

Teoría general de la preferencia

JOSÉ M^o GARRIDO

LI. M. Universidad de Londres
Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia
Profesor Titular de Derecho Mercantil
en la Universidad de Vigo

SUMARIO: I. *Introducción: los principios de preferencia y proporcionalidad como pilares del Derecho de la tutela del crédito.*—II. *La preferencia:* 1. Concepto de preferencia. 2. Preferencia y prededucción: 2.1. Prededucción y créditos contra la masa.—III. *Las causas típicas de preferencia: la distinción clásica entre garantías reales y privilegios:* 3.1. El concepto de garantía real: 3.1.2. Las garantías reales y el derecho de retención. 3.2. Los privilegios: 3.2.1. Rasgos del privilegio como causa de preferencia; 3.2.2. Privilegios sustantivos y privilegios procesales. 3.3. La crisis de la distinción entre garantías reales y privilegios. La diferencia entre causas de preferencia de origen legal y causas de preferencia de origen negocial como criterio funcional básico. 3.4. La distinción entre preferencia general y preferencia especial como criterio estructural básico: 3.4.1. Las manifestaciones de la preferencia general en el Derecho español; 3.4.2. Las manifestaciones de la preferencia especial en el Derecho español: en particular, los tipos de privilegios especiales. 4. La preferencia atípica.—IV. *La ausencia de preferencia y el principio de proporcionalidad.*

I. **INTRODUCCIÓN: LOS PRINCIPIOS DE PREFERENCIA Y PROPORCIONALIDAD COMO PILARES DEL DERECHO DE LA TUTELA DEL CRÉDITO**

La tutela del crédito comprende un variado grupo de instituciones jurídicas que el Derecho ha desarrollado para proveer a la protección de los acreedores. De entre ellas, existen algunas cuya función es la de proteger al acreedor frente al incumplimiento del deudor (ejecución forzosa) o frente a las maniobras fraudulentas de éste (acción revocatoria). Sin embargo, existe un importante núcleo de instituciones que no busca proteger al acreedor del comportamiento del deudor, sino de la concurrencia de otros acreedores, circunstancia ésta que puede llegar a constituir uno de los riesgos más agudos para la efectividad del derecho de crédito. Existe, por tanto, una parte sustancial del Derecho de la tutela del crédito que pudiéramos definir como tutela «concursal» o «conflic-

tual» del crédito ¹: en efecto, en las situaciones en las que varios acreedores concurren en un procedimiento ejecutivo, el Derecho utiliza técnicas para proteger a éstos frente al riesgo de impago, que aquí se produce como consecuencia de la existencia de otros créditos que pueden absorber el producto de la venta de los bienes del deudor. Este es uno de los problemas centrales del Derecho de la tutela del crédito, el establecimiento de diversas instituciones jurídicas que protejan a determinados créditos frente a otros en la ejecución del patrimonio del deudor. Como es bien conocido, el problema es tanto más agudo cuanto más grave es la insuficiencia del patrimonio del deudor y mayor sea el número de acreedores que concurren a la ejecución. Por ello, es en los procedimientos concursales donde los conflictos entre acreedores adquieren mayor importancia y complejidad.

El jurista que se aproxima al Derecho de la tutela del crédito, tal y como ha sido definida, es preso de un sentimiento mezcla de confusión, de perplejidad, de indignación, incluso. Tal sentimiento no es sino el producto de la dificultad y de la falta de sistematicidad de este abigarrado compartimento del Ordenamiento jurídico, que relaciona, enlaza y hace entrecrozar áreas tan diversas como el Derecho del trabajo, el Derecho tributario, el Derecho mercantil o el Derecho de familia. La naturaleza eminentemente conflictiva del Derecho de la tutela del crédito, en la medida en que uno de sus objetivos principales es el de resolver conflictos entre acreedores, explica la existencia de heterogéneos compartimentos normativos afectados por sus soluciones, y la dificultad, y al mismo tiempo necesidad, de encontrar soluciones unitarias a problemas que influyen sobre la ordenación del crédito en su conjunto.

El estado del Derecho de la tutela del crédito se condensa en la palabra confusión. Tras siglos de transformaciones, los conceptos jurídicos que permitieron la edificación de un desarrollado orden económico han ido sufriendo las acometidas de las leyes, de los hechos y hasta del propio olvido. El estado de confusión se encuentra generalizado, ya que difícilmente se hallará un país en el que los problemas de tutela preferencial del crédito no sean extraordinariamente graves y complejos. No obstante, es bien cierto que el Derecho español se distingue, desafortunadamente, por una caótica situación en esta materia. En efecto, no es exagerado afirmar que las instituciones de la tutela del crédito del Derecho español se encuentran gravemente maltrechas, en un estado de

¹ En puridad, la tutela del crédito comprende numerosas instituciones, como la acción revocatoria, la acción subrogatoria, las acciones declarativa y ejecutiva, etc. En realidad, el objeto de esta investigación no es sino la tutela «conflictual» del crédito, esto es, la tutela del crédito *frente a otros créditos*, ya que en las situaciones de concurso la amenaza a la satisfacción del derecho de crédito no se encuentra sólo en las maniobras fraudulentas, en la falta de cooperación del deudor, o en la ausencia de bienes del mismo, sino también en la presencia de un elevado número de créditos cuya pretensión choca frontalmente con la del acreedor considerado. La protección del crédito frente a ese riesgo constituye la base de lo que podemos denominar, acaso con una terminología desusada, «tutela conflictual del crédito», que se estructura en torno a los principios de preferencia y proporcionalidad.

extrema confusión, profundo desorden e importante merma de su eficacia. Extrema confusión, porque existe un grave desconocimiento respecto del verdadero significado de los conceptos fundamentales del Derecho de la tutela del crédito, que aparecen mezclados y superpuestos entre sí. Profundo desorden, porque la falta de sistematicidad, producto de la acumulación histórica de créditos con preferencia, ha terminado por formar un extraño mosaico de créditos, de muy dudosa racionalidad. Y merma de su eficacia, puesto que la propia acumulación de créditos con preferencia, unida al estado de la regulación de los procedimientos concursales, ha degenerado en una creciente ineficacia de las técnicas de protección del crédito.

El Derecho español es, por las razones esbozadas, uno de los que sufre con mayor gravedad la falta de un régimen de tutela del crédito coherente o, cuando menos, comprensible. Conviene, en justa consecuencia, fundar el estudio de las técnicas de tutela del crédito en la revisión de los conceptos fundamentales, para después analizar la función que sirven en el campo de la tutela del crédito los dos grandes principios informadores de ésta, el principio de preferencia y el principio de proporcionalidad. Sólo así, una vez descritos los fundamentos teóricos de este amplio campo normativo, podrá hallarse una explicación histórica a la evolución de la tutela del crédito, y el intérprete, pertrechado de un débil y tenue «hilo de Ariadna», podrá abrirse paso en este intrincado laberinto que, a fuerza de continuas superposiciones y cambios de política legislativa, se ha degradado hasta el punto de perder su propia lógica.

La razón profunda de este insatisfactorio estado de cosas se encuentra en el abuso del principio de preferencia, al que el legislador ha recurrido para dar pretendida satisfacción a los más variados intereses, representados a su vez por los más dispares grupos sociales y económicos, hasta el punto de que el legislador ha socavado algunos de los más importantes fundamentos del sistema crediticio. La proliferación de créditos preferentes, típicos y atípicos, pone de manifiesto la hipertrofia del principio de preferencia, y la correspondiente decadencia del principio de proporcionalidad, y se traduce en una complicada graduación que mezcla créditos de todo tipo y condición, cuya asimilación requiere un difícil y agotador esfuerzo del jurista. Este estado de cosas es, si cabe, aún más preocupante dentro de los procedimientos concursales. La ausencia de un análisis que relacione los aspectos aparentemente procesales y sustantivos de la tutela del crédito en la quiebra y en la suspensión de pagos es un perfecto ejemplo de lo que se comienza a conocer como «problemas de vestigialización», es decir, aquellos problemas creados o agravados por la falta de investigación de un área que ha quedado artificialmente dividida entre dos o más disciplinas ². Ciertamente,

² El término, de origen norteamericano, es aplicable a todas las disciplinas científicas. No cabe duda de que todas las ciencias tienen objetos de investigación preferentes, situados, por así decirlo, en el centro de su campo de atención. Fuera de ese centro se encuentran problemas estudiados sólo de forma lateral. De este modo, existen auténticos

existen trabajos muy meritorios y válidos sobre ciertos créditos privilegiados en particular, pero la literatura jurídica adolece de una alarmante carencia de trabajos que examinen el sistema de tutela del crédito, o, quizá, la falta de sistema del Derecho español de la tutela del crédito. En el ámbito de la tutela del crédito, las aproximaciones generales son necesarias, porque los defectos y cualidades se perciben y se predicen del sistema en su conjunto, mucho más que de las causas de preferencia individualmente consideradas. Así pues, es preciso moverse en una vertiginosa encrucijada de Derecho sustantivo y procesal, en la intersección de áreas normativas dispersas y dispares, para estar en condiciones de formular un juicio sobre la totalidad del sistema, más allá de las meras intuiciones. No obstante, esta aproximación metodológica tiene la desventaja de la considerable amplitud del campo de investigación, aunque, como suele suceder, la utilidad del trabajo está directamente relacionada con la dificultad del mismo.

La gravedad de la situación del Derecho de la tutela del crédito que se ha descrito fundamenta, como tantas veces se ha afirmado, la opción a favor de una amplia reforma legal. Por esta razón, el análisis debería desembocar, necesariamente, en una revisión de las reformas emprendidas en los Ordenamientos jurídicos más importantes y en la formulación de sugerencias para el futuro. Para llegar a ese punto, sin embargo, es necesario primero aclarar los conceptos fundamentales y forjar las herramientas de análisis que permitan diseccionar la flora y fauna del sistema de causas de preferencia. Y posteriormente, habrá de comprobarse que las causas de preferencia establecidas por el Derecho sirven funciones definidas, que no son simplemente un estorbo para el pensamiento del jurista y el discurrir de la economía. Por último, han de revisarse los procesos históricos que han provocado la pérdida de funcionalidad y sentido de las causas de preferencia, y las profundas transformaciones históricas que ha tenido que sobrevivir el Derecho de la tutela del crédito. No basta por ello con señalar la confusión, blandiendo ejemplos y situaciones que indiquen el maltrecho estado del sistema crediticio. Es bien conocido de todos que tal «sistema» roza el absurdo, pues ha perdido gran parte de su sentido. No basta con señalarlo, sino que es preciso mostrar *cómo* ha perdido su sentido, porque sólo de esa manera podrá existir la esperanza de que lo recupere. En fin, ni siquiera la terminología ha salido indemne de los embates de la historia. Así, fijar el sentido de los términos utilizados por el Derecho de la tutela del crédito constituye la primera exigencia del investigador ³, para poder

territorios, a veces plagados de problemas, que por no encajar con la definición clásica de una de las especialidades de una ciencia, ven su estudio relegado en favor de otras áreas, o compartido por varias especialidades que no llegan a apreciar su sentido completo. En las ciencias jurídicas, la tutela del crédito sería uno de los paradigmas de la «vestigialización», más que un mero ejemplo. Sobre el problema de la *vestigialization*, *vid.* D. A. SKEEL, *júnior*, «Rethinking the Line between Corporate Law and Corporate Bankruptcy», en *72 Texas L. Rev.*, pp. 471 ss. (1994).

³ La elaboración de una terminología que permita un planteamiento claro de los problemas y que pueda emplearse con soltura a lo largo de la investigación es uno de

recuperar también el sentido económico e histórico de las instituciones de la tutela del crédito.

El análisis del Derecho de la tutela del crédito ha de comenzar por la constatación de la existencia de dos principios fundamentales sobre los que se ha desarrollado un creciente número de instituciones jurídicas. Se trata de los principios de preferencia y proporcionalidad. De acuerdo con el principio de preferencia, determinados créditos han de ser *preferidos* a otros en las situaciones en las que se produzca una concurrencia de acreedores en la ejecución de los bienes del patrimonio del deudor. El principio de preferencia tiende a la jerarquización de los créditos, al establecimiento de una graduación que ordene dichos créditos conforme a diversos criterios, que reflejan las concepciones económicas y los juicios axiológicos del sistema jurídico. Por el contrario, el principio de proporcionalidad tiende a un resultado totalmente opuesto: conforme a él, los distintos acreedores que concurren a una ejecución deben soportar la pérdida derivada de la insuficiencia patrimonial del deudor de una manera proporcional a la cuantía de sus respectivos créditos. El principio de proporcionalidad, por tanto, tiende a la consideración uniforme de los acreedores, sin establecer diferencias entre ellos por razones sociales, económicas o de cualquier otra índole ⁴.

Estos dos principios fundamentales, concretados en distintas reglas jurídicas, sostienen el sistema de tutela del crédito. En efecto, el Derecho de la tutela del crédito se ha construido, en gran medida, gracias a la aplicación de los principios de preferencia y de proporcionalidad. Entender la función de cada uno de ellos, su relación dialéctica, pero también simbiótica, es un paso previo para valorar los méritos y defectos de cualquier sistema de ordenación de la tutela del crédito en situaciones de concurrencia de acreedores.

los puntos fundamentales del trabajo del jurista (*vid.* M. BUNGE, *La investigación científica*, 2.ª ed., Barcelona, 1983, pp. 75 ss.). Ello es lógico, en la medida en que la investigación jurídica está basada en la argumentación (*vid.* A. WESTON, *Las claves de la argumentación*, Barcelona, 1994, pp. 25 ss.). Ya señaló el profesor Girón que es preciso proceder con cuidado en el planteamiento de los problemas: «por lo menos hay que intentar que quede claro si se discrepa o se coincide, para que, de antemano, se sepa qué punto y con qué alcance se discute» (J. GIRÓN TENA, «El concepto del Derecho mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado», en *ADC*, 1954, pp. 695 ss., p. 695).

⁴ La edificación del Derecho de la tutela del crédito sobre los dos principios fundamentales de preferencia y proporcionalidad se aprecia en la obra de algunos autores: así, HÄSEMAYER construye gran parte de su destacable obra sobre el Derecho de la insolvencia basándose en la existencia de un principio de igualdad (*Gleichbehandlungsprinzip*) y un principio de desigualdad de los acreedores (*Ungleichbehandlungsprinzip*), manifestado este último, fundamentalmente, en el denominado principio de prioridad (*Prioritätsprinzip*): *vid.* L. HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht*, Köln-Berlín-Bonn-München, 1992, pp. 31-35, y *passim*. *Vid.* también, de modo muy breve, A. DE COSSÍO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1988 (al cuidado de M. DE COSSÍO Y MARTÍNEZ Y J. LEÓN ALONSO), p. 355, que, como Häsemeyer, afirma la existencia de dos principios fundamentales, el de proporcionalidad (*concurso partes fiunt*) y el de prioridad temporal (*prior tempore potior jure*). No obstante, el alcance del principio de preferencia es mucho mayor que el de prioridad temporal, y de ninguna manera se restringe a ésta.

Por razones que sólo la evolución histórica y económica pueden explicar, el principio de preferencia ha desplazado de tal manera al principio de proporcionalidad que ha de dudarse, incluso, de su existencia real en la mayoría de los Ordenamientos actuales, entre ellos el español. La propia naturaleza del principio de preferencia, que postula la protección de uno o varios créditos en perjuicio de los demás, ha provocado una lucha continua entre los distintos estamentos sociales para hacerse con la posición de supremacía en la graduación. Esa lucha continua tiene reflejo en la apariencia estratificada de los créditos favorecidos por el principio de preferencia, que conforman un conjunto de estratos correspondientes a distintos períodos históricos, testigos de las preocupaciones principales de cada momento y del poder relativo de cada una de las fuerzas sociales y económicas. Por supuesto, también la evolución de la economía ha exigido la extensión y creación de créditos preferentes que sirvieran para colmar las necesidades de financiación de los empresarios, cada vez más apremiantes. Debido a este proceso evolutivo, se han multiplicado las manifestaciones legislativas del principio de preferencia, hasta el punto de que esos créditos preferentes comienzan a chocar entre sí, lo que provoca la crisis del sistema por saturación de créditos dotados de causas de preferencia, ya que el Derecho no puede asegurar la efectividad de gran parte de los créditos considerados, al menos en teoría, «preferentes».

La hipertrofia del principio de preferencia se corresponde con una disminución radical del ámbito del principio de proporcionalidad, relegado progresivamente por la historia. El principio de proporcionalidad encierra una curiosa paradoja: se trata de un principio sencillo, de fácil aplicación y sin graves problemas interpretativos, pero sin embargo, para apreciar la utilidad de su función se requiere el conocimiento de las necesidades prácticas del comercio y de la economía.

Así pues, el Derecho de la tutela del crédito está dominado por un principio que postula la protección de determinados créditos mediante la atribución a éstos de un derecho de preferencia, y un principio según el cual las pérdidas derivadas de la insuficiencia patrimonial del deudor han de ser repartidas proporcionalmente entre los acreedores. Cuanto más amplio sea el ámbito de un principio, más restringido será el del otro, pero no existen ejemplos históricos de anulación de un principio por el otro. Aunque parezca extraño, los principios de preferencia y proporcionalidad se necesitan mutuamente, a pesar de representar polos contrapuestos desde el punto de vista lógico. Esta compleja relación, dialéctica y simbiótica, deberá ser convenientemente explicada.

En cualquier caso, entre los dos principios fundamentales de la tutela del crédito en las situaciones de conflicto entre acreedores existe una trascendental diferencia técnica. Como se ha afirmado ya, el principio de proporcionalidad puede aplicarse de forma prácticamente mecánica, y precisamente en su aplicación rápida y sencilla se halla una de sus mayores virtudes. Sin embargo, el desarrollo del principio de preferencia ha ido acompañado por una creciente complicación de los resortes técnico-jurídicos mediante los que un crédito resulta protegido frente a los demás. La creación de técnicas diversas para la protección de nume-

rosos créditos ha dado a las manifestaciones del principio de preferencia un aspecto desordenado y disperso. Por esta razón, la elaboración de una teoría general de la tutela preferencial del crédito es, desde luego, imprescindible. La fragmentariedad de las soluciones legislativas a los problemas presentados por la proliferación de créditos con derecho de preferencia obliga al intérprete al examen de las características fundamentales y genéricas del principio de preferencia, a partir de las cuales quizás puedan encontrarse soluciones para numerosos problemas introducidos por el propio legislador. En definitiva, se trata de demostrar que, tras un cúmulo de créditos preferenciales, existe un principio de carácter general, el principio de preferencia, que se concreta mediante una serie limitada de técnicas jurídicas. Para establecer el verdadero ámbito de aplicación del principio es necesario refinar y restablecer ciertos conceptos y presupuestos dogmáticos severamente erosionados.

