcaya en donde el Fuero exige el de un año y el extraordinario de tres (sent. 1 julio 1922), y el Apéndice vigente un año (art. 57).

d) *Consignación del precio*, si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea (art. 1618, 2.º Ley Enj. civ.).

d) *Que se acompañe con la demanda alguna justificación*, aun cuando no sea cumplida, del título en que se funda el retracto (art. 1618, 3.º); no es preciso acreditar el dominio de un modo perfecto, bastando con la posesión a título de dueño (sents. 27 noviembre 1906 y 25 febrero 1914).

f) *Constancia en la demanda del compromiso de no transmitir la finca retraída durante un cierto tiempo*: Dos años en el gentilicio (Aragón, Apéndice art. 76), cuatro en el de comuneros, seis en el enfiteútico (art. 1618), seis años en el arrendaticio rústico (art. 17 de la Ley de 1935) y dos o cuatro en el arrendaticio urbano, según que se adquiera un piso o una finca compuesta de varios (arts. 51 y 52 de la Ley de 1956).

g) *Presentación del acto de conciliación*, que no es preciso que se acompañe a la demanda, si bien se suspenderá el curso de los autos hasta que se aporte aquélla (arts. 1621 y 1622 Ley Enj. civ.).

ADDENDA

La ley de 30 de julio de 1959, que compila el Derecho foral de Vizcaya dedica los arts. 51 a 59 (Título VIII del Libro I) a la enajenación de los bienes troncales.

Se otorga a los parientes tronqueros un derecho preferente de adquisición de los bienes troncales de su línea respectiva que se intentare enajenar a título oneroso, derecho que podrá ejercitarse respecto de todos o de cualquiera de los que hayan de ser objeto de enajenación. Este régimen de preferencia se aplicará a toda transmisión onerosa de bienes troncales, incluso las que se verifiquen por título de permuta cuando se intentare permutar una finca troncal por otra que no lo sea.

La preferencia se determina por el orden del art. 7.º y grado de proximidad a la raíz. Y si concurrieren al ejercicio de este derecho varios tronqueros del mismo grado, tendrá preferencia el que fuere titular de menor extensión de bienes inmuebles en el término en que resida la raíz.

Otro derecho, de eficacia análoga a la del retracto, concede el art. 57 a los parientes tronqueros legitimados para la adquisición preferente, si la raíz troncal hubiere sido vendida o transmitida onerosamente sin previo llamamiento o mediando éste se efectuó aquella bajo precio o condiciones distintas de las expresadas en el edicto. Dichos parientes podrán, en el plazo de un año, a contar de la inscripción en el Registro de la Propiedad y, en otro caso, desde que tuvieron conocimiento de la venta o transmisión, pedir judicialmente la nulidad de la misma y que se les adjudique la raíz vendida por su justa valoración, que será pericialmente establecida en el propio procedimiento y en la forma que se establece en el artículo 58.

BIBLIOGRAFIA (*)

Acción

- ARIAS, El derecho subjetivo y la acción, Rev. Fac. Der. y Cienc. Soc., Montevideo, año 1951.
FAIREN, ACCION en Nueva Enc. Jur. Esp.
MARTÍNEZ BERNAL, Sobre el concepto del Derecho Procesal civil, Rev. Der. Priv., año 1944.
PEKELIS, Azione, en el Nuovo Dig. It.

Acción revocatoria

- DE CASTRO, La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial, en Rev. Der. Priv., año 1932.
COSSATINI, La revoca degli atti fraudolenti, 1939.

Anticresis

- BATLLE, Anticresis, en Nueva Enc. Jur. Esp.
GARCÍA GRANERO, Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de anticresis, Rev. Crit. Der. Inmob., año 1945.
SANZ, El derecho de preferencia en la anticresis, Rev. Der. Priv., año 1943.