II. LA PREFERENCIA

El concepto de preferencia es de una gran amplitud, incluso dentro de su acepción jurídica ⁵, ya que mediante él se designa cualquier situación en la que una persona, un objeto o un derecho se sitúan en una posición superior a la de otro u otros de la misma naturaleza. Ni tan siquiera existe, en realidad, un concepto técnico-jurídico de preferencia, pues este término carece de definición en los textos legales españoles ⁶.

⁵ Entre las acepciones del vocablo preferencia, es de aplicación aquella que la define como «Primacía, ventaja o mayoría que una persona o cosa tiene sobre otra, ya en el valor, ya en el merecimiento» (*Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*, 20.^a ed., II, Madrid, 1984, voz «Preferencia»).

⁶ En la doctrina jurídica existe una gran indefinición sobre los rasgos conceptuales de la preferencia. De hecho, autores como López Alarcón han intentado construir un concepto de preferencia que abarque tanto las situaciones de preferencia de créditos como las situaciones de preferencia para la adquisición de un bien (derechos de tanteo y retracto): *vid.* M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, Murcia, 1960, *passim*, esp. pp. 7 ss., que distingue entre «derechos de preferencia satisfactiva» y «derechos de preferencia adquisitiva». Ese intento de reconstrucción refleja los trabajos de otros autores extranjeros, especialmente el de M. D'ORAZI, *Contributo alla teoria del diritto di prelazione*, Milano, 1947, *passim*, esp. pp. 97 ss., que trató de definir la prelación (*prelazione*) como un derecho a conseguir un determinado bien frente a la pretensión de otros sujetos. Esta orientación conceptual ha sido criticada por su propia amplitud, ya que, entendida de esa manera, la prelación o preferencia no puede llegar nunca a constituir una categoría ni funcional ni estructural (*vid.*, en este sentido, D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milano, 1956, p. 385). Por otro lado, el jurista español debe tener en cuenta que en la lengua italiana el concepto «prelazione» designa tanto la prelación de créditos como los derechos de preferencia adquisitiva sobre bienes (derechos de tanteo y retracto): *vid.* G. FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Milano, 1984, p. 6, que asevera que el único rasgo común de una y otra técnica es que ambas constituyen «privilegios», en sentido amplio. También es confuso el término portugués «direitos de preferência», que posee un parecido valor anfibológico (*vid.* J. PINTO LOUREIRO, *Manual dos direitos de preferência*, I, Coimbra, 1944, pp. 6-12). Por supuesto,

En el terreno de la tutela del crédito, las situaciones de preferencia son aquellas en las que, previa existencia de un problema de concurrencia de acreedores, un crédito es satisfecho con prioridad sobre otro u otros ⁷. Gran parte de la regulación de la tutela del crédito se ha construido sobre los cimientos del principio de preferencia, que articula, mediante variadas técnicas jurídicas, la supremacía de ciertos acreedores sobre los demás, y el escalonamiento de las situaciones de preferencia. Tales situaciones son muy numerosas, obedeciendo a diversas causas, hasta el punto de que a veces se producen por «causas reflejas» del Ordenamiento jurídico. En efecto, la preferencia tiene lugar, a veces, por razones imprevistas para el propio legislador, en tanto que ordenador del Derecho de la tutela del crédito; se produce la preferencia por efecto, en definitiva, de normas y principios jurídicos ajenos a las reglas para la resolución de conflictos de concurrencia de acreedores ⁸. En estos casos, puede hablarse de «preferencia atípica».

El concepto de preferencia abarca fenómenos jurídicos muy variados, lo que da idea de su propia amplitud. La preferencia, dentro del Derecho de la tutela del crédito, designa cualquier tipo de situación, al margen de diferencias de técnica jurídica, en la que un crédito es satisfecho mientras que otro u otros créditos existentes contra el mismo deudor no son satisfechos, son satisfechos parcialmente, o, en todo caso, son satisfechos sólo cuando el crédito preferente tiene asegurada su completa satisfacción. No obstante, en sentido estricto, la preferencia consiste en un derecho que la ley atribuye a un determinado acreedor, y en virtud del cual dicho acreedor satisface su crédito con prioridad sobre otros acreedores.

tal coincidencia terminológica no justifica un tratamiento unitario, y mucho menos en el Derecho español, donde ni siquiera existe un término técnico-jurídico que englobe situaciones tan diversas.

⁷ Conviene insistir en que la prioridad a la que el texto se refiere no es una prioridad temporal, sino *lógica*: es decir, no significa que un acreedor deba recibir satisfacción de su crédito con anterioridad en el tiempo, sino que es necesario que el crédito preferente sea satisfecho para que exista la posibilidad de satisfacer el crédito o los créditos de los acreedores frente a los cuales se establece la relación de preferencia. De esto se deduce que no existe obstáculo para que un crédito que no es preferente sea satisfecho, total o parcialmente, con anterioridad temporal respecto del crédito preferente, siempre que el derecho a la íntegra satisfacción del crédito preferente quede absolutamente garantizado.

⁸ Quizá el ejemplo más claro sea el de la reserva de dominio. En realidad, la reserva de dominio se basa en la regla según la cual un derecho de propiedad siempre tiene prioridad sobre un derecho de crédito: es obvio que si un sujeto es propietario de un bien y lo reivindica, no puede entrar en conflicto con el acreedor del individuo que posee o detenta dicho bien. El propietario reivindica su bien y los acreedores del poseedor o detentador tendrán que conformarse con ejecutar los bienes que sean propiedad del deudor. Ese es un efecto lógico de las reglas básicas de responsabilidad patrimonial (especialmente, del art. 1911 del CC), pero ha de tenerse en cuenta que en el caso de la reserva de dominio, el propietario del bien es, a la vez, acreedor del sujeto poseedor de ese bien. La conservación del derecho de propiedad, al mismo tiempo que el de crédito consigue que el mencionado acreedor pueda «ponerse dos sombreros», parafraseando una coloquial expresión inglesa. Ello le permite presentarse, a tenor de las circunstancias, como acreedor o propietario ante el comprador del bien, y sobre

Los términos de preferencia y prelación pueden considerarse sinónimos en el Derecho de la tutela del crédito, ya que resulta difícil, si no prácticamente imposible, hallar un matiz que justifique una distinción apreciable⁹. Quizá, en el uso que el legislador hace del término «prelación» se encuentre una idea que está ausente en el concepto de preferencia: la idea de *ordenación* de los diversos créditos existentes contra un mismo sujeto¹⁰. Así, el término «prelación» tiene el doble valor semántico de «preferencia»¹¹ (sentido «subjetivo» de la prelación)¹², y de «graduación», como conjunto de relaciones de preferencia establecidas por el legislador en el ámbito de la concurrencia de créditos (sentido «objetivo» de la prelación)¹³. Para evitar ese doble sentido, se ha optado por seguir el criterio del legislador, y utilizar el término «pre-

todo le permite presentarse como propietario ante los acreedores del comprador. De esta manera, el acreedor busca utilizar un derecho real para proteger su derecho de crédito, lo que logra mediante un pacto de naturaleza condicional. Estructuralmente el resultado es parecido a una garantía real, con la diferencia de que el derecho de propiedad es un derecho real absoluto (es decir, no admite la existencia de otros derechos reales, ni personales, que primen sobre él), por lo que la eficacia de la reserva de dominio es superior a la de cualquier garantía real, al otorgar la preferencia sobre todos los demás acreedores. Sin embargo, y para ilustrar el texto, es más que dudoso que ese resultado sea consecuencia de una opción deliberada del legislador, o incluso que el legislador haya podido preverlo. Más bien parece que los acreedores han aprovechado la existencia de las normas de tutela del derecho de propiedad, esencialmente ajenas a los negocios de crédito.

⁹ La prelación es definida por el Diccionario de la Real Academia Española como la «antelación o preferencia con que una cosa debe ser atendida respecto de otra con la cual se compara» (*Diccionario*, II, cit., voz «Prelación»). Desde el punto de vista del lenguaje común, no existe apenas diferencia entre preferencia y prelación, aunque quizá quepa señalar que el concepto de preferencia parece más amplio (en sentido jurídico, también lo entiende así M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., p. 19).

¹⁰ Obsérvense los términos utilizados por el Código Civil para referirse a la graduación de créditos (título XVII del libro IV del Código Civil: «De la concurrencia y prelación de créditos»; capítulo III: «De la prelación de créditos»). El Código de Comercio utiliza el término «graduación» (sección 5.ª del título I del libro IV del C. de C.: «De los derechos de los acreedores en caso de quiebra, y de su respectiva graduación»), pero también emplea el término prelación como sinónimo de graduación (así, en los arts. 913 y 914).

¹¹ También el legislador español utiliza «prelación» como sinónimo de preferencia (así, v. p. ej., art. 913.3.º C. de C.: «Los privilegiados por derechos común, y los hipotecarios legales en los casos en que con arreglo al mismo derecho, *le tuvieren de prelación sobre los bienes muebles*»; v. también art. 107 de la LH). En este sentido utiliza el término A. Gullón (*vid. A. GULLÓN, La prelación de créditos en el Código Civil*, Barcelona, 1962, p. 15, y *passim*).

¹² El Código Civil emplea la palabra «preferencia» siempre en este sentido (ver arts. 1922; 1923; 1924; 1925; 1926; 1927; 1928 y art. 1929 del CC). Así, en el Código Civil no existe un doble sentido del término «preferencia», sino que dicho Código parece reservar el término prelación para designar el conjunto de relaciones de preferencia (graduación). En el Código de Comercio también aparece el término «preferencia» con un sentido similar al del Código Civil (ver arts. 196; 208; 276; 320; 340; 376; 667; 704; 730 y art. 913.2.º C. de C.: «los privilegiados que tuvieran consignado un derecho preferente en este Código»).

¹³ Como se ha visto, este es el uso normal de la palabra en el Código Civil (título XVII del libro IV del Código Civil; capítulo III del título XVII, etc.).

ferencia», mientras que el término «prelación» habrá de entenderse como sinónimo de graduación, es decir, designa el conjunto de relaciones de preferencia entre créditos.

1. CONCEPTO DE PREFERENCIA

El concepto de preferencia tiene ciertas características definitorias que pueden precisarse con la ayuda de instrumentos básicos de técnica jurídica¹⁴. De este modo puede procederse a la reconstrucción de los elementos mediante los que opera el principio de preferencia en las situaciones de concurrencia de acreedores¹⁵.

Desde este punto de vista, la preferencia consiste en un *derecho*¹⁶ reconocido por la ley a un acreedor, cuyo contenido es el de otorgar una satisfacción prioritaria al crédito de éste, frente a los créditos de otro u

¹⁴ Sobre los elementos que coadyuvan a la definición del concepto de preferencia, *vid.* I. LUZZATI, *Dei privilegi*, I, Torino, 1884, p. 41. V. también E. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, I, 4.^a ed., Firenze, 1908, p. 31; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, en *Commentario del CC magistrati e docenti*, Torino, 1976, p. 52; P. BOERO, *Le ipoteche*, Torino, 1984, p. 589.

¹⁵ En realidad, cuando se hace referencia a la prelación en el sentido de «graduación» (sentido objetivo de la prelación) se alude a la *suma* de relaciones de preferencia que contiene el Derecho, y que en su contemplación conjunta ofrecen la imagen de la graduación de créditos en cualquier sistema jurídico dado.

¹⁶ En el Derecho español apenas se encuentran referencias sobre la naturaleza de la preferencia, y tampoco es fácil encontrarlas en la doctrina de otros países, incluso en aquellas más profusas y prolíficas en materia de tutela del crédito. Así, apenas pueden encontrarse algunas alusiones en autores italianos que definen la preferencia como un «derecho»: «La preferencia puede ser por tanto definida como un derecho reconocido por la ley al acreedor que se beneficia de ella, de ser satisfecho, en sede de ejecución forzosa (ya sea ésta individual o colectiva), con preferencia sobre los demás acreedores, los denominados quirografarios» (*vid.* L. CUNEO, *Le procedure concorsuali*, 2.^a ed., II, (al cuidado de L. CHIARAVIGLIO), Milano, 1988, p. 1207); consecuentemente, se habla de «derechos de preferencia» (B. DUSI, *Istituzioni di diritto civile*, 5.^a ed., II, (al cuidado de A. MONTEL), Torino, 1951, p. 200); «derecho de preferencia no quiere decir sino derecho de ser pagado con anterioridad a los demás, o con preferencia de los demás, sobre el producto de la ejecución de los bienes en particular, o del entero patrimonio del deudor» (R. FRANCESCHELLI, «Privilegio», en *Scritti civilistici e di teoria generale del diritto*, Milano, 1975, pp. 293 ss., p. 296; también en *Enciclopedia bancaria*, II, Milano, 1942, pp. 428 ss.). En el Derecho español, la obra de López Alarcón se dedica enteramente a definir «el derecho de preferencia», aunque el problema de la definición elaborada por este autor radica en su excesiva abstracción, ya que pretende englobar fenómenos pertenecientes al Derecho de la tutela del crédito y a las normas de adquisición de bienes: así, el derecho de preferencia queda definido como «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 del derecho preferido, de sacrificar los derechos postpuestos cuyos titulares habrán de tolerar la satisfacción de los preferentes» (M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., pp. 40-41). En esta definición pueden rastrearse con dificultad los elementos de la preferencia, aunque desde luego no se trata de una definición clara, ni pacífica en todos sus elementos.

otros acreedores, en el reparto del producto ¹⁷ de la ejecución de los bienes del deudor común ¹⁸.

La preferencia es, por tanto, el derecho que la ley confiere a un acreedor participante, frente a otros sujetos concurrentes, en la distri-

¹⁷ Ha de entenderse que el derecho de preferencia no se ejerce sobre el precio de los bienes ejecutados sino una vez que se han deducido las cantidades correspondientes a los gastos de la ejecución. El derecho de preferencia no se ejerce más que sobre una cantidad neta, una vez que se deducen los costes de la ejecución, que tienden a identificarse, en el seno del procedimiento concursal, con las llamadas deudas de la masa (*vid. infra*, epígrafe II.2).

¹⁸ Es discutible que el derecho de preferencia se ejerza siempre respecto de un deudor común. Efectivamente, cuando un crédito cuenta con una garantía real, puede suceder que la ejecución del bien objeto de la garantía afecte a un sujeto distinto del deudor (p. ej., hipoteca prestada por un tercero en favor del deudor; o bien el supuesto en el que el bien objeto de la hipoteca, inicialmente propiedad del deudor, haya sido transmitido a un tercero). Explicar el ejercicio del derecho de preferencia en tales casos entraña problemas de gran dificultad: puede sostenerse que en tal caso el derecho de preferencia se ejerce como consecuencia del derecho de persecución del acreedor con garantía real (*vid. BENNANI*, voz «Prelazione», en *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, pp. 619 ss., p. 620), o bien que el acreedor tiene un derecho de preferencia en la ejecución de los bienes de un determinado sujeto, a pesar de no tener, en puridad, ningún crédito contra él (*vid. G. PRESTI*, *Ipoteca per debito altrui e fallimento*, Milano, 1992, pp. 10 ss.). Sin embargo, admitir tales situaciones implica la asunción de una división de deuda y responsabilidad que resultaría ciertamente polémica en el sistema jurídico español: v., al respecto, L. DIEZ-PICAZO-A. GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, II, 7.ª ed., Madrid, 1995, p. 129. Contra, *vid. L. MORENO QUESADA*, *Las garantías reales y su constitución por tercero*, Granada, 1987, *passim*, que afirma que se trata de un supuesto de responsabilidad sin deuda. Sin embargo, como se ha afirmado certeramente, «la responsabilidad sigue a la deuda como la sombra al cuerpo» (K. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1958, trad. J. Santos Briz, p. 34; v. también H. HATTENHAUER, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, München, 1982, pp. 87-89, que proporciona interesantes claves para comprender el origen de la doctrina de la disociación de deuda y responsabilidad). En este sentido, otras construcciones jurídicas, como la del *cautionnement réel*, del Derecho francés, que explica la posición del tercero hipotecante de un bien a favor de un deudor como un «fiador real», o un fiador cuya responsabilidad queda limitada al valor del bien hipotecado, parecen más fácilmente aceptables (sobre el «*cautionnement réel*» como garantía mixta, *vid. F. GRÚA*, *Le cautionnement réel*, París, 1984, *passim*; P. ANCEL, *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, París, 1989, p. 29; Ph. SIMMLER-Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés. La publicité foncière*, 2.ª ed., París, 1995, pp. 17 ss.). Por lo que respecta a la responsabilidad del tercero al cual se transmite el bien sujeto a una garantía real, parece seguro que el tercero no es deudor frente al acreedor hipotecario, ya que el acreedor hipotecario no puede exigir al tercero poseedor que satisfaga el crédito, sino que deberá limitarse a instar la ejecución sobre el bien objeto de la garantía. De ese modo, solamente podría afirmarse que el tercero poseedor asume una deuda con responsabilidad limitada al bien objeto de garantía frente al acreedor hipotecario. Por otro lado, la posibilidad que tiene el acreedor hipotecario de ejercer su derecho de ejecución (*ius distrahendi*) frente a un sujeto diverso de su deudor inicial, y de ejercer el derecho de preferencia frente a los acreedores del tercero al que se ha transmitido la cosa, es consecuencia del régimen de los derechos reales más que del propio derecho de preferencia. Así, la garantía real fija el objeto sobre el que recae el derecho de preferencia del acreedor, lo que sucederá con independencia de toda transmisión patrimonial: la cosa se transmite con la sujeción al poder de agresión del acreedor y su correspondiente derecho de preferencia (*vid. R. M. GOODE*, *Legal Problems of Credit and Security*, 2.ª ed., London, 1988, pp. 78-79, que basa esta interpretación en la regla «*nemo dat quod non habet*», en el sentido de que el transmitente no puede transferir al tercero derechos superiores a los que él mismo tiene, encontrándose su propiedad afectada por la existencia de la garantía real).

bución del producto neto derivado del ejercicio de una acción ejecutiva¹⁹. Consiste en un refuerzo de la tutela ordinaria del derecho de crédito a través de la adición de un nuevo derecho, de naturaleza personal, que se ejerce no ya frente al deudor, sino frente a los acreedores de éste. Al derecho de crédito se añade un ulterior derecho cuya única función es la de proteger la integridad y satisfacción del primero. De ese modo, el acreedor protege la satisfacción de su derecho de crédito oponiendo un derecho de preferencia a los acreedores del mismo deudor.

No consiste, sin embargo, la preferencia en una mutación de la naturaleza del derecho de crédito, que permanece inalterado en su esencia, sino solamente en una intensificación de su tutela²⁰, que actúa mediante la concesión al acreedor de ese derecho que no se ejercita contra el deudor, sino *contra otros acreedores*²¹. En este aspecto, puede

¹⁹ De esta definición se deduce que la preferencia puede existir en cualquier tipo de procedimiento ejecutivo, ya sea singular o colectivo. Cfr. V. BENNANI, voz «Prelazione», cit., pp. 619-620. La definición de preferencia concuerda, con matices, en la obra de numerosos autores: vid. A. DE FILIPPO-M. VIGNALE, *La responsabilità patrimoniale-Privilegi-Pegno*, Roma 1966, p. 18: «La preferencia puede ser definida como la situación reconocida por la ley a determinados acreedores, en virtud de la cual éstos pueden obtener la satisfacción de su crédito, en la ejecución forzosa, con preferencia respecto a los otros acreedores, a los que se denomina comúnmente acreedores quirografarios»; S. MERZ-G. ZANCONATI, *I privilegi e le prelazioni*, Padova, 1990, p. 4: «Prelación: la ley, con tal expresión, quiere indicar la preferencia atribuida a un acreedor frente a los demás acreedores que se encuentran en concurso con él en el reparto del valor realizado mediante la ejecución de los bienes del deudor».

²⁰ Vid. I. SCHETTINI, «Diritto di prelazione e momento costitutivo di fronte ai terzi», in *Dir. Fall.* 1963, II, p. 506. «[Las] causas de preferencia... tienen en común el carácter de asegurar al acreedor una posición de preeminencia en la distribución del precio producto de la ejecución, respecto a los acreedores quirografarios... [mediante una] mayor intensidad del poder de agredir los bienes del deudor» (R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, en *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1945, p. 21). «prelación: poder del acreedor de satisfacerse sobre algunos bienes del deudor con preferencia sobre los demás acreedores concurrentes: una garantía dirigida a reforzar el vínculo obligatorio y asegurar el cumplimiento mediante una mayor intensidad del poder del acreedor de satisfacerse sobre el patrimonio del deudor» (G. RUISI-A. PALERMO-C. PALERMO, *I privilegi*, Torino 1980, p. 4).

²¹ Por tanto, no se dirige la preferencia contra el deudor, sino contra los acreedores concurrentes: vid. V. L. CUNEO, *Le procedure concorsuali*, cit., p. 1207; G. RUISI, *Codice delle cause di prelazione*, Bologna, 1960, p. 4: «la prelación no se dirige contra el deudor, frente al que todos los acreedores tienen igual derecho a ser satisfechos, sino contra los demás acreedores concurrentes, frente a los que se ejercita la preferencia». «Las (...) causas de prelación se resuelven en un título preferencial que se hace valer en la ejecución, y que actúa sustancialmente contra los demás acreedores» (S. MERZ-G. ZANCONATI, *I privilegi e le prelazioni*, cit., p. 2). Vid. M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., p. 57 («el sujeto pasivo del derecho de preferencia no es el deudor, sino los titulares postpuestos»). V. también E. BIANCHI, *Dei privilegi*, cit., p. 121; F. KNORR, *Die Natur und Funktion der Vorzugsrechte*, München, 1891, p. 9. «En la relación de los acreedores entre sí, el acreedor hipotecario tiene el derecho de que sea respetada la preferencia que le corresponde con respecto a los demás acreedores (...) y la que pueda corresponderle con respecto a otros acreedores hipotecarios» (J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., II, vol. 2.º, p. 467). En la jurisprudencia, v. STS 25 de septiembre de 1985, R. 4408: «la preferencia se ejercita respecto de los demás acreedores del deudor, no respecto de éste, a quien, en definitiva, sólo de forma muy relativa le afecta el orden o preferencia en los pagos con el producto de sus bienes».

parecer que ciertos supuestos de preferencia confieren un derecho ejercitable frente a sujetos que no son acreedores de un deudor común como en las garantías reales prestadas por un tercero (se trataría, por tanto, de una preferencia «real»), pero lo cierto es que, en circunstancias típicas (garantía real prestada por el deudor sobre un bien de su patrimonio), la supuesta «preferencia real» confiere un derecho frente a otros acreedores del deudor común. No obstante, es evidente que el bien sobre el que recae el derecho del acreedor puede ser transmitido a otro sujeto, y que con ello no perece el derecho de preferencia del acreedor: en eso precisamente consiste su «realidad». Al transmitirse el bien, el acreedor sigue pudiendo ejercer un derecho de preferencia, pero cambia la esfera de sujetos obligados a respetar ese derecho, que no son ya los acreedores de su deudor, sino los acreedores del nuevo propietario de la cosa.

Así pues, la preferencia es en todo caso un derecho personal, vinculante para una serie de sujetos que no está determinada en su nacimiento, pero que es determinable en el momento de su ejercicio²². Incluso cuando el acreedor goza de una garantía real, la preferencia no constituye sino uno de los derechos que le confiere esa compleja institución, pero no se trata de un derecho real, sino personal. Existe, sin duda, un derecho real (un derecho que se manifiesta en la posibilidad de solicitar medidas respecto de la conservación de la cosa, y sobre todo en el derecho a perseguir la cosa objeto de la garantía), pero no es menos cierto que existe un derecho de preferencia, y que este derecho, pese a estar referido a una cosa concreta, no concede ningún tipo de facultad sobre la cosa cuyo ejercicio deban respetar todos los demás sujetos, sino una facultad de cobro preferente, oponible a determinados acreedores concurrentes en la ejecución de ese bien, es decir, oponible a determinados acreedores del propietario de la cosa²³. El derecho de preferencia consiste en un derecho personal añadido a un crédito, respecto del cual se presenta siempre en relación de dependencia.

De la definición de preferencia, es posible extraer sus tres presupuestos²⁴: insuficiencia del producto de la ejecución patrimonial, pluralidad de acreedores concurrentes, y existencia de una norma legal que atribuya directamente la preferencia a uno de los acreedores.

²² Es perfectamente posible la configuración de un derecho personal que consista en una prestación de «no hacer» por parte de una pluralidad de sujetos pasivos indeterminada, pero determinable (vid. L. BARASSI, *Le obbligazioni*, Milano, 1934, pp. 53-55).

²³ V., en este sentido, G. MARTY-P. RAYNAUD-PH. JESTAZ, *Les sûretés, La publicité foncière*, 2.^a ed., París, 1987, p. 15, que en su análisis desvelan la existencia de dos derechos en la garantía real, el derecho de preferencia y el *droit de suite*, que se presenta en relación de accesoriadad respecto del primero. La diferencia estructural de las garantías reales, respecto de otras causas de preferencia, se encuentra en el dato de que el derecho de preferencia determina los sujetos obligados por él en relación con un derecho real, contenido en la garantía hipotecaria o de otro tipo. Así, es preciso determinar el objeto de la preferencia para después determinar el sujeto pasivo de ese mismo derecho.

²⁴ Cfr. A. DE FILIPPO-M. VIGNALE, *La responsabilità patrimoniale*, cit., pp. 18-19.

Respecto del primer presupuesto, es preciso señalar que la insuficiencia del producto de la ejecución patrimonial contra el deudor excluye tanto el supuesto en que el valor obtenido por los bienes baste para satisfacer los créditos concurrentes, como el supuesto en el que, debido a un resultado totalmente infructuoso de la ejecución, no exista suma alguna para proceder al pago de los acreedores. Por tanto, la ejecución ha de ser parcialmente infructuosa para que exista ejercicio efectivo del derecho de preferencia ²⁵.

A la circunstancia de la ejecución parcialmente infructuosa, es necesario añadir la existencia de una pluralidad de acreedores concurrentes ²⁶. No es suficiente que exista una pluralidad de créditos, ya que si un solo sujeto tiene varios derechos de crédito contra un mismo deudor, no puede aceptarse que dicho sujeto ejerza el derecho de preferencia contra sí mismo, pues reuniría simultáneamente las condiciones de sujeto activo y pasivo de ese derecho ²⁷. Por otro lado, cuando un solo acreedor ejecuta su derecho de crédito frente a un deudor, no ejerce su derecho de preferencia, sino el derecho que confiere la ley a todo acreedor de pedir y obtener la satisfacción de su crédito mediante la ejecución de los bienes del deudor, por lo que en tales circunstancias el concepto de preferencia es superfluo. Descartados los casos anteriores, resulta evidente que la aplicación del derecho de preferencia requerirá la concurrencia de varios acreedores en la ejecución frente al deudor. La preferencia es, por exigencia de la lógica, un concepto relativo, referido a otros acreedores. Su propia naturaleza de derecho personal demanda la existencia de un sujeto pasivo obligado a respetarlo, un sujeto frente a quien tal derecho pueda ser ejercido. Es indudable, pues, que la preferencia requiere la existencia de una pluralidad de acreedores concurrentes.

Finalmente, para que pueda hablarse de preferencia es preciso que una norma legal atribuya a uno de los acreedores concurrentes el derecho de que su crédito sea satisfecho con preferencia sobre otro u

²⁵ Definido de esta manera el presupuesto, es parcialmente coincidente con la noción jurídica de insolvencia (vid. F. J. ORDUÑA, *La insolvencia*, Valencia, 1994, pp. 52 ss.), aunque basta con que se manifieste la insuficiencia patrimonial en una ejecución singular, sin que ello represente un juicio de valor sobre la insolvencia del deudor. Cfr. G. P. GAETANO, voz «Privilegi (diritto civile e tributario)», en *Noviss. Dig It.*, XIII, Torino, 1957, p. 963. Por su parte, V. BENNANI (voz «Prelazione», cit., p. 621), precisa, con razón, que la insuficiencia patrimonial es presupuesto para la actuación de la preferencia, pero no para su nacimiento (es preciso distinguir, p. ej., el momento de constitución de una prenda, en el que surge el derecho de preferencia, del momento de ejecución de la prenda, en el que la actuación de la preferencia exige, lógicamente, que se den sus presupuestos, entre los que destaca la insuficiencia del patrimonio del deudor).

²⁶ Cfr. G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione. Parte generale*, Milano, 1935, pp. 293-294; J. Santos Briz, en J. L. ALBÁCAR LÓPEZ-J. SANTOS BRIZ, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, VI, Madrid, 1991, p. 1131. Este presupuesto puede formularse de diversas maneras (pluralidad de créditos, pluralidad de sujetos que ejerzan una acción ejecutiva contra un mismo responsable, etc.), pero se ha considerado más adecuada la utilizada en el texto.

²⁷ En ese supuesto, el derecho de preferencia se extinguiría por confusión (art. 1192 del CC).

otros de los créditos cuyos titulares concurren a la ejecución ²⁸. Destaca, de nuevo, la naturaleza eminentemente relativa del derecho de preferencia, puesto que la ley determinará qué acreedor o acreedores están obligados a respetar el derecho de preferencia atribuido a un determinado crédito, por lo que bien puede suceder, y de hecho sucede, que en una ejecución en la que concurren numerosos acreedores se forme una tupida red de derechos de preferencia entrecruzados, en virtud de la cual los acreedores resultan a la vez sujetos activos del derecho de preferencia frente a ciertos acreedores, y sujetos pasivos del derecho de preferencia de otros acreedores a los que la ley ha situado en una posición superior.

Cuando se dan los presupuestos de aplicación del derecho de preferencia, se produce la destinación prioritaria de las sumas obtenidas en la ejecución patrimonial a la satisfacción del acreedor jerárquicamente superior ²⁹.

De lo expuesto, pueden deducirse los caracteres generales del derecho de preferencia, aplicables por tanto a todas las formas en que este derecho se manifiesta. Esos caracteres se resumen en las notas de accesoria, legalidad, tipicidad y relatividad.

La función del derecho de preferencia determina su naturaleza accesoria. En efecto, la accesoria es un rasgo definidor del derecho de preferencia, en tanto que éste debe ser dependiente de una relación crediticia a la cual se añade. La existencia aislada del derecho de preferencia es lógicamente inadmisibles, porque éste tiene que proteger, necesariamente, un determinado derecho de crédito ³⁰.

La nota de legalidad, por su parte, debe ser entendida en un sentido amplio: en ciertas ocasiones, el derecho de preferencia viene atribuido

²⁸ En realidad, este presupuesto es común al de todos los derechos subjetivos, que exigen el reconocimiento de la ley para su existencia y aplicación. Tal reconocimiento puede ser directo (en la medida en que la ley atribuya directamente a un determinado crédito el derecho de preferencia) o indirecto (la ley establece las condiciones que las partes deben cumplir para otorgar preferencia a un determinado crédito). En ambos casos, existe una previsión legal que permite la superioridad de un crédito sobre otro u otros. Sin embargo, pueden existir situaciones en las que, por efecto reflejo de ciertas normas, el acreedor disfrute de una situación de preferencia. Son los supuestos de la denominada «preferencia atípica».

²⁹ Según Ragusa Maggiore, la preferencia se resuelve en un «poder sobre el patrimonio del quebrado. Este poder depende o bien de un derecho real atribuido al acreedor (...) o de la cualidad del crédito que proviene de una causa especial prevista por la ley (...)» (G. RAGUSA MAGGIORE, «Profili generali dei crediti privilegiati nel fallimento», en *Studi F. Santoro-Passarelli*, IV, Napoli, 1972, pp. 3 ss., pp. 9; ID., «Profili generali dei crediti privilegiati nel fallimento», en *Riv. Dir. Comm.* 1968, pp. 30 ss.). Sin embargo, no puede aceptarse la descripción del contenido de la preferencia como un «poder sobre el patrimonio del deudor», pues el acreedor que cuenta con un derecho de preferencia no tiene más derechos que un acreedor normal frente a su deudor en virtud de la preferencia, sino que simplemente posee un derecho adicional frente a ciertos acreedores del deudor común.

³⁰ La accesoria propia del derecho de preferencia es «funcional», en tanto que las técnicas jurídicas preferenciales sirven para garantizar créditos, y por ello necesitan de la existencia de dichos créditos (vid. GUILARTE ZAPATERO, en M. ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, XXIII, 2.ª ed., Madrid, 1990, pp.

directamente por la ley, sin que sea necesaria la realización de acto alguno por parte del acreedor titular del derecho; en otras ocasiones, la ley establece solamente las condiciones que debe reunir un negocio entre deudor y acreedor, o un simple acto del acreedor, para que pueda surgir el derecho de preferencia. En toda circunstancia, es únicamente la ley, aunque de modos diversos, la que puede establecer o reconocer la ventaja de un crédito sobre otro³¹. De ahí que la autonomía privada pueda actuar como fuerza creadora de causas de preferencia solamente cuando la ley reconoce de manera expresa esta posibilidad y fija sus condiciones de ejercicio. Así pues, de manera mediata o inmediata, el derecho de preferencia tiene origen legal³².

La tipicidad de los derechos de preferencia no es sino una consecuencia inmediata de la legalidad, con la que presenta una estrecha ligazón lógica. Obviamente, el requisito de la existencia de una disposición legal que establezca directamente el derecho de preferencia, o

443-444). Utilizando terminología lógica, puede afirmarse que el derecho de preferencia es necesariamente transitivo, ya que «algo debe ser preferido a algo» (*vid.* G. H. VON WRIGHT, *The Logic of Preference*, Edinburgh, 1963, *passim*). La preferencia, aislada de la consideración de un objeto preferente y un objeto preferido, es un imposible lógico. Desde el punto de vista jurídico, se ha destacado la esencia de la accesoriedad en la «unión de dos derechos con un mismo fin», dominada por uno de esos dos derechos (en este caso, el derecho de crédito al que el derecho de preferencia sirve de refuerzo) (*vid.* D. MEDICUS, «Die Akzessorietät im Zivilrecht», en *JuS*, 1971, pp. 497 ss.). Respecto de la accesoriedad de las garantías en general, *vid.* M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, III, vol. 2.º, cit., p. 225; M. FRAGALI, voz «Garanzia e diritti di garanzia», cit., p. 465: en efecto, los derechos de garantía son por su propia naturaleza accesorios de otro derecho. Ello se desprende, en el Derecho español, de los arts. 1528 y 1857.1.º CC. Así, las garantías reales no confieren a su titular una «utilidad económica» respecto del objeto en el que recaen, sino que sólo ayudan a reforzar el derecho de crédito del acreedor (*vid.* L. AYNÈS, en Ph. MALAURIE-L. AYNÈS, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière (Le Droit du crédit)*, París, 1992, p. 135). Sobre la accesoriedad de la garantía, en general, *vid.* R. MICCIO, *I diritti di credito*, I, *Lineamenti generali*, Torino, 1971, p. 283. Sin embargo, es bien conocido que el Derecho alemán relaja el principio de accesoriedad en materia de garantías reales (*vid.* G. KAISER, *Bürgerliches Recht*, 5.ª ed., Heidelberg, 1994, p. 369), ya que existen ciertas figuras en las que la accesoriedad aparece desdibujada (*Grundschild*, § 1191 ss. BGB: v., p. ej., G. POTTSCHMIDT-U. ROHR, *Kreditsicherungsrecht*, cit., pp. 383 ss.), hasta el punto de que puede hablarse de un principio de «abstracción» en la ordenación de algunas de las garantías reales alemanas (así, K. H. SCHWAB-H. PRÜTTING, *Sachenrecht*, 25.ª ed., München, 1994, p. 11; H. P. WESTERMANN, *BGB Sachenrecht*, 9.ª ed., Heidelberg, 1994, p. 11, p. 491). Ello no quiere decir que esas garantías reales «abstractas» no cumplan la función de garantizar un crédito, sino que adquieran autonomía respecto de dicho crédito (*vid.* J. F. BAUR-R. STÜRNER, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 16.ª ed., München, 1992, p. 33). Las particularidades de la ordenación de las garantías reales en Alemania, donde las garantías «abstractas» predominan sobre las garantías accesorias, plantean no pocos problemas de en la relación con otros Derechos europeos (*vid.* R. STÜRNER, «Das Grundpfandrecht zwischen Akzessorietät und Abstraktheit und die europäische Zukunft», en *Festschrift R. Serick*, Heidelberg, 1992, pp. 377 ss.).

³¹ Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, III, 3, cit., p. 5. *Vid.* S. CICCARELLO, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milano, 1983, p. 31: «La ley (...) es fuente sólo del privilegio. En la prenda y la hipoteca, generalmente, se inserta un momento de libertad (...) ningún crédito nace hipotecario (...) sino que se convierte en hipotecario».