Asientos en el Registro de la Propiedad

- CORRADO, La pubblicità nel Diritto Privato, s. a.
COVIELLO, Della trascrizione, 1907.
FERRI, Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare, en Studi in onore di Cicu, 1951.
FERRI, Trascrizione immobiliare, en los Comentarios dirigidos por Scialoja y Branca, Lib. VI, 1955.
GONZÁLEZ PALOMINO, La adjudicación para pago de deudas, An. Ac. Matr. Not., Tomo I.

(*) Se incluyen solamente las obras consultadas que guardan relación con el derecho de preferencia, pero omitiendo las de carácter general.

Colisión de derechos

LÓPEZ BERENGUER, La colisión de derechos, 1955.

NATOLI, Limiti e presupposti del conflitto dei diritti, Scritti in onore di Scialoja, Tomo III.

TEDESCHI, Negozi giuridici incompatibili, Arch. Giu. Serafini, 4.^a Serie, T. XIII.

WROBLESKI, Zur Lehre von der Collision der Privatrechte, 1894.

Compensación

GIULIANO, La compensazione, 1955.

OLIVENCIA, La compensación en la quiebra, An. Der. Civ., 1958.

SACERDOTI, La compensazione legale nel fallimento, Riv. Dir. Comm., año 1905, 2.^a parte.

URÍA, Reaseguros, quiebra y compensación, Rev. Der. Merc., Tomo X.

Comunidad de bienes

BELTRÁN DE HEREDIA, La comunidad de bienes en Derecho español, 1954.

BRANCA, Comunione, en los Comentarios citados.

FERRANDIS VILELLA, La comunidad hereditaria, 1954.

SAIIS, La comunione, 1939.

Concurso de acciones

LIEBMAN, Azioni concorrenti, Studi per Ratti, 1934.

GÓMEZ ORBANEJA, Concurso de leyes y concurso de acciones en Derecho civil, Rev. Der. Priv., año 1946.

Concurso de derechos

ANDRIOLI, Il concorso dei creditori nell'esecuzione singolare, 1937.

KRÜCKMAN, Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung römischen Recht, Arch. Civ. Prax., Tomo 103.

NATOLI, Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 del Codice civile, 1950.

SCARPELLI, Il c. d. conflitto tra diritti personali di godimento e l'art. 1380 del Codice civile, Riv. Tri. Dir. e Proc. Civ., Tomo V.

VASSEUR, L'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite, 1949.

ZITELMANN, Anschluss der Widerrechtlichkeit, Arch. Civ. Prax., Tomo 99.

Concurso de leyes

GOLDSCHMIDT, W. Sistema formal del derecho de colisión en el espacio y en el tiempo, Rev. Crit. Der. Inmob., años 1944 y 1945.

GÓMEZ ORBANEJA, Concurso de leyes y concurso de acciones en Derecho civil, Rev. Der. Priv., año 1946.

Cosas

ANDREOLI, Le pertinenze, 1936.

GRECO, I diritti sui beni immateriali, 1948.

Derecho al valor

KOHLER, Substanzrecht und Wertrecht, Arc. Civ. Prax., Tomo 91.

DU CHESNE, Wertrecht und Pfandrecht, Jahrbucher Ihering, Tomo 76.

Derecho de preferencia

BATAGLINI, Preferenza, en el Diz. Prat. Dir. Priv.

BATAGLINI, Appunti sul concetto di preferenza nel Diritto privato, Arch. Ricerche Giur., año 1952.

CARNELUTTI, Conversione in denaro della cosa sogetta a privilegio. Riv. Dir. Comm., año 1923, 2.^a parte.

ESCRICHE, Preferencia, en el Diccionario.

KNORR, Das Natur und Funktion der Vorzugsrechte, 1891 (*).

ROUAST, Du droit de préférence résultant des rapports des dettes, Rev. Trim. Droit Cic., año 1911.

VAREILLES-SOMERES, Du conflict de créances et du droit de préférence entre créanciers, Rev. Crit. Leg. Jur., años 1905 y 1906.

Derecho subjetivo

ARIAS, El derecho subjetivo y la acción, Rev. Fac. Der. y Cienc. Soc., Montevideo, año 1951.

CASTÁN, El concepto del derecho subjetivo, Rev. Der. Priv., 1940.