³² La peculiaridad del derecho de preferencia, por tanto, no se encuentra en su origen legal, puesto que, en definitiva, todos los derechos subjetivos tienen origen legal

que consienta a las partes su creación, tiene como consecuencia necesaria la circunscripción de los supuestos de preferencia a los casos previstos en la ley, que habrán de ser forzosamente limitados. De este modo, el principio de tipicidad exige que el derecho de preferencia se justifique por la previsión que de él haga la ley, pues es al legislador a quien corresponde atribuir derechos de preferencia³³. No quiere eso decir que los derechos de preferencia hayan de ser excepcionales o poco numerosos; la experiencia demuestra más bien lo contrario. Sin embargo, la consecuencia principal del principio de tipicidad se manifiesta en la afirmación según la cual los derechos de preferencia contenidos en un Ordenamiento jurídico son necesariamente limitados, restringiéndose a aquellos reconocidos expresamente por la ley. La tipicidad, por tanto, se resuelve en la prohibición de la aplicación de la analogía³⁴, ya que no

(M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho*, Madrid, 1990, p. 177: «el derecho subjetivo no puede ser entendido sin la existencia de una previa norma que lo configure»), sino precisamente en la posibilidad de que tal derecho sea atribuido como consecuencia de una disposición legal o bien como consecuencia de un contrato o acto jurídico al que la ley concede efectos de preferencia. En definitiva, el rasgo peculiar del derecho de preferencia consiste en la doble posibilidad que el mismo encierra en sus relaciones genéticas con el derecho objetivo. Además, la nota de legalidad parece excluir la posibilidad de la creación consuetudinaria de un derecho de preferencia (duda sobre la cuestión G. GARCÍA VALDECASAS, *Parte general del Derecho civil español*, Madrid, 1983, p. 71, destacando la dificultad de creación de un privilegio mediante la costumbre).

³³ La tipicidad de los derechos de preferencia no está necesariamente ligada a la cuestión sobre la existencia o inexistencia de un *numerus clausus* de derechos reales. Ciertamente, tal discusión puede tener relevancia en tanto afecte a los derechos reales de garantía, pero desde el punto de vista conceptual, no cabe admitir un derecho de preferencia que no sea atribuido por la ley, ya que no existe ninguna justificación para que un acreedor pueda imponerse a otro al margen de ella. Cuestión diversa, y que será oportunamente discutida, es que los acreedores puedan utilizar otras vías diferentes a las establecidas por la ley como causas típicas de preferencia para obtener una posición de supremacía frente a otros acreedores. En conclusión, la tipicidad de los derechos de preferencia es un principio de más amplio alcance que el de limitación del número de los derechos reales, y acaso este último no sea sino una consecuencia de la tipicidad de los derechos de preferencia (v., al respecto, S. CICCARELLO, *Privilegio del crédito...*, cit., p. 31). En cambio, en el sistema jurídico alemán, la limitación del número de derechos reales (*Typenzwang* y *Typenfixierung*: v. WILHEM, J., *Sachenrecht*, Berlín-N. York, 1993, p. 146; H. P. WESTERMANN, *BGB Sachenrecht*, cit., p. 4; M. WOLFF, *Sachenrechte*, 13.^a ed., München, 1996, p. 10) se sustenta en el efecto que los derechos reales tienen frente a los terceros, es decir, en el principio general del Derecho según el cual las partes no deben poder afectar las posiciones jurídicas de los terceros salvo en los casos especificados por la ley. En este principio general puede hallarse el denominador común del principio de tipicidad en sistemas jurídicos de preferencia del crédito tan diversos como el alemán y el español. No obstante, ha de señalarse que la limitación de las posibilidades de actuación de la autonomía privada guarda una directa relación con la creación de derechos de preferencia, más que con la ordenación de los derechos reales. Un mero ejemplo basta para probarlo: se reconoce a las partes la posibilidad de modificar convencionalmente las reglas sobre transmisión de la propiedad, que constituye la situación real más importante y trascendente, pero que, en cambio, no atribuye un derecho de preferencia (los particulares no pueden, en cambio, modificar las reglas de constitución de la hipoteca, p. ej.).

³⁴ Este principio es enunciado en la doctrina de numerosos países respecto de los privilegios. Sin embargo, y acertadamente, la doctrina italiana lo predica respecto del derecho de preferencia en general: Vid. G. P. GAETANO, voz «Privilegi (diritto civile e tributario)», cit., p. 963; G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., pp. 52-53; G. SCAFIDI-V. SPITALERI, *Privilegi*, 2.^a ed., Milano, 1959, p. 2.

pueden extenderse los derechos de preferencia a situaciones diversas de las previstas por la ley, a pesar de que pueda existir identidad de razón entre la situación no prevista y la prevista por la ley como merecedora de la atribución de un derecho de preferencia. Este principio de tipicidad, aunque no ha de ser entendido en un sentido tan estricto como el de la tipicidad penal³⁵, excluye la creación análoga de causas de preferencia, pero no debe excluir la posibilidad de interpretar extensivamente las causas de preferencia existentes. En efecto, la diferencia entre analogía e interpretación extensiva abona esa afirmación, ya que mediante la interpretación extensiva se persigue la búsqueda del verdadero sentido de las palabras del legislador³⁶.

Los derechos de preferencia son, por su propia naturaleza, relativos. Efectivamente, el crédito tutelado goza de preferencia *respecto*

³⁵ En efecto, el principio de tipicidad de las causas de preferencia no puede tener las características de la tipicidad penal, aunque sólo sea porque el principio de tipicidad penal constituye una salvaguardia de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de los tribunales y del poder político en lo que se refiere a su libertad personal, función que está ausente en las causas de preferencia. Por tanto, parece lógico que la tipicidad de las causas de preferencia tenga un punto más de flexibilidad que la tipicidad penal.

³⁶ Sobre la distinción entre la interpretación extensiva y la analogía, como método de integración de lagunas, *vid.* K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1994, (trad. M. RODRÍGUEZ MOLINERO), pp. 350 ss., pp. 374 ss. Incluso Betti, que defiende una interpretación de carácter marcadamente objetivo, incluyendo a la analogía entre las formas de la interpretación, excluye la analogía para proceder a la extensión de disposiciones excepcionales, es decir, «cuando la extensión abriría una más amplia brecha en la normalidad» (E. BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, 1975 [trad. J. L. DE LOS MOZOS], p. 171). Probablemente habría que distinguir, como hicieron los juristas del *Ius commune*, gracias a una terminología más rica que la actual, entre «*intensio*» (ahondamiento en el significado de la ley) y «*extensio*» (analogía integrativa). (E. BETTI, *ibid.*, pp. 155 ss.). Gran parte de la doctrina, en sentido contrario al del texto, ha estimado que las causas de preferencia han de ser interpretadas de manera restrictiva: así, I. LUZZATI, *Dei privilegi...*, cit., I, p. 132; E. BIANCHI, *Dei privilegi*, Napoli, 1907, p. 145; G. P. Gaetano, *Dei privilegi*, en *Commentario al codice civile. Libro della tutela dei diritti*, M. D'AMELIO (dir.), Firenze, 1943, pp. 455 ss., pp. 459; *Id.*, *I privilegi*, cit., p. 41, que justifica la necesidad de interpretar restrictivamente las normas que instituyen causas de preferencia porque éstas representan excepciones a la *par condicio creditorum*. En la doctrina española, v., p. ej., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, voz «Preferencia y prelación de créditos», en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, III, Madrid, 1995, p. 4994 ss., p. 4994, que se muestra a favor de la interpretación estricta de las causas de preferencia (en el mismo sentido, *cf.* M.^a R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, voz «Privilegio», en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, III, Madrid, 1995, pp. 5125 ss., p. 5125). Sin embargo, la excepcionalidad de las normas de preferencia justifica más bien la no admisibilidad de la extensión análoga, antes que la necesidad de utilizar una interpretación de carácter restrictivo (*cf.* S. MERZ-G. ZANCONATI, *I privilegi*, cit., p. 3; J. L. LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos...*, II, 1.º, cit., p. 391; R. GARCÍA DE HARO Y GOYTISOLO, *El salario como crédito privilegiado*, Pamplona, 1960, p. 286; también a favor de la posibilidad de realizar una interpretación extensiva, v. A. GULLÓN BALLESTEROS, en *Comentario al Código Civil* [Ministerio de Justicia], II, cit., p. 2065. Duda sobre la cuestión C. C. CASTILLO MARTÍNEZ, «Prelación de créditos», en *RGD*, 1993, pp. 1279 ss. p. 1285 (también en *NEJ*, XX, Barcelona, 1993, pp. 165 ss.). En la jurisprudencia, v., a favor de la interpretación restrictiva, STS 3 de diciembre de 1990, R. 9543 (aunque destaca esta sentencia que las «afecciones reales» deben ser interpretadas restrictivamente por cons-

de otros créditos, pero el derecho de preferencia de un determinado acreedor no puede entenderse si no se inserta dentro del conjunto de derechos de preferencia atribuidos a las distintas relaciones de crédito. Es decir, el derecho de preferencia, como derecho personal, tiene carácter relativo, y en consecuencia cada derecho de preferencia define una esfera de sujetos obligados a respetarlo, pero entra en conflicto con otros derechos de preferencia, que pueden resultar superiores a él ³⁷. De la confrontación dialéctica entre créditos se establece la existencia de relaciones de preferencia, y con el conjunto de las respectivas relaciones de preferencia se forma la jerarquía graduatoria de los créditos ³⁸.

El derecho de preferencia, caracterizado por las notas señaladas de accesoriedad, legalidad, tipicidad y relatividad, es atribuido por la ley de diversos modos, mediante la utilización de distintas técnicas jurídicas, que son denominadas «causas de preferencia». Mediante la expresión «causa de preferencia», se alude al expediente técnico utilizado por la ley para conferir el derecho de preferencia a un determinado crédito ³⁹. Con independencia de la diversidad técnica de las causas de preferencia, todas ellas tienen los rasgos señalados como elementos comunes de la preferencia, y sobre todo, todas ellas producen el mismo efecto: el aumento de las posibilidades de satisfacción del crédito tutelado ⁴⁰. No obstante, las diferen-

tituir un peligro para los terceros, lo cual siembra la duda de la aplicación del principio a los privilegios generales, que desde luego no son afecciones reales). A favor de la interpretación extensiva, v. STS 12 de noviembre de 1981, R. 5339; STS 26 de marzo de 1991, R. 2445 (debe destacarse que estas sentencias deciden la cuestión de la interpretación extensiva de los derechos de preferencia a favor de los intereses de los trabajadores. Teniendo en cuenta la evolución de la jurisprudencia de otros países cercanos a España, no parece que ese dato sea casual).

³⁷ Puede afirmarse que, necesariamente, ha de existir un derecho de preferencia que sea superior a todos los demás, pero ello no quiere decir que ese derecho de preferencia tenga naturaleza absoluta, ya que su carácter absoluto no deriva de su esencia, sino del simple hecho de que la ley no haya atribuido a ningún otro crédito un derecho de preferencia superior. No existe obstáculo para que la ley pueda establecer un derecho de preferencia de mayor poder en un momento posterior. Así pues, aunque necesariamente exista un crédito con supremacía sobre todos los demás, tal condición no deriva de su esencia, sino del conjunto de relaciones de preferencia establecidas en un momento dado, y que pueden experimentar variaciones.

³⁸ En cualquier Ordenamiento jurídico, el legislador realiza una labor de comparación entre créditos que refleja en sus opciones técnicas y políticas relativas a la jerarquía de acreedores. Al menos en teoría, el legislador debe evaluar los méritos respectivos de cada crédito para establecer el conjunto de las relaciones de preferencia que caracterizan la graduación. Cfr. E. WARREN-J. L. WESTBROOK, *The Law of Debtors and Creditors*, Boston-Toronto, 1986, p. 373 ss.

³⁹ Conforme, M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., p. 20. La utilización de la expresión «causes légitimes de préférence» (art. 2094 CC francés), o «cause legittime di prelazione» (art. 2.741 del CC italiano), resalta la nota de legalidad del derecho de preferencia (cfr. M. CABRILLAC-C. MOULY, *Droit des sûretés*, 2.^a ed., París, 1993, p. 379; M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours de créanciers en droit belge*, Bruxelles, 1992, p. 31, p. 47). Sin embargo, por ese mismo motivo, la expresión no deja de encerrar un pleonasma, y con suspicacia pudiera afirmarse que al definir las estructuras definidas por la ley de esa manera, se está aceptando implícitamente la existencia de causas «illegítimas» de preferencia.

cias estructurales entre las distintas instituciones de la tutela preferencial del crédito son notables, y comportan consecuencias de particular relieve en el modo de actuación de la preferencia.

2. PREFERENCIA Y PREDEDUCCIÓN

Es conveniente distinguir la preferencia de un fenómeno que presenta algunas similitudes externas, pero que es radicalmente diverso, cual es la prededucción. La palabra prededucción⁴¹, genéricamente, designa el acto de quitar o detraer algo de un conjunto de bienes, con precedencia absoluta e inmediata, antes de proceder a cualquier operación sobre esos mismos bienes⁴². Se trata de un fenómeno contable, expresivo de la necesidad de descontar los costes al resultado bruto de una operación económica antes de distribuir el beneficio⁴³.

En el terreno estrictamente jurídico, la prededucción –término que no ha encontrado expresión en las leyes españolas– tiene una función y estructura bien diversas de las de la preferencia. En la doctrina española, la prededucción ha sido definida como «el fenómeno en virtud del cual los acreedores de la masa se satisfacen, a diferencia de los acreedores del quebrado, en el momento de su vencimiento»⁴⁴. La prede-

⁴⁰ Es preciso resaltar que no es posible identificar la existencia de causas típicas de preferencia con la desigualdad de los acreedores, que en sí constituye un fenómeno más amplio. Cfr. G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 38.

⁴¹ En realidad, el término «prededucción» no tiene reflejo en el léxico español, ni siquiera en el italiano. Es probable que la doctrina italiana haya construido el término «prededucción» sobre el término alemán *Vorwegbefriedung* (v. § 57 KO; vid. J. KILGER-K. SCHMIDT, *Konkursordnung*, 16.^a ed., München, 1993, pp. 306-308; H. HESS, en H. HESS-B. KROPSHOFER, *Kommentar zur Konkursordnung*, 3.^a ed., Frankfurt/M., 1989, pp. 517 ss.), aunque no cabe duda que su sentido es distinto (el término alemán podría traducirse como «pre-satisfacción»). Se trata de una palabra que la doctrina española (vid. E. BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986, p. 114) ha adoptado siguiendo el ejemplo de la doctrina italiana (*prededuzione*), aunque desde el punto de vista semántico, poco añade el prefijo «pre» a la tradicional palabra «deducción», salvo un mayor énfasis en lo que respecta a la prioridad de este tipo de detracción. El uso de la palabra «prededuzione» tampoco ha escapado a las críticas en Italia: vid. R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, 4.^a ed., II, Milano, 1964, p. 1304, nota 12.

⁴² Cfr. G. ALESSI, *I debiti di massa nelle procedure concorsuali*, Milano, 1987, p. 18; O. JAUERNIG, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, 20.^a ed., München, 1996, p. 314. De todos modos, las definiciones de la prededucción suelen basarse en una simple descripción de sus efectos en el contexto de los procedimientos concursales.

⁴³ En este sentido, reconocidamente amplio, del término, un típico fenómeno de prededucción es el del necesario pago de los gastos de recolección de los frutos antes de percibir su producto (así, en la clásica formulación de ULPiano: *Quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos fructos diminuere debere*, L. 46, D. *De usur. et fruct.*).

⁴⁴ Así, E. BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, cit., p. 114. Dicha definición parece abonar la tesis de que con la palabra prededucción se intenta alcanzar un valor semántico similar al de *Vorwegbefriedung*.

ducción difiere de la preferencia en que mientras ésta presupone la existencia de un concurso o concurrencia de acreedores y opera en su interior, aquélla, aunque también presuponga esa existencia, opera en el exterior del concurso, y más exactamente, contra él. La preferencia requiere que concurren varios créditos contra un mismo deudor, y produce la consecuencia de que el crédito por ella favorecido es satisfecho de manera prioritaria respecto de otros créditos. Contrariamente, la prededucción presupone la existencia de un procedimiento ejecutivo en cuyo desarrollo surgen gastos que es necesario atender con carácter previo a la distribución de las cantidades obtenidas a través de dicho procedimiento. Es indudable que los gastos del proceso ejecutivo en el cual se produce la concurrencia de acreedores constituyen el necesario coste de la ejecución misma, que debe ser deducido del producto de la ejecución judicial de los bienes del deudor común. Tales gastos deben ser satisfechos o reembolsados, por tanto, antes de efectuarse la distribución concursal, y al margen de ésta.

Es necesario dejar sentado, claramente, que la prededucción no atribuye, de por sí, un derecho de preferencia⁴⁵. Se trata de una técnica necesaria para garantizar el desarrollo del procedimiento concursal y, en su caso, la continuidad del ejercicio de la empresa en los procedimientos concursales. Dicha técnica tiene como función la protección de los sujetos que ostentan créditos contra el deudor declarado en concurso. Estos sujetos son auténticos *terceros* respecto de los acreedores concursales, y por ello no disfrutan, *stricto sensu*, de un derecho de preferencia respecto dichos acreedores concursales, sino que se sitúan en planos absolutamente separados. El crédito prededucible no se encuentra en conflicto o contraposición a los créditos concursales, como sucede cuando se aplica un derecho de preferencia. Por ello, la prededucción no consiste en una atribución a un crédito de un valor o de un mérito superior en relación con los demás créditos, sino, más bien, en el reconocimiento de su diversa naturaleza⁴⁶.

Así, la prededucción no es una manifestación de un proceso comparativo y valorativo, como lo es, en cambio, la preferencia⁴⁷, sino

⁴⁵ Cfr. A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, en *Trattato dir. comm.*..., dir. F. GALGANO, IX, Padova, 1986, p. 376.

⁴⁶ «El crédito con derecho de prededucción no constituye una *species* del crédito con preferencia, ya que se ponen de manifiesto masas de acreedores diversas para títulos de crédito diversos aun concurrendo en el mismo procedimiento» (M. LEMBO, «Privilegio, prelazione e prededuzione», en *Dir. Fall.*, 1984, I, pp. 140 ss., p. 141). «Los acreedores de la masa constituyen... no una particular categoría, sino una clase que tiene derecho a una acción autónoma y, por tanto, de satisfacerse autónomamente sobre el patrimonio del quebrado, aunque sea por créditos que no hayan sido contráidos por éste» (G. RAGUSA MAGGIORE, «Profili generali dei crediti privilegiati...», cit., p. 8; ID., *Il sistema dei privilegi nel fallimento*, Milano, 1968, p. 7).

⁴⁷ Sobre todo, no sería posible establecer un parangón valorativo entre créditos prededucibles y créditos con preferencia, ya que implicaría hacer una comparación de lo que es sustancialmente incomparable, esto es, dos *clases* diversas de créditos (v. a estos efectos la distinción efectuada por la STS 2 de octubre de 1953, R. 2517, entre deudas de la masa y deudas del quebrado; v. también STS 19 de junio de 1992, R. 5361). En este sentido, la regla del artículo 111 de la *legge fallimentare* italiana, que prevé la satisfacción de los créditos prededucibles con prioridad sobre los privilegiados, y de éstos con prioridad sobre

una exigencia lógica, al margen de cualquier situación de concurrencia entre acreedores, una exigencia, en definitiva, dictada por la misma naturaleza del proceso, que impone que los gastos contraídos en el curso de la actividad de realización de los bienes sean satisfechos antes de proceder al reparto del activo obtenido mediante la ejecución de dichos bienes ⁴⁸. Desde un punto de vista externo, el fenómeno puede parecer similar a la preferencia ⁴⁹, e incluso el resultado final de la prededucción consiste, de hecho, en la satisfacción de un crédito con prioridad sobre otros, pero la prededucción es internamente –y enteramente– diversa a la preferencia ⁵⁰. En efecto, la prededucibilidad de un crédito no es en ningún modo asimilable a la preferencia: la prededucibilidad describe una situación en la cual créditos heterogéneos y diversos, por la circunstancia común de haber sido contraídos en relación a un proceso concursal, deben ser satisfechos antes que los créditos concursales. No se trata, en definitiva, de un atributo del crédito en sí, sino de un atributo del crédito en tanto en cuanto éste se inserta en un proceso de ejecución. Así, la prededucción no encuentra su origen en una relación de naturaleza sustancial, sino procesal, y sólo existe mientras exista el proceso mismo ⁵¹.

los ordinarios, no es una norma que establezca un orden de preferencia, sino un orden entre las diversas clases de créditos, un «metaorden». De hecho, una de las mayores diferencias conceptuales entre prededucción y preferencia es que ésta confiere una satisfacción con prioridad sobre *algunos* créditos, mientras que la prededucción prescribe la satisfacción prioritaria del crédito respecto a todos los acreedores concursales (G. ALESSI, *I debiti di massa...*, cit., pp. 21-22).

⁴⁸ V. *Commentario codice civile*, dir. P. CENDON, VI, Torino, 1991, p. 255. Cfr. V. BENNANI, voz «Prelazione», cit., p. 622.

⁴⁹ En efecto, Garbagnati considera que «la llamada prededucción de los denominados acreedores de la masa se resuelve... en una preferencia» (E. GARBAGNATI, «Fallimento ed azioni dei creditori», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, pp. 368 ss., p. 379). V. también la STS 10 de abril de 1990, R. 2760, que define las deudas de la masa como «aquellas deudas que se satisfacen con preferencia a las del quebrado y fuera del procedimiento de la quiebra».

⁵⁰ Diversa es también su función (G. BOZZA, «La natura del credito del locatore al giusto compenso di cui all'art. 80 l. f.», en *Fallimento*, 1987, p. 10). Sobre la necesidad de distinguir preferencia y prededucción, vid. U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1961, pp. 841 ss.; G. RUISI, *Codice delle cause di prelazione*, cit., pp. 7 y 320; G. G. RUISI-A. JORIO -A. MAFFEI ALBERTI-G. U. TEDESCHI, *Il fallimento*, I, Torino, 1972, p. 500; F. BAUR-R. STÜRNER, *Zwangsvolltreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht*, 12.^a ed., II, Heidelberg, 1990, p. 165.

⁵¹ Vid. P. FANILE, «I privilegi nelle procedure concorsuali», en *Fallimento*, 1985, pp. 135 ss., p. 136; G. ALESSI, *I debiti di massa...*, cit., p. 29. En efecto, un crédito tiene la característica de la prededucibilidad respecto a un determinado proceso concursal. Si se diera la circunstancia de que tal procedimiento se cerrase sin satisfacción de dicho crédito, y con posterioridad quisiera el acreedor reclamar el pago al deudor, no podría valerse de la prededucibilidad de su crédito en un posible conflicto con otros acreedores, sino que recibiría el tratamiento de crédito ordinario (o de crédito preferente si el crédito gozase de un privilegio, garantía real u otra causa de preferencia). La situación ha de ser diversa, lógicamente, en los casos de reapertura de un procedimiento concursal, o de concurso o quiebra consecutivos a un procedimiento anterior, pues en tales casos se entiende que el mismo proceso continúa, por lo que no sería justo que los créditos perdiesen su carácter prededucible.

Si se analizan los rasgos definitivos de la preferencia, se aprecia que difícilmente pueden aplicarse a la prededucción. Es muy dudoso que la prededucción confiera un derecho personal a un acreedor frente a otros acreedores del mismo deudor⁵². En realidad, el único derecho que poseen estos créditos, y del que carecen la mayoría de los créditos en un procedimiento concursal, es el de poder exigir su cumplimiento de manera inmediata y sin dilaciones, ya que no quedan sujetos a la suspensión de las ejecuciones individuales que afecta a los créditos concursales⁵³. De ahí deriva la satisfacción de los créditos prededucibles con arreglo a un puro criterio temporal, es decir, a medida que estos créditos vencen. Por otro lado, los rasgos de accesividad, legalidad, tipicidad y relatividad se dan sólo de una manera muy imperfecta en los créditos prededucibles. Así, la prededucción no es simplemente una característica accesoria de un crédito, sino una característica accesoria de un crédito *en tanto que éste se halla inserto en un procedimiento*, por lo que, con el cese del procedimiento, cesa también la prededucción, aunque siga existiendo el crédito⁵⁴. En cuanto a los principios de legalidad y tipicidad, sólo se verifican parcialmente respecto de estos créditos, ya que no existen criterios legales estrictos que indiquen cuáles han de ser los créditos considerados prededucibles, y desde luego es imposible establecer un elenco cerrado de los posibles créditos prededucibles, pues los gastos que pueden tener tal carácter son de todo tipo y condición. Finalmente, tampoco puede afirmarse que la prededucibilidad tenga el carácter relativo típico de la preferencia, porque los créditos pre-

⁵² Prescindimos de la cuestión de la personalidad de la masa de la quiebra. Ciertamente, es discutible (y, con casi completa seguridad, rechazable) que la masa de la quiebra tenga personalidad jurídica, pero, en cualquier caso, es bien cierto que no puede compararse la situación de los créditos que han sido libremente contraídos por el deudor con anterioridad a la quiebra, y la de los créditos que han sido contraídos por los órganos de la quiebra, debidamente autorizados por el Juez. *Vid.* E. BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, cit., pp. 83 ss., pp. 96 ss.

⁵³ Nada obsta, sin embargo, para que la ley imponga a los titulares de créditos prededucibles una suspensión del ejercicio de sus acciones ejecutivas (v. § 90 Ins), que impone a ciertos acreedores de la masa una moratoria de seis meses desde la apertura del procedimiento; v. Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal española de Ángel ROJO (1996), art. 104.2: «no podrán iniciarse ejecuciones para pagos de créditos contra la masa... hasta transcurridos dos meses a contar desde la fecha fijada en la declaración de concurso para la celebración de la Junta de acreedores»). Se adivina en tales disposiciones, al igual que en aquellas que imponen una moratoria a la acción ejecutiva de los acreedores con garantías reales, una tendencia al favorecimiento de la recuperación de la empresa del deudor concursado: *vid.* Ph. DELEBECQUE, «Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives», en *JCP*, 1986, I, pp. 185 ss.

⁵⁴ La única excepción puede venir dada por la existencia de una quiebra consecutiva o una reapertura de la quiebra, pero ello no es sino una aplicación del principio de unidad, en virtud del cual los dos procedimientos concursales son considerados como uno solo, por lo que los créditos contra la masa contraídos en el procedimiento anterior siguen gozando de la prededucción en el procedimiento posterior. En ausencia de este principio, no existiría justificación ninguna para la solución expuesta. Cfr. P. YANES YANES, *La reapertura de la quiebra*, Valladolid, 1992, pp. 210 ss.

deducibles no gozan de preferencia frente a determinados créditos, al mismo tiempo que otros son preferidos a ellos, sino que todos los créditos prededucibles deben ser satisfechos con precedencia sobre los créditos concursales, sin que se establezca una jerarquía dentro de la categoría de la prededucibilidad⁵⁵. Por otro lado, y frente a los créditos concurrentes en el procedimiento de ejecución, no puede hablarse de principio de relatividad, sino, en cierto sentido, de *absolutividad*⁵⁶, ya que los créditos prededucibles han de ser siempre satisfechos con preferencia sobre todos los créditos concursales.

Las diferencias entre prededucción y preferencia se acentúan cuando se considera que los presupuestos de la prededucción no guardan semejanza alguna con los de la preferencia. En efecto, para que surja la prededucción deben darse los siguientes presupuestos: primeramente, ha de existir un procedimiento ejecutivo, pues sin dicho procedimiento

⁵⁵ Existen notorias e importantes excepciones, como el Derecho alemán (§ 60 KO, «Rangordnung der Massegläubiger»), a tenor del cual se establecen cuatro niveles de preferencia dentro de la categoría: así, el primer nivel viene constituido por los créditos legítimamente contraídos por el administrador del concurso y los créditos derivados de los contratos cuya ejecución haya continuado dentro del concurso; el segundo nivel lo forman los costes judiciales del procedimiento y las retribuciones del administrador; el tercero comprende los llamados créditos «sintéticos» contra la masa (retribuciones de los trabajadores anteriores a la apertura del proceso, cuotas de la seguridad social, retribuciones de los representantes de comercio, etc., y los créditos que hayan surgido por una actuación ilícita de la masa. El cuarto nivel lo forman los créditos de alimentos hacia el concursado y su familia (vid. J. KILGER-K. SCHMIDT, *Konkursordnung*, cit., pp. 333 ss.). También existe una graduación de los créditos contra la masa en el nuevo Derecho concursal alemán (§ 209 *Ins*), que sin embargo establece un sistema simplificado que establece la satisfacción, por este orden, de los gastos del procedimiento, los créditos contraídos por la masa tras la denuncia de la insuficiencia de la masa, y, por último, las restantes obligaciones de la masa junto con los alimentos concedidos al concursado y su familia, en su caso, y en el Derecho inglés, pues aunque la *Insolvency Act* de 1986 no establece ninguna disposición al efecto, existe una norma reglamentaria, la regla 4.218 de las *Insolvency Rules (SI 1986 No. 1925)* que determina un prolijo orden preferencial de los distintos costes del procedimiento (*Priority of expenses*: vid. L. S. SEALY-D. MILMAN, *Annotated Guide to the 1986 Insolvency Legislation*, 3.^a ed., Bicester, 1991, pp. 789-792). No obstante, todas estas disposiciones pueden interpretarse como un exceso de celo por parte del legislador, o bien como un reconocimiento implícito del fracaso de los procedimientos concursales para proceder a un mínimo pago de los créditos ordinarios e incluso privilegiados, ya que la necesidad de graduar los créditos contra la masa sólo puede surgir en caso de que no existan bienes para proceder al pago de los acreedores concursales. En este punto, la regla inglesa es desconcertante, ya que precisamente en el supuesto de que no existan bienes para cubrir todos los gastos del procedimiento, el tribunal puede alterar el orden jerárquico «como estime de justicia» (*as thinks just*), con lo cual las dudas sobre la utilidad de la graduación se acrecientan aún más (vid. H. RAJAK, *Company liquidations*, Bicester, 1988, p. 732).

⁵⁶ Cfr. G. ALESSI, *I debiti di massa...*, cit., p. 33. La relatividad operaría solamente en el interior de la categoría; en el exterior de ésta, se manifiesta el principio de absolutividad. Sobre la absolutividad de los créditos contra la masa, en virtud de la cual no se verifica una comparación con los demás tipos de créditos, sino que cualquiera de los créditos contra la masa es preferente respecto de cualquier crédito concursal, vid. V. DE MARTINO, *Commentario teorico-pratico alla legge fallimentare*, Roma, 1972 (arts. 104-145 l. f.), p. 146.

será imposible que pueda atribuirse la característica de prededucibilidad a un determinado crédito. Además, obviamente, se requiere que surja un crédito ⁵⁷. En último lugar, es preciso que concurra un tercer presupuesto de gran importancia: la existencia de una *conexión funcional* entre el proceso y el crédito ⁵⁸.

2.1 Prededución y créditos contra la masa

Teniendo en cuenta la definición y presupuestos de los créditos prededucibles, es obvio que su mayor importancia cuantitativa y cualitativa se manifiesta en el seno de los procedimientos concursales, donde se identifican con los llamados créditos contra la masa o deudas de la masa. La prededución de los créditos contra la masa viene dada no por el hecho de que los créditos hayan sido contraídos por un sujeto diverso del deudor: no es ese dato lo que hace distintos a los créditos prededucibles, ni lo que explica que sean satisfechos previamente a los créditos concursales ⁵⁹. El factor clave para la explicación de la naturaleza de los créditos contra la masa lo constituye el tercer presupuesto de la prededución, es decir, la conexión funcional entre procedimiento de ejecución colectiva y los créditos. Esta conexión funcional signifi-

⁵⁷ No es necesario que el crédito haya sido contraído por un órgano del proceso en sentido estricto, porque existen situaciones en las que el crédito contraído por un acreedor en interés del proceso puede considerarse prededucible: *vid.* F. FERRARA jr.-A. BORGIOLO, *Il fallimento*, 5.ª ed., Milano, 1995, pp. 593-594; *cfr.* J. A. RAMÍREZ, *La quiebra*, I, Barcelona, 1959, p. 339; E. BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, *cit.*, pp. 159 ss.; J. M.ª GARRIDO, «Le spese del creditore istante nel giudizio di opposizione al fallimento: logica e giustizia nell'apertura del concorso», en *Giur. comm.*, 1994, pp. 164 ss.

⁵⁸ Este presupuesto ha sido denominado «criterio de inherencia» (F. A. SALVADORE, «L'esercizio del commercio da parte del fallito e i diritti dei nuovi creditori», en *Riv. dir. comm.*, 1914, II, pp. 3 ss., p. 8). Se ha escrito, con acierto, que el criterio para establecer la naturaleza prededucible de un crédito ha de ser teleológico, y no cronológico (M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours*, *cit.*, p. 121). Sobre la diversidad de presupuestos de la preferencia y la prededución (que el autor denomina «prelevazione», a tenor del art. 91 l. f.), y en particular sobre la necesidad de un concurso de acreedores en la preferencia, *vid.* G. P. GAETANO, *I privilegi*, *cit.*, p. 37. *Cfr.* los requisitos de la prededución establecidos por Lembo, que son los siguientes: autorización para ejercer provisionalmente la actividad de empresa; relación de causalidad entre los créditos vencidos y el ejercicio provisional de la actividad de empresa; y utilidad para la masa de los acreedores (M. LEMBO, «Privilegio, prelazione e prededuazione», *cit.*, p. 145). No obstante, parece que la referencia al concepto de «utilidad para la masa de los acreedores» introduce un elemento de valoración *a posteriori* que dificulta apreciablemente la solución de los problemas relativos a la prededución. Además, la existencia de los créditos prededucibles es independiente de la continuación o no de la actividad de empresa, aunque dicha continuación sea una fuente importantísima de dichos créditos.

⁵⁹ *Vid.* G. G. RUISI-A. JORIO-A. MAFFEI ALBERTI-G. U. TEDESCHI, *Il fallimento*, *cit.*, p. 498; A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, 3.ª ed., Padova, 1991, p. 386; U. PIPIA, *Del fallimento*, Torino, 1932, p. 498; Pero *cfr.* la opinión de GAETANO: «Neppure ricorre il concetto di privilegio vero e proprio, in quei prelevamen-

ca que el desarrollo del procedimiento requiere la realización de una serie de gastos ineludibles para lograr la propia satisfacción de los acreedores. En cierto sentido, podría afirmarse que los acreedores no tienen derecho al producto de la ejecución de los bienes del deudor, sino *al producto de esa misma ejecución, una vez que los gastos hayan sido satisfechos* ⁶⁰.

En algunos casos, la continuación de la empresa del deudor exigirá la concesión de créditos por parte de terceros, y es evidente que los terceros no entrarían en ninguna relación jurídica con los órganos de un procedimiento concursal sin una mínima garantía de pago ⁶¹. Igualmente evidente es que los acreedores concursales no lograrían cobrar cantidad alguna si no estuvieran dispuestos a satisfacer primero el coste de la ejecución. Por ello, la prededucción tiene la función de asegurar a los órganos del concurso la obtención del crédito indispensable para el desarrollo del procedimiento concursal ⁶², lo que puede abarcar incluso la contratación de créditos necesarios para la continuación de la actividad económica del deudor mientras éste se halle en una situación concursal. Las deudas de la masa, en definitiva, representan el coste de la ejecución concursal ⁶³.

Obviamente, las deudas de la masa varían dependiendo del tipo de procedimiento concursal y de las modalidades que dichos procedimientos pueden adoptar, especialmente en cuanto a las soluciones a la situación de insolvencia del deudor. Desde el punto de vista funcional, la categoría de las deudas de la masa ha sido dividida doctrinalmente

ti che un partecipante ad una massa di beni in comune abbia diritto di compiere per spese fatte nell'interesse dell'intera massa, anziché dei singoli compartecipanti. E lo stesso è a dirsi per le spese di un'amministrazione comune, *poiché il credito relativo si acquista contro la massa stessa dei titolari, e quindi deve essere soddisfatto con precedenza ad ogni altro credito che riguardi i singoli aventi diritto* (si parla, in tal senso, di "prededuzione" di tali spese)» (G. P. GAETANO, voz «Privilegi (diritto civile e tributario)», cit., p. 963) [el subrayado es nuestro].