DABIN, Derecho subjetivo, trad. esp.

DEMOGUE, Ensayo de una teoría general de los derechos accesorios, Rev. Der. Priv., año 1930.

NATOLI, Il diritto soggettivo, 1943.

PUGLIATTI, Esecuzione forzata e diritto sostanziale, 1935.

SOHM, Die subjektiven Rechte in Deutsche Bürgerlichen Gesetzbuch Jahr. Iher., año 1923.

Derechos de adquisición preferente

BADENES GASSET, La preferencia adquisitiva en el Derecho español, 1958

DEL MORAL, Los derechos de adquisición y el problema de su rango, An. Ac. Matr. Not., Tomo VI.

Derechos de la personalidad

BATLE, El derecho al nombre, 1931.

BLUME, Fragen des Totenrechts, Arch. Civ. Prax., Tomo 112.

(*) Esta obra nos fué prestada por la Bayerische Staatsbibliothek de München, gracias a la amabilidad del Secretario de la Biblioteca Nacional D. José Ibáñez Cerdá.

CASTÁN, Los derechos de la personalidad, 1952.

DÉ CUPIS, I diritti della personalità, 1950.

Derechos potestativos

AULETTA, Poteri formativi e diritti potestativi, Riv. Dir. Comm., T. XXXVII.
1.^a parte.

MESSINA, Diritti potestativi, en Nuovo Dig. It.

MESSINA, Sui così detti diritti potestativi, en Studi per Fadda, Tomo VI

SANTI ROMANO, Frammenti di un Dizionario giuridico, 1947.

Derechos reales

ATARD, Algunas de las construcciones jurídicas que exige el desenvolvimiento técnico de nuestro sistema hipotecario y su mayor eficacia práctica, Rev. Der. Priv., Tomo XI.

FERRARA, Concetto e tipi dei diritti reali, en Scritti giuridici, Tomo II

RIGAUD, El derecho real, trad. esp.

VALLET DE GOYTISOLO, Derechos reales, Curso de conferencias refundido por Sánchez Frutos, en An. Der. Civ., año 1952.

Derechos sobre derechos

BELTRÁN DE HEREDIA, Usufructo sobre usufructo en la legislación española, Rev. Der. Priv., 1941.

DUALDE, El usufructo de derechos, 1932.

FERRARA, Concetto dell'usufrutto dei crediti, en Scritti.

MARÍN PÉREZ, Los derechos sobre derechos, Rev. Gral. Leg. Jur., año 1942, vol. 2.^o

MARÍN PÉREZ, Derechos sobre derechos, en Nueva Enc. Jur. Esp.

DU ROI, Noch einige Bemerkungen über actio in rem und actio in personam, jus in re und obligatio, Arch. Civ. Prax., Tomo 6.

Deuda y responsabilidad

CICU, L'obbligazione nel patrimonio del debitore, 1948.

GHIROTTI, L'obbligazione nel pensiero di F. Carnelutti, Arch. Giur. Serafini, Tomo 127.

NICOLO, Comentarios dirigidos por Scialoja y Branca, Lib. VI, art. 2741.

ROCA y PUIG BRUTAU, El principio de la responsabilidad patrimonial universal, en Estudios de Derecho Privado, Tomo I.

RUBINO, La responsabilità patrimoniale, 1952.

Doble arrendamiento

COSSIO y RUBIO, Tratado de Arrendamientos Urbanos, 1949.

VISCO, Le case in locazione nel Diritto vigente, 1951.

MENCONI, Conflitto tra locatori possessori successivi, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1948, págs. 696 y sgts.

Doble venta

- ESPÍN, La transmisión de los derechos reales en el Código civil español. Rev. Der. Priv., año 1945.
- FUNAIOLI, La così detta proprietà relativa, Studi per Cicu, Tomo I.
- HERMIDA, El derecho inmobiliario español, Rev. Crit. Der. Inmob., año 1951.
- MOSCO, I frutti nel Diritto positivo, 1947.
- RAMOS FOLQUES, La tradición y el modo, Inf. Jur., 1951.
- LA RICA, Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario, Rev. Crit. Der. Inmob., año 1950.
- VALLET, La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública, Rev. Der. Priv., año 1947.
- VILLARES PICO, La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero, Rev. Crit. Der. Inmob., año 1949.