⁶⁰ Se trata del principio romano «*Bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*» (cfr. Paul. L. 39, 1 De Verb. Significat.); vid. G. BONELLI, *Del fallimento*, II, Milano, 1938, n. 682; G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, 2.^a ed., I, Torino, 1917, p. 170; A. CANDIAN, *Il processo di fallimento*, Padova, 1934, pp. 265 ss.; E. CUZZERI-A. CICU, *Del fallimento*, en *Cod. comm. commentato*, Torino, 1927, p. 539; se trata de una «tara del producto de la ejecución, que debe detraerse para determinar el importe neto disponible para los acreedores» (E. REDENTI, «Struttura del procedimento esecutivo per espropriazione e problemi di spese», en *Arch. giur.*, 1944, pp. 161 ss., p. 169). Por ello los acreedores participantes en el concurso tienen un interés primordial en la realización y pago de los créditos prededucibles, sin que pueda compartirse la idea de que la prededucción sea «sustancialmente, un crédito (...) frente a los acreedores participantes en el reparto del producto de la ejecución» (G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione. Parte generale*, cit., p. 291).

⁶¹ Vid. F. DEL VECCHIO, *Le spese e gli interessi nel fallimento*, 2.^a ed., Milano, 1988, p. 155.

⁶² Vid. DE MARTINO, *Commentario teorico-pratico alla legge fallimentare*, cit., p. 157.

⁶³ G. G. RUISI-A. JORIO-A. MAFFEI ALBERTI-G. U. TEDESCHI, *Il fallimento*, cit., I, p. 499. La justificación del tratamiento particular de estos créditos, pues, viene dada por la utilidad –aunque sea sólo potencial– que los créditos contra la masa reportan a todos los acreedores (G. ALESSI, *I debiti di massa...*, cit., p. 21).

(y en algunos Ordenamientos, incluso legalmente ⁶⁴) en dos tipos de créditos: gastos de la masa y créditos contra la masa *stricto sensu* ⁶⁵. Los gastos de la masa no son sino las deudas contraídas para el desarrollo del procedimiento concursal, y cuya satisfacción es condición necesaria para la realización de las operaciones que lleven a la obtención de activos líquidos para proceder al pago de los acreedores. Parece lógico que el Ordenamiento establezca la satisfacción previa de estos gastos, sin los cuales no sería posible el pago a los acreedores concursales.

Los créditos contra la masa *stricto sensu* son aquellos créditos contraídos por los órganos del procedimiento concursal para la administración del concurso o la continuación de la actividad de empresa del deudor ⁶⁶.

En esta clasificación de los créditos contra la masa no está presente ningún elemento temporal, como en cambio sucede en la distinción tradicional que ha visto los créditos contra la masa como una categoría de créditos caracterizados por su nacimiento *con posterioridad* a la apertura

⁶⁴ Es el caso del Derecho alemán: *vid.* §§ 57-59 KO, donde se contiene la distinción entre *Massekosten* y *Masseschulden* (*Vid.* J. KILGER-K. SCHMIDT, *Konkursordnung*, cit., pp. 306 ss.). En los sistemas anglosajones se utiliza la expresión *pre-preferential claims* para referirse a ambos tipos de créditos (F. ODITAH, «Assets and the Treatment of Claims in Insolvency», en *LQR*, 1992, pp. 459 ss., p. 467).

⁶⁵ Se trata de la clásica distinción entre *sumtus processus* y *sumtus aeconomicus* (L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 2.ª ed., I, Madrid, 1983, p. 773). V. una distinción *sui generis* entre gastos y obligaciones de la masa en R. SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales del patrimonio del insolvente*, Granada, 1995, pp. 336 ss.

La distinción entre gastos y deudas es meramente técnica, y carece de trascendencia jurídica en el Derecho español (al igual que en el Derecho italiano: *vid.* G. G. RUISI-A. JORIO-A. MAFFEI ALBERTI-G. U. TEDESCHI, *Il fallimento*, cit., I, p. 500; G. ALESSI, *I debiti di massa...*, cit., p. 11; *contra*, U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., I, pp. 726 ss.; y A. BONSIGNORI, *La liquidazione dell'attivo*, en *Comm. legge fall.*, Bologna-Roma, 1976, pp. 224 ss.). De manera totalmente diversa a la legislación alemana, la *legge fallimentare* no establece una graduación de los diversos tipos de créditos prededucibles (cfr. art. 111 l. f.). Por lo demás, dicha graduación se contradice, al menos conceptualmente, con la función de las deudas de la masa en el proceso, ya que, en la mayoría de los casos tal graduación parece innecesaria, pues todos los créditos prededucibles han de ser satisfechos. En caso de darse un problema de concurso entre los créditos contra la masa, existe la solución de aplicar las reglas generales de graduación de créditos (*Vid.* E. BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, cit., pp. 244 ss. (*vid.* A. CREMONINI, «Ammissibilità delle cause di prelazione nei crediti di prededuazione», en *Giur. Comm.*, 1982, II, p. 31; A. BONSIGNORI, *La liquidazione dell'attivo*, cit., p. 229). No es fácil entender por qué esas reglas tendrían que ser distintas en el caso de concurrencia de créditos prededucibles. Además, existe otro problema: si las deudas de la masa se van satisfaciendo a medida que vencen, no parece normal que se tenga que aplicar ningún criterio de graduación. Los problemas de la graduación de los créditos prededucibles pueden llegar a ser muy complejos: p. ej., ¿podría ser revocado el pago realizado a un acreedor contra la masa cuando, con posterioridad, se haga manifiesta la insuficiencia del patrimonio del deudor y no se hayan satisfecho créditos prededucibles situados en un puesto jerárquicamente superior? Se trata de cuestiones que carecen de solución pacífica en los Ordenamientos que han optado por una graduación de los créditos prededucibles.

⁶⁶ *Vid.* G. ALESSI, *I debiti di massa...*, cit., p. 10. Cfr. L. HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht*, cit., pp. 272 ss.; F. BAUR-R. STÜRNER, *Insolvenzrecht*, 3.ª ed., Heidelberg, 1991, p. 215.

ra del procedimiento concursal ⁶⁷. Por el contrario, existen créditos nacidos con posterioridad al inicio del procedimiento concursal que no son deudas de la masa (p. ej., créditos originados por actos ilícitos del quebrado ⁶⁸), y créditos contra la masa nacidos con anterioridad a la declaración de quiebra (los gastos judiciales del acreedor instante de la quiebra, p. ej.). El factor determinante no es el elemento temporal, sino la conexión funcional del crédito con el desarrollo del procedimiento y la satisfacción de los acreedores ⁶⁹. Obviamente, es necesaria la existencia de un procedimiento, pero no se sigue de ello que el procedimiento deba existir *antes* de que surja el crédito.

Durante un periodo histórico reciente, ha dominado en la regulación de los procedimientos concursales la preocupación por la continuidad de la empresa en crisis y por la conservación de los puestos de trabajo, lo que ha traído como consecuencia el aumento de importancia de la categoría de los créditos contra la masa. No obstante, el aumento del coste de los procedimientos, efecto de la expansión de los créditos prededucibles, ha provocado un menor grado de satisfacción de los créditos concursales. Ante tal situación, y ante la posibilidad cierta de que ciertos créditos concursales considerados de imprescindible satisfacción quedasen impagados, llegó a extenderse una técnica legislativa, de origen alemán ⁷⁰, y con

⁶⁷ V., p. ej., A. BRUNETTI, *Lezioni sul fallimento*, Padova, 1936, p. 257; *vid.* S. VAISSE, «La constitution de la masse», en R. RODIÈRE (dir.), *Faillites*, París, 1970, pp. 125 ss.

⁶⁸ *Vid.* E. CUZZERI-A. CICU, *Del fallimento*, cit., p. 408. Esto plantea el problema de la tutela de los acreedores por daños causados por el deudor con posterioridad a la apertura de un procedimiento concursal. Ciertamente, los créditos por responsabilidad civil, como ha de verse, se encuentran entre los más desprotegidos del ordenamiento jurídico, pero no deben solucionarse sus problemas de protección a través de la prededucción, sino a través de la institución de un derecho de preferencia o de técnicas ascurativas.

⁶⁹ Dicha conexión funcional es precisamente más evidente que en ningún caso cuando el crédito corresponde a los gastos de solicitud de la declaración de quiebra, ya que sin ellos el procedimiento ni siquiera existiría. *Vid.* J. M. GARRIDO, «El privilegio del acreedor instante de la quiebra», en *RDM*, 1992, pp. 799 ss. Esto plantea el problema de la existencia del privilegio de los «gastos de justicia y administración del concurso en interés común de los acreedores, hechos con la debida autorización o aprobación» (art. 1924.2.º, letra a, del CC). ¿A qué supuestos se refiere este privilegio? Sin perjuicio de tratar con más detalle esta cuestión en otro lugar, puede señalarse que algunos de los más destacados concursualistas españoles consideran que en esta norma subyace un error de perspectiva del legislador civil (*vid.* E. BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, cit., pp. 116 ss. y *passim*), ya que son las normas de carácter procesal las que regulan la prededucción de las deudas de la masa (arts. 1357 y 1230 LEC; art. 1073.3.º del C. de C. de 1829). Lo que hizo el legislador civil fue tomar la redacción de un privilegio general colocado en el primer lugar de la graduación de créditos en el proyecto de Código Civil de Florencio García Goyena (art. 1924), y situarlo fuera del primer lugar, eliminando de hecho la prededucción de los gastos del procedimiento. Por ello esta norma debe estimarse lógicamente incompatible con las disposiciones de la ley procesal para las deudas de la masa.

⁷⁰ *Vid.* J. KILGER, «Problematische Massechulden», en *NJW*, 1980, pp. 271 ss. La creación de deudas de la masa «impropias», «sintéticas», o «artificiales» se originó en Alemania con la Ley de 17 de julio de 1974 (*Gesetz über Konkursausfallgeld*), que intentó mejorar la posición jurídica de los créditos de los trabajadores. Posteriormente, el legislador alemán volvió a utilizar la misma técnica en relación con los seguros sociales (Ley de 23 de diciembre de 1976).

manifestaciones en otros países ⁷¹, consistente en la atribución de la prededucibilidad a créditos estrictamente concursales (sobre todo, créditos de los trabajadores de existencia previa a la declaración de concurso), que ha alterado profundamente la categoría dogmática de las deudas de la masa ⁷². En realidad, se trata de un uso *ad hoc* de la prededucibilidad por parte del legislador, que ha transformado una categoría de créditos cuyo régimen mira a garantizar el desarrollo del proceso y, en su caso, la continuación del ejercicio de la empresa, en un instrumento más de tutela del crédito, cuando la protección proporcionada por el derecho de preferencia se ha revelado insuficiente (se ha hablado, con relación a estos créditos, de créditos concursales superprivilegiados, o *superbevorrechtigte Konkursforderungen*) ⁷³. El efecto de esta perversión de la categoría de los créditos contra la masa tenía que causar daños al sistema de tutela del crédito de forma irremisible: la función de la prededución, consistente en avalar el desarrollo del proceso de liquidación o continuación de la empresa, resulta obstaculizada por la existencia de estos créditos «sintéticos» contra la masa, que se comportan como cuerpos extraños dentro de un sistema ya de por sí maltrecho. En efecto, la inmisión de un grupo de créditos que de ningún modo pueden ser clasificados como créditos contra la masa en el interior de esta categoría provoca una reducción de las posibilidades de financiación del procedimiento, que se inicia gravado ya por determinados créditos prededucibles; y además aumentan las probabilidades de que el producto de la ejecución concursal sea insuficiente incluso para satisfacer los créditos prededucibles, con lo que aparece «justificada» la necesidad de graduar entre sí los créditos contra la masa.

En cualquier caso, la creación de créditos artificiales de la masa pone en evidencia el «gigantismo» del principio de preferencia en la regulación de la tutela del crédito: no bastando con la existencia del privilegio como forma natural de tutela preferencial del crédito, se recurre a la categoría de los créditos contra la masa, que posee una naturaleza y función bien diversa, con el único fin de alcanzar el resultado de una protección superior para algunos créditos que se encontraban ya en lo alto de la escala graduatoria de los privilegios. Se trata de una muestra palmaria del fracaso del sistema de tutela del crédito, y de un aviso al jurista, prueba de que en este área del Derecho las categorías doctrina-

⁷¹ Esta técnica de origen alemán ha influido intensamente en el Derecho italiano. Asimismo, en España el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 introducía créditos «sintéticos» contra la masa. Así, a tenor del artículo 283.3.º del ALC de 1983, los salarios devengados a partir de los seis meses anteriores a la admisión a trámite de la solicitud del concurso debían gozar de la prededucibilidad. *Vid.* M. OLIVENCIA RUIZ, «El derecho concursal: modernas orientaciones y perspectivas de la reforma», en AA. VV., *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, pp. 315 ss., p. 350.

⁷² *Vid.* E. BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986, pp. 80 ss.

⁷³ *Vid.* J. KILGER, «Problematische Massechulden», cit., pp. 271 ss.; en ese sentido se trata de deudas de la masa «impropias» (*unechte*): *vid.* H. Hess, en H. HESS-B. KROPSHOFER, *Kommentar zur Konkursordnung*, cit., p. 531; L. HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht*, cit., pp. 277-278.

les han sido quebrantadas en más de una ocasión por ciertos legisladores, a quienes cabe achacar la equivocidad del concepto de crédito prededucible ⁷⁴.

En conclusión, la prededucibilidad de los créditos contra la masa, por su propia esencia y características intrínsecas, no constituye un instrumento idóneo para la realización de la tutela preferencial del crédito. La prededucción no es, en definitiva, una variedad del derecho de preferencia, sino como máximo, una situación afín a la preferencia, en el sentido más amplio del término ⁷⁵.

3. LAS CAUSAS TÍPICAS DE PREFERENCIA: LA DISTINCIÓN CLÁSICA ENTRE GARANTÍAS REALES Y PRIVILEGIOS

De acuerdo con el principio de legalidad, los derechos de preferencia se atribuyen a los créditos que reúnen las circunstancias previamente establecidas por la ley. Así, las causas de preferencia pueden ser definidas como el conjunto de circunstancias, de hecho o de derecho, necesarias para el nacimiento y reconocimiento de un derecho de preferencia. El requisito de la existencia de una serie de circunstancias definidas legalmente se manifiesta en el principio de tipicidad.

En numerosos sistemas jurídicos de tutela del crédito, se ha impuesto una distinción que puede calificarse como clásica: aquella que subdivide las causas de preferencia entre privilegios y garantías reales, aun reconociendo que dentro de esta bipartición existen modalidades técnicas diversas entre sí ⁷⁶. La diferencia fundamental entre garantías reales

⁷⁴ V., sobre este punto, P. F. CENSONI, «L'amministrazione straordinaria delle imprese armatoriali e i "debiti della massa"», en *Giur. comm.*, 1983, I, pp. 183 ss. V. también E. BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, cit., p. 61, que pone de manifiesto la fragmentación del concepto y la necesidad de distinguir entre deudas de la masa por esencia y deudas de la masa por declaración legal. V. también A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., p. 686.

⁷⁵ Es necesario tener presente en todo momento que la prededucción es un concepto diverso del de preferencia (M. LEMBO, «Privilegio, prelazione e prededuzione», cit., p. 147). Cfr., en cambio, A. DE MARTINI, «Concorso del credito del commissario di amministrazione controllata nel passivo del successivo fallimento», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, pp. 368 ss., p. 371, que sostiene que la prededucción es en realidad un supuesto de preferencia. Da lugar a dudas, asimismo, la definición de la prededucibilidad como «derecho de los acreedores de la masa de ser satisfechos con prioridad sobre todos los demás acreedores del quebrado» (G. ALESSI, *I debiti di massa...*, cit., p. 17), pues quizá debiera precisarse la naturaleza de esa «prioridad». Como máximo, la prededucción se podría definir como una «*situation privilégiée*» más que un verdadero «*privilège*» (vid. G. RIPERT-R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 9.^a ed., II, París, 1981, p. 794, n. 2960).

⁷⁶ Así, en el Código Civil francés, el artículo 2094 enumera las causas legítimas de preferencia: «les causes légitimes de préférence sont les privilèges et les hypothèques». De este modo, la *summa divisio* del derecho de la tutela preferencial del crédito separa a hipotecas y privilegios, aunque la doctrina ha criticado la inclusión de la prenda entre los privilegios, por lo que ha incorporado la prenda a la tipología. Por ello, se afirma que «prenda, hipoteca y privilegios forman la "trilogía clásica" del

y privilegios se halla en su origen, pues mientras los privilegios encuentran su origen directo en la ley, las garantías reales sólo son contempladas por la ley en términos genéricos, con lo cual, para que se produzca su nacimiento es necesario que exista un acuerdo entre acreedor y deudor y que se respeten los requisitos y formalidades previstos por la propia ley. La función de la ley es totalmente diversa en uno y otro caso, puesto que el privilegio surge con independencia de la voluntad de las partes unidas por la relación de crédito descrita legalmente, mientras que la garantía real es primordialmente una creación de los particulares, a la que la ley atribuye validez y eficacia cuando cumple las condiciones prescritas por ella.

No obstante, y a pesar de tratarse de una distinción que marca tan sólo el origen de la preferencia, es evidente que dicha diversidad de origen revela una profunda disparidad desde el punto de vista político-jurídico. Así, los privilegios son instrumentos utilizados por el legislador con la finalidad de favorecer a acreedores cuya protección se considera necesaria, especialmente en el caso de insolvencia del deudor. Los privilegios, son, por tanto, exponentes de la intervención del legislador en la economía, pues acrecientan la tutela de ciertos créditos con independencia de las medidas que tomen las propias partes de la relación crediticia. Desde esta perspectiva político-jurídica, las garantías reales se presentan de modo muy diverso, en tanto constituyen vías abiertas por el legislador para que las partes puedan atribuir el derecho de preferencia sin más trabas que el cumplimiento de los requisitos legales. En las garantías reales, el legislador reconoce un espacio notable a la autonomía privada como fuerza creadora de derechos de preferencia, para que de esa manera los particulares puedan proveer a sus necesidades de financiación.

En conclusión, la diferencia de origen entre garantías reales y privilegios se corresponde con una profunda diferencia funcional. No es extraño, en consecuencia, que la división entre garantías reales y privi-

derecho de la tutela preferencial del crédito» (vid. M. CABRILLAC-C. MOULY, *Droit des sûretés*, cit., p. 381). Paralelamente, el artículo 2.741 del del CC italiano enumera las «causas legítimas de preferencia» (*cause legittime di prelazione*), comprendiendo la hipoteca, la prenda y los privilegios. Este artículo del Código italiano tiene su antecedente en el Código Civil italiano de 1865 (art. 1.950: «Le cause legittime di prelazione sono i privilegi e le ipoteche»), directamente influido por el Código Civil francés (vid. I. LUZZATI, *Dei privilegi*, cit., p. 39). A pesar de que el Código Civil español no contiene ninguna norma parecida, es lo cierto que en el sistema del Código Civil, la preferencia puede darse, por tanto, en tres figuras básicas, la prenda, esencialmente mobiliaria, indisolublemente ligada a la desposesión del deudor, y dotada de publicidad de hecho; la hipoteca, esencialmente inmobiliaria, dotada de medidas de publicidad registral, cuyo rango viene dado por el tiempo de la inscripción; y el privilegio, mobiliario o inmobiliario, general o especial, a veces dotado de un limitado derecho de persecución, en ocasiones acompañado del derecho de retención, o incluso de medidas de publicidad (cfr. M. LEMBO, «Privilegio, prelazione e prededuzione», cit., p. 140). Al margen de esos tres tipos principales de causas de preferencia, existen algunas otras figuras, extraordinariamente peculiares, en el Código Civil español, como la preferencia de los créditos escriturarios o de los créditos sobre los que haya recaído sentencia firme, pero estas causas de preferencia han recibido una atención dogmática mínima.

legios cuente con una larga tradición en la ciencia jurídica ⁷⁷. Sin embargo, debe advertirse que la dicotomía «garantías reales-privilegios» no tiene una traducción legal en el Derecho español, y que, como habrá de apreciarse, esa división separa conceptos heterogéneos, ya que la noción de privilegio atiende sobre todo al origen legal del derecho de preferencia, mientras que la noción de garantía real se basa en la utilización del derecho real como expediente técnico para la protección del derecho de preferencia. Por ello, en la heterogeneidad de esa clásica dicotomía se halla el germen de su actual crisis, como se verá posteriormente.

3.1. EL CONCEPTO DE GARANTÍA REAL

En sentido genérico, las garantías constituyen manifestaciones de un fenómeno de reforzamiento negocial de la tutela del crédito cuyo objetivo común es el de hacer más probable la realización del mismo ⁷⁸. Todas las garantías se basan en el mismo expediente técnico, es decir, en la adición al crédito de un nuevo derecho subjetivo que se une al crédito para reforzar la seguridad de satisfacción de éste ⁷⁹.

⁷⁷ Cfr. A. DIMUNDO, «I privilegi nelle procedure concorsuali», en *Fallimento*, 1985, pp. 127 ss., p. 133.

⁷⁸ Como se ha dicho, «el concepto de garantía es difícilmente asible», aunque todas las garantías pueden reconducirse a la idea u objetivo general de «mejorar la suerte del acreedor» (G. MARTY-P. RAYNAUD-PH. JESTAZ, *Les sûretés*, cit., p. 1). Las garantías son medios para hacer más probable la satisfacción del crédito (C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 5), y en este sentido amplio del término «garantía» numerosas figuras de la práctica jurídica quedarían incluidas dentro del concepto (vid. M. AMORÓS GUARDIOLA, «La garantía patrimonial y sus formas», en *RGLJ*, 1972, pp. 561 ss., p. 561; E. ROCA TRÍAS, «Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía», en U. NIETO CAROL-J. I. BONET SÁNCHEZ (coords.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, I, Madrid, 1996, pp. 127 ss., p. 142). Sin duda, toda garantía, tanto en sentido estricto como amplio, se caracteriza por reforzar las probabilidades del acreedor de ser satisfecho (se trata de un «reforzamiento privado de la acción ejecutiva»: M. FRAGALI, voz «Garanzia e diritti di garanzia», en *Enc. del diritto*, XVIII, Milano, 1969, pp. 448 ss., pp. 453-455). «[La garanzia è] un rimedio che dà al creditore la sicurezza (relativa) di raggiungere il risultato, dedotto in obbligazione e al quale egli è interessato, o almeno un suo equivalente economico —anche quando venga meno la prestazione del debitore o malgrado la sua opposizione od inerzia— agendo sui beni di lui o di terzi oppure grazie all'attività di un terzo» (F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1989, p. 69). En cualquier caso, «no existe un concepto de garantía unívoco, técnico-jurídico» (H. SCHOLZ-H.-J. LWOWSKI, *Das Recht der Kreditsicherung*, 7.^a ed., Berlín, 1994, p. 33).

⁷⁹ Cfr. L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Las relaciones obligatorias, 4.^a ed., Madrid, 1993, p. 395; L. DÍEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, 7.^a ed., II, Madrid, 1995, p. 172; v. también P. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, «La responsabilidad patrimonial universal», en *Estudios A. Menéndez*, IV, Madrid, 1996, pp. 4843 ss., p. 4848: la diferencia, respecto del texto, es que estos autores hablan de «un nuevo derecho o una nueva facultad». Se hace difícil definir a la garantía como una nueva facultad, ya que una facultad es uno de los poderes que conforman un derecho, y en las garantías se produce algo más que la simple adición de una nueva facultad al derecho de crédito. Por tanto es preferible afirmar que se añade un nuevo derecho en todos los casos (cfr. E. ROCA TRÍAS, «Rasgos básicos...», cit., pp. 152-154). Las garantías son, en suma,

Este refuerzo puede producirse mediante la adición de un nuevo derecho de crédito, frente a un sujeto diverso, al derecho de crédito ya existente y cuya satisfacción se desea garantizar (*garantías personales*)⁸⁰. De este modo, al poder dirigirse el acreedor contra varios sujetos, aumentan las probabilidades de satisfacción del crédito, especialmente cuando los sujetos obligados son de gran solvencia. El derecho de crédito que se añade a la primitiva relación crediticia puede tener carácter subsidiario, en cuyo caso requiere la previa insolvencia del obligado principal para su ejercicio (fianza, o fianza simple); o puede, por el contrario, vincular al garante de manera directa (aval cambiario, fianza solidaria), o quizá incluso de manera autónoma (garantías a primera demanda)⁸¹.

En cualquiera de estos casos, surge un derecho a favor del acreedor que no debe confundirse con el derecho de crédito original, al que se superpone. Lo que importa destacar de las garantías personales es que en ninguna de ellas se da un fenómeno de preferencia, ya que el acreedor no adquiere un derecho ejercitable frente a otros acreedores, como sucede por definición en la preferencia, sino que adquiere un derecho de crédito contra un nuevo sujeto obligado, pero tal derecho no le confiere ninguna posición de superioridad frente a los acreedores del deudor original ni frente a los acreedores del garante. De ahí que las garantías personales, a pesar de reforzar la posición del acreedor, se sitúen fuera del campo de estudio de la tutela preferencial del derecho de crédito.

La otra gran vía de reforzamiento del crédito consiste en la atribución de un derecho de preferencia al acreedor, que satisface su crédito con precedencia sobre otros acreedores del deudor. Tradicionalmente, estos derechos de preferencia se identifican con las garantías reales⁸².

«derechos de carácter anexo y específicamente afectados a un crédito, tendentes a la satisfacción del acreedor» (G. MARTY-P. RAYNAUD-Ph. JESTAZ, *Les sûretés*, cit., p. 3).

⁸⁰ Véase una brillante y sencilla distinción entre garantías personales y reales en M. N. JOBARD-BACHELLIER, *Sûretés - Publicité foncière*, 10.ª ed., París, 1992, p. 3; asimismo *vid.* P. DE PACE, *Il pegno dei crediti*, Padova, 1939, p. 5. Sobre el concepto de «adicionalidad» en las garantías personales, *vid.* E. ROCA TRÍAS, «Rasgos básicos...», cit., pp. 150-151.

⁸¹ L. DIEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 172, describen las garantías personales como aquellas que «autorizan al acreedor para dirigirse contra un tercero a fin de que ejecute la prestación que satisface su interés». Debe entenderse que en esa autorización se halla implícito el contenido de un derecho, derecho que, por lo demás, suele presentar los caracteres de accesoriedad y subsidiariedad, al menos en la fianza clásica, pero conviene recordar que en la práctica moderna, tales rasgos comienzan a desdibujarse, especialmente por lo que se refiere al aval cambiario y a las garantías a primera demanda. *Vid.* L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 461 ss.; F. VICENT CHULIÁ, «Introducción al estudio de las garantías personales en el Ordenamiento español», en U. NIETO CAROL-J. I. BONET SÁNCHEZ (coords.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, I, Madrid, 1996, pp. 367 ss.; A. CARRASCO PERERA, «Las nuevas garantías personales: las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento», *ibid.*, pp. 623 ss.

⁸² En la existencia de la preferencia radica la diferencia básica entre garantías reales y garantías personales: *vid.* H. SCHOLZ-H.-J. LWOWSKI, *Das Recht der Kreditsicherung*, cit., p. 42; *cfr.* M. CABRILLAC-C. MOULY, *Droit des sûretés*, cit., pp. 376-378.

Las garantías reales constituyen causas de preferencia estructuradas de un modo complejo. No puede, por ello, formularse un concepto «simple» de la garantía real, puesto que en ésta se hallan presentes elementos de naturaleza jurídica totalmente diversa.

En primer lugar, las garantías reales constituyen causas de preferencia. De esta afirmación se deduce lógicamente que las garantías reales atribuyen al acreedor un derecho de preferencia, con las características antes mencionadas (accesoriedad, tipicidad, legalidad, relatividad). Suele indicarse que el rasgo de legalidad de las causas de preferencia está presente de una manera diversa en las garantías reales: ciertamente, puede afirmarse, como principio general, que la nota de legalidad está atemperada en las garantías reales⁸³. Ello se debe a la fundamental intervención de las partes en la atribución de garantías reales: las garantías reales se distinguen por su origen negocial, separándose así de los privilegios, que surgen automáticamente, *opera legis*. Efectivamente, es necesario que exista un acuerdo entre el deudor y el acreedor, o un acto unilateral del deudor, para que nazca la garantía real, aunque sea la ley la que reconoce los efectos de los actos de los particulares⁸⁴. Así, en las garantías reales es necesario que se produzca un hecho constitutivo, esto es, un crédito no nace necesariamente garantizado, sino que puede llegar a serlo⁸⁵. No obstante, la ley prevé las diversas modalidades de acuerdo que las partes pueden alcanzar, con sus correspondientes requisitos y efectos. De este modo, la ley marca los tipos posibles de garantías reales. Desde este punto de vista, también las garantías reales obedecen al principio de legalidad, lo que viene a reforzar la idea de un concepto unitario del derecho de preferencia.

La peculiaridad de las garantías reales aparece al considerar su objeto y estructura: en las garantías reales, el derecho de preferencia queda restringido al producto de la ejecución de un bien o varios bienes determinados del patrimonio del deudor (*principio de especialidad*). En este sentido, el principio de especialidad de las garantías reales suponen una evidente limitación a los efectos del derecho de preferencia, que puede hacerse valer frente a otros acreedores exclusivamente en relación con el producto de la venta de un determinado bien.

⁸³ Sin embargo, téngase en cuenta la existencia de garantías reales de origen legal (especialmente, las hipotecas legales): v. *infra*, II, 3.3.

⁸⁴ Sobre el contrato como fundamento de las garantías reales, vid. C. MAIORCA, *Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*, Milano, 1938, p. 20. A pesar de que la convención constituye el supuesto general, las garantías reales pueden constituirse también por acto unilateral del deudor (vid. M. ALBALADEJO, «La hipoteca unilateral», en *ADC*, 1950, pp. 61 ss.). Respecto a la atenuación de la nota de legalidad, es preciso resaltar que, aunque es obvio que las garantías encuentran su fuente última en la ley (S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 59), es igualmente cierto que la legalidad de las garantías reales se halla atemperada por la inserción de un momento de autonomía privada en su creación. Por ello, con razón habla Roca Trías de «control de legalidad» de las garantías (E. ROCA TRÍAS, «Rasgos básicos...», cit., pp. 154-156). También aprecia distintas modalidades de actuación en el principio de legalidad L. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 397.

⁸⁵ D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, 6.^a ed., II, Torino, 1962, p. 139, aprecia en este dato una de las diferencias importantes entre garantías y privilegios.

La limitación del objeto del derecho de preferencia al producto de la ejecución de un bien determinado entraña serios riesgos para el acreedor: la posición de éste resulta, en principio, extraordinariamente vulnerable a las alteraciones que puedan producirse en el bien objeto de la preferencia (destrucción, enajenación, etc.). En las garantías reales, como puede apreciarse, existe un interés evidente del acreedor a que el bien del deudor no se sustraiga al futuro –y potencial– ejercicio de la preferencia⁸⁶. Sin embargo, los riesgos derivados de la limitación del derecho de preferencia se reducen mediante la concesión al acreedor de un derecho real sobre el bien objeto de la garantía⁸⁷. Gracias a ese derecho real, el acreedor protege su derecho de preferencia de doble manera: por un lado, el derecho real confiere al acreedor las facultades de intervención necesarias para asegurarse la integridad material del bien objeto de garantía. Pero además, gracias al derecho real puede el acreedor ejercitar la preferencia sobre el producto de la ejecución de la cosa incluso cuando la misma haya sido transmitida a otro sujeto distinto del deudor, evitando así que desaparezca el derecho de preferencia cuando se produce la enajenación del bien objeto de la garantía.

Por lo tanto, la garantía real constituye una institución jurídica compleja, en la que confluyen un derecho de preferencia y un derecho real⁸⁸. El crédito resulta reforzado por el derecho de preferencia, cuya conservación se asegura gracias al derecho real.

El análisis revela que el derecho real que contienen las garantías reales no debe ser confundido con el derecho de preferencia que estas mismas garantías confieren. El derecho real se presenta en relación de

⁸⁶ Vid. G. GORLA, *Pegno-ipoteca*, cit., p. 251.

⁸⁷ La mayoría de la doctrina se centra, de modo casi exclusivo, en la existencia de ese derecho real para definir las garantías reales: «uno o más bienes quedan expresamente afectados al pago de una deuda, para que su valor se destine a la extinción de ésta» (J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, III, 3, cit., p. 5); así, las garantías reales: «conceden al acreedor el poder de dirigirse contra cosas concretas y específicas» «realizando por los procedimientos legalmente establecidos su valor a fin de satisfacerse con lo obtenido en caso de incumplimiento por el deudor (prenda e hipoteca) o con los frutos o con aquella realización (anticresis) y son oponibles erga omnes, es decir, cualquiera que sea el titular de la cosa después de constituida la garantía, está sujeto a la acción del acreedor» (L. DíEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 172). Del mismo modo, Albaladejo, siguiendo a Ferrandis (J. FERRANDIS VILELLA, «Introducción...», cit., pp. 37 ss., p. 50, que habla de «concrección del poder de agresión del acreedor») define las garantías reales como «un poder directo e inmediato sobre una cosa ajena, poder que faculta a su titular para, si la obligación se incumple, promover la enajenación y hacerse pago con su precio» (M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, III, *Derecho de bienes*. Vol. 2.º, 5.ª ed., Barcelona, 1983, p. 221).

⁸⁸ No es posible negar la «realidad» de las garantías reales, a pesar de la polémica histórica que ha existido en torno a la existencia de un derecho real en la hipoteca. Los datos legales (v. arts. 2 y 104 LH; art. 1876 CC) fundamentan la calificación de la hipoteca como un derecho real. Así, en la definición de Roca Sastre, la hipoteca es un «derecho real de vinculación y realización del valor en función de garantía del cumplimiento de una obligación dineraria de carácter accesorio y indivisible, de constitución registral, que recae directamente sobre bienes inmuebles, ajenos, enajenables y que permanecen en la posesión del propietario» (R. M.ª ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, 5.ª ed., IV,

dependencia respecto del derecho de preferencia⁸⁹, en primer término, y respecto del derecho de crédito, en segundo lugar, toda vez que ese derecho real despliega una pluralidad de efectos cuya función común se

Barcelona, 1954, pp. 6-7; cfr. R. M.^a ROCA SASTRE-L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, 7.^a ed., IV, Barcelona, 1979, pp. 202 ss. En el mismo sentido, N. DITASO, *Natura giuridica dell'ipoteca*, Milano, 1953, pp. 84 ss., esp. p. 141; A. RAVAZZONI, *L'ipoteca*, cit., p. 9; P. DE LISE-L. COSSU, *Delle ipoteche*, cit., p. 435; A. GORDILLO CAÑAS, voz «Hipoteca», en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, II, Madrid, 1995, pp. 3313 ss.; v. también R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, *La hipoteca (Génesis de su estructura y función)*, Madrid, 1980, pp. 283 ss.). No parece dudoso que la hipoteca constituya un derecho real, una vez superados los excesos de la doctrina procesalista. Véase una excelente revisión sumaria de las teorías sobre la hipoteca en J. B. VALLET DE GOYTISOLO, «Observaciones sobre la naturaleza real de la hipoteca», en *Estudios sobre garantías reales*, 2.^a ed., Madrid, 1984, pp. 11 ss. Resulta pacífica la afirmación según la cual tanto en la prenda como en la hipoteca existe un derecho real (v., p. ej., M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, III, vol. 2.^o, cit., p. 224; V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios*, XXIII, cit., pp. 570 y 601; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., II, vol. 2.^o, p. 443), una vez superada una polémica que puede considerarse histórica. Sobre la polémica en torno a la naturaleza real de las garantías, en especial la hipoteca, vid. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, Padova, 1928, n. 38, que define las garantías reales como situaciones de carácter procesal. El obstáculo a la teoría de Carnelutti, ha sido, fundamentalmente, la necesidad de que exista un derecho material para que pueda existir un peculiar régimen procesal. También parece heterodoxa la posición de Gorla, que, rechazando la opinión de Carnelutti, señala no obstante que la prenda es la síntesis de dos elementos distintos: el poder de embargo reforzado y el privilegio, evitando calificar la prenda como un derecho real (G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione, Parte generale*, cit., pp. 87 y 92); pero la especial sujeción de la cosa gravada a la acción ejecutiva del acreedor puede solamente explicarse mediante el concepto de realidad (C. VARELLI, «Contributo alla teoria dei diritti reali di garanzia», en *Ann. Dir. Comp. Stud. Legisl.*, XXXIV, 1960, pp. 197 ss., *passim*, que rechaza también la teoría de la enajenación del valor formulada por CHIRONI (G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, cit., pp. 49 ss); v. también A. MONTEL, «Introduzione allo studio dei diritti reali di garanzia», en *Riv. Ip.*, 1963-1964, pp. 1 ss., A. VERSO, «L'ipoteca in generale con particolare riferimento a quella legale ex articolo 26 della legge 7 de enero de 1929, n. 4», en *Tributi*, 1979, pp. 79 ss.; P. BOERO, *Le ipoteche*, cit., p. 43; y especialmente C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., pp. 10-14, que sostiene que se debería hablar de «derechos reales de garantía» y que de todos modos considera que se trata de una cuestión meramente terminológica. Sobre el carácter real de estas garantías, v. también A. MONTEL, «Sulla natura giuridica del pegno e dell'ipoteca», en *Foro it.*, 1937, IV, c. 225. No obstante, los problemas ocasionados por la configuración de la hipoteca como derecho real se debieron, en gran medida, al intento de explicar el derecho de preferencia de la hipoteca como una consecuencia del derecho real, cuando en realidad se trata de dos derechos distintos. De todos modos, es evidente que los derechos reales de garantía son de una naturaleza diversa de los demás derechos reales: incluso en el Derecho alemán, que está construido sobre el principio de preferencia derivado de las situaciones jurídico reales, se discute que pueda atribuirse la calificación de derechos o pretensiones reales (*dinglichen Ansprüchen*) a las garantías reales, ya que éstas no se resuelven en un derecho que se manifieste duraderamente sobre el bien, sino que se dirige a la satisfacción del crédito mediante la ejecución del objeto (se trata, por tanto, de «*Ansprüche auf Befriedigung aus einem Gegenstand*»: v., por todos, D. MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 17.^a ed., Köln-Berlín-Bonn-München, 1996, p. 311).