Efecto reflejo

- IHERING, Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkungen rechtlicher thatsachen auf dritte Personen, en Jahr, Iher., Tomo X.

Embargo

- CALVOSA, Struttura del pignoramento e del sequestro conservativo, 1933.
- CARNACINI, Contributo alla teoria del pignoramento, 1936.
- CARRERAS, El embargo de bienes, 1957.
- LÓPEZ ALARCÓN, El reembargo y sus problemas, en PRETOR núm. 32
- RAMOS FOLQUES, El precedente real de las anotaciones de embargo, en Rev. Der. Priv., año 1952.

Garantías reales

- GORLA, Le garanzie reali della obbligazione, 1935.

Hipotecas

- BIANCHI, Del l'ipoteche, 1907.
- COVIELLO, L'ipoteche, 1928.
- CARNELUTTI, Natura giuridica dell'ipoteca, Riv. Dir. Proc. Civ., 1939, 1ª parte.
- CARNELUTTI, Diritto e processo nella teoria delle obbligazione, en Studi di Diritto Processuale, Tomo II.
- FENECH, Recepción de la hipoteca en el Derecho procesal, en Rev. de Der. Procesal, año 1952.
- FRANCESCHELLI, L'ipoteca come diritto reale, en Riv. Dir. Comm., año 1938, 1ª parte.
- RUBINO, L'ipoteca, 1956.
- VALLET de GOYTISOLO, Hipoteca del derecho arrendaticio, 1951.
- (naval).
- FONT VIÑALS, ¿La Ley de Hipoteca naval ha derogado en todo o en parte el art. 580 del Código de Comercio?, en Rev. Gral. Leg. Jur., Tomos, 88 y 89.

—(mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión).

FERRARA, Jr., *L'ipoteca mobiliare*, 1932.

SANZ, La prenda sin desplazamiento, *An. Ac. Matr. Not., Not., Tomo II.*

VALLET de GOYTISOLO, Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, en *Rev. Der. Not., Tomo VIII.*

Insolencia

PROVINCIALI, Stato di insolvenza, en *Studi per Cicu, Tomo II.*

Medidas cautelares

CALAMANDREI, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, trad. esp.

CARRERAS, Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento civil, *Rev. Jur. Cataluña*, año 1958.

Metodología del Derecho en relación con la preferencia

FERRARA, Teoría del Diritto e Metafisica del Diritto, en *Scritti giuridici T. III.*

RUGGIERO, I dogmi del Diritto Privato, *Arch. Giur. Serafini, 4.ª Serie, T XIII.*

Novación

AZURZA, Notas sobre la novación, *Rev. Der. Priv., año 1950.*

BONET, Comentarios jurisprudenciales, *Rev. Der. Priv., Tomo XXXII.*

Oposición procesal de terceros

GIMENO GAMARRA, La oposición de terceros a la sentencia y a la ejecución en el Derecho español, en *Rev. Der. Priv., año 1950.*

LIPARI, L'opposizione di terzo revocatoria, en *Riv. Dir. Comm., año 1927, parte I.ª*

Pacto comisorio

BIANCA, Il divieto del patto commissorio, 1957.

BREGLIA, Patto commissorio, en *Diz. Prat. Dir. Priv.*

Posesiones, Concurso de

MELON INFANTES, La posesión de bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título, 1957.

SILVIO GENTILE, Il possesso nel Diritto civile, 1956.

VALLET de GOYTISOLO, La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble, *Rev. Gral. Leg. Jur., Tomo 182.*



Predeucción

- CANDIAN, Liquidazione fallimentare dei privilegi e pretesi limite della predeuzione, en Riv. Dir. Comm., Tomo XXXI, parte 1.^a.
- DE MARTINI, Concorso del credito del commissario de amministrazione controllata nel passivo del successivo fallimento, Riv. Tri. Dir. e Proc. Civ., año 1949.
- REBENTI, Struttura del procedimiento ejecutivo per espropriazione e problemi di spese, Arch. Giur. Serafini, 5.^a serie, Tomo XI.

Prelación

- ASCOLI, Patto di prelazione in caso di vendita, Riv. Dir. Civ., año 1914
- CARNELUTTI, Appunti sul patto di prelazione, en Riv. Dir. Comm., año 1921, 2.^a parte.
- GARRONE, Prelazione, en Nuovo Dig. It.
- DE MARTINI, Adempimento, inadempimento et esecuzione specifica della promessa di prelazione, en Giustizia civile, año 1952.
- METE, Prelazione, en Diz. Prat. Dir. Priv.
- D'ORAZI, Della prelazione legale e volontaria, 1950.
- PESCIONE, La prelazione nel Diritto romano e greco-romano, 1929.
- TAMBURRINO, I vincoli unilaterali nella formazione progresiva del contratto, 1954.

Prenda

- BREMER, Das Pfandrecht und die Pfandobjecte, 1867.
- DU CHESNE, Wertrecht una Pfandrecht, Jahr. Iher., Tomo 76.
- KOHLER, Pfandrechtliche Forschungen, 1882.
- LORDI, Pegno commerciale, en Nuovo Dig. It.
- MAIORCA, Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui, 1938.
- DI PACE, Il pegno dei crediti, 1939.
- ROSSI, Pegno, en Dig. It.
- ROSSI, Pegno civile, en Dig. It.
- RUBINO, Il pegno, 1952.

Privilegios

- ANDRIOLI, Privilegi, en los Comentarios al Código italiano dirigidos por Scialoja y Branca, Lib. VI, 1954.
- ARENAS, Necesidad de modificar la norma primera de la regla segunda del artículo 130 del Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948, en Rev. Gral. Der., año 1953.
- BIANCHI, Dei privilegi e delle cause di prelazione in generale, 1907.
- BOYER, Privilèges mobiliers, en Repertoire DALLOZ.
- BUTERA, Privilegi, en Diz. Prat. Dir. Priv.
- COPPOLA, Privilegio, en el Dig. It.
- CORDEIRO, Tratado de los privilegios, 1941.
- CHIRONI, Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno, 1917.

- FERNÁNDEZ, Tratado teórico-práctico de la hipoteca, de la prenda y demás privilegios, 1941
- GAETANO, I privilegi, 1952.
- GAETANO, Privilegi, en Nuovo Dig. It.
- GULLÓN, El crédito privilegiado en el Código civil, An. Der. Civ., año 1958.
- MARTÍNEZ RADIO, Consideraciones en torno al privilegio en el Código civil. Rev. Der. Esp. y Americano, año 1958.
- PONSSA, Doctrina General de los Privilegios, 1951.
- POPLAWSKI, La notion de privilège en Droit romain et en Droit français, 1913 (*).
- RAVIZZA, Privilegi maritime, en Dig. It.
- RAYNAUD, Privilèges immobiliers, en Rep. DALLOZ.
- ROSSI, Tutela e garanzie a favore del credito agrario, Riv. Dir. Agrario, T. X.
- SAGRERA, El crédito laboral en la quiebra y en la suspensión de pagos, Rev. Jur. Cataluña, año 1958.
- VIALLETON, Privilèges générales, en Rep. DALLOZ.
- VOIRIN, Le viellissement du Code civil, Annales Univer. Saraviensis, año 1955.

Prueba

- GÓMEZ ORBANEJA, La prueba preconstituída, An. Ac. Matrit. Not., Tomo II.
- MIGUEL y ALONSO, Los principios de la carga de la prueba en el proceso civil, Boletín da Faculdade de Direito de Coimbra, Tomo XXXIII.

Rango

- WEGE, In welchem Verhältnisse asehen mehrere ibrem Range nach vortretende Grundbuch-Posten zueinander, Arch, Civ. Prax, Tomo 51.
- BERNAL MARTÍN, La prelación de créditos y el seguro obligatorio, Rev. Der. Merc., año 1950, I.
- FAUS ESTEVE, Jerarquía de retractos y preferencia de retrayentes, La Notaría, año 1945.
- LA FUENTE y PERTEGAZ, Concurrencia y prelación de retractos, Primera Semana de Derecho Aragonés, Jaca, 1942.
- HAMEL, Les nouveaux privilèges du Trésor et le rang du Trésor par rapport aux créanciers gagistes, Rev. Tri. Der. Civ., año 1936.
- HERRERO TEJEDOR, Problemas procesales que plantea la prelación de créditos de los trabajadores, Rev. Der. Priv., año 1951.
- DEL MORAL, Los derechos de adquisición y el problema de su rango, An. Ac. Matr. Not., Tomo VI.
- SERRANO, Concurrencia de retracto de colindantes y gentilicio en Aragón, en Rev. Der. Priv., año 1914.
- STAMPA (Leopoldo), Retractos legales y normas de preferencia a las que dan lugar, en Rev. Der. Not., Tomo 19.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Preferencia entre los retractos legales, Rev. Der. Esp. Amer., núm. 21, 1960.

(*) Prestada por la Biblioteca Universitaria de Burdeos, a través del Secretario de la Biblioteca Nacional, Sr. Ibáñez Cerdá.

Relación jurídica

- ALLARA, La teoria delle vicende del rapporto giuridico, 1950.
ANGELOTTI, La pretesa giuridica, 1932.
BAGOLINI, Teorías acerca de la relación jurídica, An. Der. Civ., 1950.
CICALA, Rapporto giuridico, 1909.
SPERDUTTI, Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive 1944.

Retención, Derecho de

- BELTRÁN DE HEREDIA (Pablo), El derecho de retención en el Código civil, 1955.
BIGIAVI, Ritenzione e pegno nel fallimento, Riv. Tri. Dir. e Proc. Civ., año 1954.
BONET, Comentario sent. 24 junio 1941, en Rev. Der. Priv., año 1941.
BUTERA, Del diritto di ritenzione, 1937.
CASALS, El derecho de retención del Capitán del buque, R. J. C., 1947.
DERRIDA, Retention, Rep. DALLOZ.
LÓPEZ DE HARO, El derecho de retención, 1921.
MAGRI, Ritenzione e rivendicazione fallimentare, nei contratti dei compravendita rateali successive, Riv. Dir. Comm., Tomo IV, parte 1.^a.
MARRACINO, Il rimborso dei miglioramenti ed il diritto di ritenzione a favore del conduttore, Riv. Dir. Comm., Tomo XVII, 2.^a parte.
VIÑAS MEY, El derecho de retención, Rev. Der. Priv., año 1922.
VIÑAS MEY, Más sobre el derecho de retención, Rev. Der. Priv., año 1923.

Retratos

- BALLARIN, El retrato arrendaticio de finca rústica y su constatación formal en caso de pluralidad de retrayentes, Rev. Der. Not. Tomo 15.
BATLE, La propiedad de casas por pisos, 1956.
FIGA FAURA, El retrato legal en la compraventa de inmuebles con precio aplazado, en Rev. Der. Priv., año 1948.
IZQUIERDO ALCOLEA, El derecho de retrato en la Ley de Arrendamientos Urbanos, 1955.
MARTÍN PÉREZ, Sobre la preferencia adquisitiva del artículo 396 del Código civil, Rev. Gral. Leg. Jur., Tomo 204.
PRESTON, William H, Los derechos de tanteo y retrato en la propiedad horizontal, extracto, Rev. Fac. Der. Madrid, 1952, II.
RIAZA, Los retratos, 1919.
RUBINO, La compravendita, 1952.
SAINZ DE VARANDA, El retrato gentilicio, An. Der. Aragonés, año 1946.
SERRANO, Retrato de colindantes, en Enc. Jur. Esp.

Separación, Derecho de

- BIGIAVI, La separazione tardiva, en Riv. Dir. Comm., Tomo XXXIV, parte 1.^a.
BONFANTE, Della separazione del patrimonio del defunto da quello del erede, en Scritti giuridici.
DUSI, Adiciones a la traducción del Tratado de Baudry-Lacantinerie, T. III.
FRITZ, Über die collision der Legatäre mit der Erbschaftsgläubigern im den Gläubigern der Erben, Arch. Civ. Prax., Tomo XII.

- FUNAIOLI, Diritto e processo nella separazione dei beni ereditari, Riv. Tri. Dir. e Proc. Civ., año 1949.
- GITRAMA, La administración de la herencia en el Derecho español, 1950.
- LÓPEZ JACOISTE, El beneficio de separación de patrimonios en el Derecho sucesorio, en Rev. Gral. Leg. Jur., Tomo 204.
- MIRABELLI, Del diritto dei terzi, 1889.
- RIGHINI, La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, Arch. Giur. Serafini, Tomo 41.
- SIMONE, La separazione dei beini ereditari, 1942.
- SPANGENBERG, Uber das separationsrecht ex jure crediti bei concursen, Arch. Civ. Prax., Tomo X.
- VALLET, Apuntes de Derecho sucesorio. Posición y derechos de los legitimarios en el Código civil, An. Der. Civ., año 1952.
- VOCINO, Beneficio d'inventario, 1942.

Simulación, Acción de

- FERRARA, La simulación de los negocios jurídicos, trad. esp.

Subrogación

- CAPITANT, Essai sur la subrogation réelle, Rev. Tri. Der. Civ., año 1919.
- ESPÍN, Sobre el pago con subrogación, Rev. Der. Priv., año 1942.
- LAURIOL, La subrogation réelle, 1054.
- MERLO, La subrogazione per pagamento, 1933.
- ROCA SASTRE, La subrogación real, en Rev. Der. Priv., año 1949.

Tercería

- MOLINA RAVELLO, La tercería registral, en Rev. Crit. Der. Inmob., año 1959.
- MORÓN, La nulidad en el proceso civil español, 1957.
- LIEBMAN, Il titolo esecutivo riguardo ai terzi, Riv. Dir. Proc. Civ., año 1934, parte 1.^a
- OMAR, El procedimiento reivindicatorio en las quiebras, en Rev. Der. Priv., año 1945.
- PODETTI, Tratado de tercerías, 1949.
- SIERRA POMARES, Tercería, en Enc. Jur. Esp.
- VACAS, Consideraciones sobre el juicio universal de quiebra, en Rev. Der. Procesal, año 1955.

Terceros, Intervención procesal de

- BERTINI, Sull'intervento dei creditori nell'esecuzione singolare, en Riv. Dir. Proc. Civ., año 1938, parte 2.^a.
- BLÁZQUEZ, El procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles, en Rev. Crit. Der. Inmob., año 1944.
- COSTA, L'intervento in causa, 1953.
- FAIRÉN, El proceso en la Ley de Sociedades Anónimas, 1954.
- FAIRÉN, El Tribunal Supremo y el litisconsorcio en la Ley de Arrendamientos Urbanos, en Propiedad y Construcción, núm. 5.

- GALLI, Contributo alla teorica dell'intervento principale, Arch. Giur. Serafini, serie 3.^a, Tomo VI.
- GUASP, En torno al procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles, en Rev. Crit. Der. Inmob., año 1945.
- GUASP, La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria, Rev. Crit. Der. Inmob., año 1942.
- LÓPEZ DE HARO, El tercer poseedor de finca hipotecada, en Rev. Gral. Leg. Jur., año 1931, semestre 1.^o.
- PRIETO CASTRO, Correcciones al derecho sobre ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento civil, Rev. Gral. Leg. Jur. año 1952, Tomo 191.
- SATTA, L'esecuzione forzata, 1952.
- SEGNI, L'intervento dei creditori nelle lite del fallimento, Riv. Dir. Comm., año 1923, parte 1.^a.