⁸⁹ La doctrina italiana ha destacado la supremacía del derecho de preferencia en las garantías reales, cuya importancia es muy superior a la del propio derecho real: vid. L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, p. 2: «La garantía sustancialmente realiza una prelación»; D. RUBINO, *Il pegno*, 2.^a ed., en *Trattato*

encuentra en la protección del crédito y la preferencia⁹⁰. Queda claro, por tanto, que el derecho real no es sino el medio del que se sirve la ley para proteger el otro derecho conferido al acreedor, el derecho de preferencia. La naturaleza instrumental del derecho real contenido en este tipo de garantías tiene destacables consecuencias. Importa destacar que el derecho a satisfacerse con preferencia frente a otros acreedores no es una mera consecuencia de la existencia de un derecho real⁹¹, sino de un derecho de preferencia, cuya eficacia es protegida por el derecho real⁹².

Vassalli, XIV, I, Torino, 1954, p. 282: «una prenda sin preferencia no parece admisible»; *vid.* F. REALMONTE, *Il pegno*, en *Trattato dir. priv. dir.* P. Rescigno, 19, Torino, 1985, pp. 661 ss). [la hipoteca se traduce en el] «derecho de preferencia sobre el precio que cualquier acreedor obtenga en la venta del bien hipotecado» (E. PROTETTI, *L'ipoteca nella giurisprudenza*, Padova, 1971, p. 19). En definitiva, la garantía se resuelve en la «atribución de un poder de disposición preferencial del valor pecuniario de la cosa, siempre que el derecho de crédito, que con ella se ha querido garantizar, no sea satisfecho por el acreedor» (P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 3.^a ed., Milano, 1977, p. 110).

⁹⁰ El derecho real consiste en el medio más eficaz de tutela de la preferencia derivada de las garantías reales. Existen, sin duda, otros medios que coadyuvan a la tutela del crédito y de la preferencia, como la acción subrogatoria, la acción revocatoria y el embargo preventivo, cuya función es la de dar al acreedor una tutela preventiva de su derecho, asegurándole la posibilidad de actuar en concreto la responsabilidad patrimonial del deudor (N. DISTASO, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Torino, 1973, p. 4). Sin embargo, la evolución del Derecho demuestra como uno de los pasos más importantes hacia la mayor eficacia de la tutela del derecho de crédito ha consistido en «dotar de eficacia absoluta a los derechos relativos» (J. FERRANDIS VILELLA, «Introducción ...», *cit.*, p. 38), lo que se ha conseguido mediante la construcción de las garantías reales.

⁹¹ Para la mayoría de la doctrina, sin embargo, la preferencia de las garantías reales no es más que un mero reflejo de la existencia de un derecho real. Así, Rigaud subrayó que la característica natural del derecho real era la preferencia frente a todos los sujetos que ostentan un derecho de crédito, y a todos los que tengan un derecho real posterior (el derecho real «excluye a todos los que sólo tienen un derecho de crédito y a todos los que tienen un derecho real de fecha posterior», de manera que «el que tiene un derecho real cualquiera (...) no tiene nada que temer de los acreedores, anteriores o posteriores, del constituyente, ni de las personas a las cuáles aquel hubiese posteriormente consentido enajenaciones o constituciones de derechos reales» (L. RIGAUD, *El derecho real*, Madrid, 1928 (trad. J. R. Xirau), p. 88; *cfr.* C. VARELLI, «Contributo alla teoria dei diritti reali di garanzia», *cit.*, p. 208, para quien la preferencia es «el indicio más sobresaliente de la absolutividad» propia de los derechos reales; *vid.* J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, 1962, p. 147; J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, II, Madrid, 1993, pp. 552 ss. M.^a R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, voz «Privilegio», *cit.*, p. 5126, que afirma que la preferencia de la prenda «proviene del derecho real»; en sentido similar, J. DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, *cit.*, I, p. 174, que concibe el derecho de preferencia como un efecto reflejo de la eficacia absoluta del derecho real. También Lalaguna hace derivar la preferencia hipotecaria de la existencia de un derecho real (E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «Los créditos hipotecarios», en *RDN*, 1974, pp. 109 ss., pp. 131-132; *id.*, «El derecho real de hipoteca y su conexión con el crédito garantizado», en U. NIETO CAROL (coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, II.2, Madrid, 1996, pp. 19 ss., p. 40).

⁹² Como escribe AYNÈS, «L'attribution d'un droit réel est donc devenue purement technique et artificielle» (L. AYNÈS, *Les sûretés*, *cit.*, p. 136). En las garantías reales, el derecho real se concibe como derecho de persecución, cuya misión no es otra que la de proteger el otro derecho conferido por la garantía, esto es, el derecho de preferencia (*cfr.* E. ROPPO, *Manuale di diritto civile*, Milano, 1983, p. 178). En efecto, no existe otra relación entre preferencia y derecho real que la meramente instrumental. *Vid.* A. MONTEL, «Appunti en tema di garanzia reale», *cit.*, p. 96; L. COVIELLO, *Delle ipoteche*, Napoli, 1928, p. 9; y sobre todo F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 8.^a ed., II, 2, Milano, 1950, pp. 75 ss. *Cfr.* I. LUZZATI, *Dei privilegi e delle ipoteche*, *cit.*, I, p. 603; en la doctrina

Como se ha señalado, el derecho real y el derecho de preferencia forman un complejo unitario que se añade a la relación crediticia garantizada⁹³. Mediante la instrumentalización del derecho real, se llega al resultado de protección de la preferencia en la que se resuelve la garantía real. En este sentido, el derecho real que acompaña a las garantías reales se encuentra en perfecta simbiosis con el derecho de preferencia, formándose entre uno y otro un conjunto armónico⁹⁴. Así, como regla general, puede afirmarse que las garantías reales se basan en la especificación de un bien en el patrimonio del deudor sobre el que el acreedor adquiere puede satisfacer su crédito de manera preferente⁹⁵. A una relación crediticia ordinaria se añade un conjunto orgánico formado por un derecho de preferencia y un derecho real accesorio, cuya función es la de proteger ese derecho de preferencia⁹⁶.

española ha destacado el valor instrumental del derecho real respecto del derecho de preferencia M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., p. 67. También Lacruz distingue entre preferencia y derecho real: vid. J. L. LACRUZ BERDEJO, «Sobre los privilegios del salario y en particular el “superprivilegio” del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores», en *Estudios de Derecho privado, común y foral*, II, Zaragoza, 1992, pp. 247 ss., p. 251. Por ello podía afirmar Carnelutti que en el derecho de preferencia es donde la naturaleza real de la hipoteca es más difícil de demostrar (vid. F. CARNELUTTI, «Natura giuridica dell'ipoteca», en *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, pp. 3 ss.), puesto que el derecho real y el derecho de preferencia son dos derechos diversos, sin que uno derive del otro. Además, es muy dudoso que el derecho de preferencia sea «el complemento del derecho real» (así, V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios*, XXIII, cit., p. 453), sino que parece más bien que el derecho real es el complemento del derecho de preferencia.

⁹³ Si se examina cualquier garantía real se observa cómo en ellas existe un complejo jurídico unitario desde el punto de vista funcional, formado por la acción ejecutiva, el derecho de persecución y el derecho de preferencia, definido este último como el derecho de satisfacerse sobre la cosa con prioridad sobre los demás acreedores: vid. D. RUBINO, *Il pegno*, cit., pp. 182 y 185; F. VASSALLI, *Tutela dei diritti*, U. Bologna, s. d., p. 142; cfr. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., II, vol. 2.º, p. 465; R. M. Roca Sastre, *Derecho hipotecario*, cit., IV, 1.º, pp. 190 ss.

⁹⁴ De todas maneras, parece posible, en principio, la existencia de una garantía real que no confiera un derecho de preferencia, sino que solamente confiera una sujeción especial del bien a la acción ejecutiva del acreedor y el *ius persequendi*; no obstante, la utilidad de una garantía de este tipo parece demasiado limitada (aunque superior, quizá, a la de un simple derecho de retención). Vid. L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 758; L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, cit., pp. 141 ss.; ID., *Responsabilità patrimoniale*, en *Commentario del CC dir.* por P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 27; E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, pp. 94 ss. La autonomía del derecho de preferencia y del derecho real atribuido al acreedor para la protección de ese derecho se aprecia con meridiana claridad en la existencia de negocios jurídicos de disposición del rango en la hipoteca (v., certeramente, M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., p. 36), ya que el acreedor no pierde su derecho real, que sigue intacto, y sin embargo varía su derecho de preferencia al acordar, p. ej., la posesión de su rango hipotecario.

⁹⁵ De acuerdo con esta definición, las garantías son «medios destinados a reforzar la responsabilidad patrimonial, mediante la individualización del objeto» (R. NICOLO', *Della responsabilità patrimoniale*, cit., p. 4). Las garantías reales producen «una destinación preferente de determinados bienes a la ejecución» (cfr. F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 71).

⁹⁶ Por ello, no debe extrañar que no se dé «ningún caso en que exista derecho de persecución sin derecho de preferencia» (J. FERRANDIS VILELLA, «Introducción...», cit., p. 48). Ello no es en absoluto sorprendente si se tiene en cuenta que el derecho de persecución es en realidad, el accesorio del derecho de preferencia, el elemento que coadyuva a la protección de éste. No existe ningún problema para admitir que una relación real sea accesoria respecto de una relación obligatoria (vid. P. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *La obligación (Concepto, estructura y fuentes)*, Madrid, 1989, p. 25).

Conviene insistir en la necesidad de deslindar conceptualmente el derecho real contenido en las garantías reales y el derecho personal que representa la preferencia ⁹⁷. Sin duda, el derecho real colora la garantía real y le da un carácter de absolutividad e inmediatez propio de las relaciones jurídico-reales; pero la absolutividad debe entenderse como oponibilidad de la existencia de la garantía a los terceros ⁹⁸, no como oponibilidad de la preferencia, que no pierde su carácter básico de relatividad ⁹⁹. En concreto, es necesario evitar la errónea tendencia a extender el carácter absoluto de los derechos reales al derecho de preferencia. Ciertamente, en los derechos reales existe una tendencia a la absolutividad que se manifiesta en una obligación de respeto por parte de todos los sujetos. Es claro que en toda garantía real existe una obligación *erga omnes* que se refiere al derecho real contenido en ella, pero no al derecho de preferencia que la misma confiere. En consecuencia, todos los sujetos, incluso aquellos que no guardan relación alguna con el deudor, deben respetar la existencia del derecho real contenido en la garantía, pero esto no significa que todos los acreedores concurrentes en la ejecución del bien deban respetar el derecho de preferencia del

⁹⁷ La idea de que la preferencia de las garantías reales procede del derecho real que éstas incorporan no ayuda en absoluto a la comprensión del sistema de tutela del crédito. En efecto, esa visión hace extensiva al derecho de preferencia la absolutividad de los derechos reales, y la consiguiente proclamación del principio de prioridad temporal como criterio básico para la resolución de conflictos entre los acreedores (así, J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, II, cit., p. 556, sostiene que el sistema de tutela del crédito se apoya en dos principios fundamentales, prioridad temporal y *par condicio*, y que los privilegios constituyen excepciones a uno y otro principio). Sin embargo, y dejando aparte los Ordenamientos que han llevado la absolutividad de los derechos reales hasta sus consecuencias últimas (entre los que destaca el Derecho alemán), esta interpretación del sistema de tutela del crédito no puede explicar la existencia de privilegios que priman sobre las garantías reales, ni la existencia de otros principios de ordenación de los créditos (como el de prioridad temporal inversa), e incluso ha inducido a alguna solución interpretativa extremadamente polémica: la doctrina ha llegado al extremo de «inventar» un derecho de preferencia que no existe en la ley, como es el del crédito anticrético (v., al respecto, A. SANZ FERNÁNDEZ, «El derecho de preferencia en la anticresis», en *RDP*, 1943, pp. 223 ss., p. 229; L. GARCÍA GRANERO, «Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de anticresis», en *RCDI*, 1945, pp. 470 ss.). Esta creación «doctrinal» de un derecho de preferencia ha sido justamente criticada por M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., pp. 145-146. Por ello, resulta más lógico construir el principio de preferencia como un concepto unitario, dentro del que coexisten varias modalidades, jerarquizadas legalmente con arreglo a varios principios, uno de los cuales viene dado por la prioridad temporal. Sólo la ley atribuye a unos créditos la preferencia sobre otros, con independencia de la existencia o inexistencia de un derecho real.

⁹⁸ Así, la absolutividad del derecho real sirve para oponer la situación jurídica de vinculación del bien a los terceros, protegiendo así al titular de la situación jurídico-real frente a los terceros (*Drittschutz*: v. H. DIMOPOULOS-VOSIKIS, «Zum Problem der dinglicher Pflicht», en *AcP*, 1967, pp. 515 ss., p. 521). Como se ha dicho anteriormente, esa oponibilidad incluye la ejecución del bien objeto de la garantía a pesar de que su poseedor sea un tercero. Sobre la discutida naturaleza jurídica de la situación del tercer poseedor respecto al crédito hipotecario, vid. R. M.^a ROCA SASTRE-L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, cit., IV-1.º, pp. 252-255.

⁹⁹ Vid. A. MONTEL, «Appuntini in tema di garanzia reale», en *Dir. prat. comm.*, 1942, I, p. 87.

acreedor garantizado, ya que este derecho, por su naturaleza personal y relativa, no obligará a los acreedores que disfruten de derechos de preferencia superiores a los del propio acreedor garantizado. Es decir, la absolutividad del derecho real no se extiende al derecho de preferencia, y es por ello perfectamente posible que exista un derecho de preferencia de otro tipo, como un privilegio, que atribuya un derecho de preferencia superior al que confiera una determinada garantía real. No existe, por tanto, un principio apriorístico por el que los créditos protegidos por garantías reales deban recibir un tratamiento de preferencia absoluta frente a todos los demás derechos de crédito ¹⁰⁰. El empleo de la técnica del derecho real como protección del derecho de preferencia no cualifica el principio de relatividad, ya que el Ordenamiento jurídico establece una escala de valoración de los diversos créditos, sin excluir de ella a los créditos provistos de garantías reales ¹⁰¹.

La hipoteca y la prenda reguladas en el sistema del Código Civil obedecen a los principios del Derecho patrimonial de la codificación, que buscó la eliminación de las garantías generales y ocultas. Ambas garantías, por tanto, tienen en común el principio de la especialidad ¹⁰², a tenor del cual es preciso determinar cuál es el bien o bienes sobre cuyo valor ejercita el acreedor su derecho de preferencia. El principio de especialidad no es consecuencia directa de la adopción de la técnica del derecho real para proteger la preferencia, sino a la inversa: como se ha indicado ya, cuando la ley atribuye un derecho de preferencia referido al producto de la ejecución de un objeto determinado se convierte en necesario el recurso al derecho real para asegurar que tal derecho de preferencia no sea vulnerable a las transmisiones patrimoniales realizadas por el deudor. Para ello se utiliza la técnica de protección consistente en la adición de un derecho real –que, por definición, debe siempre tener un objeto determinado– para sujetar el bien al que se refiere la preferencia al poder de agresión del acreedor, que queda

¹⁰⁰ Ciertamente, la supremacía de otros acreedores sobre los acreedores con garantías reales no suele producirse, *pero no por razones jurídicas, sino por razones económicas y prácticas*: si la preferencia se reduce al producto de la ejecución de un solo bien en el patrimonio del deudor, parece lógico que dicho derecho de preferencia sea protegido de una manera más intensa que un derecho de preferencia referido al producto de todos los bienes existentes en el patrimonio del deudor, como un privilegio general.

¹⁰¹ CICCARELLO sostiene que «el crédito [con garantías reales] no se coloca inmediatamente en términos dialécticos de confrontación con otros créditos... La relación está más cualificada por la realidad que por la relatividad»; pero anteriormente el autor subraya: «La relatividad ... es un genérico presupuesto lógico de toda forma particular de garantía, en las que se tutela un crédito con preferencia sobre otros» (S. CICCARELLO, *Privilegio del crédito...*, cit., p. 32).

¹⁰² Sobre el principio de especialidad, como uno de los fundamentos de la regulación de los derechos reales, *vid.* H. J. WIELING, *Sachenrecht*, 2.^a ed., Berlín-Heidelberg, 1994, p. 8; v. también K. H. SCHWAB-H. PRÜTTING, *Sachenrecht*, cit., pp. 9-11; y J. F. BAUR-R. STÜRNER, *Lehrbuch des Sachenrechts*, cit., p. 31, que se refieren a este principio también como «principio de determinación (*Bestimmtheitsgrundsatz*)».

insensibilizado frente a las posibles transmisiones del bien. Por tanto, el derecho de preferencia que confieren estas garantías reales es *especial*, referido a un bien o varios bienes determinados. Como consecuencia del principio de especialidad, se afirma también el denominado principio de indivisibilidad, en virtud del cual la existencia de la garantía no se ve afectada por la división del objeto o la división del crédito; al contrario, la garantía real continua vinculando íntegramente el bien objeto de la misma y beneficiando a la totalidad del crédito (art. 1860 del CC; arts. 122 y 123 de la LH) ¹⁰³.

La atribución de un derecho de preferencia al acreedor que dispone de una garantía real, así como la existencia de un derecho real que puede afectar a terceros adquirentes de los bienes, justifican el establecimiento de requisitos formales específicos para la válida constitución y oponibilidad de las garantías reales. Puede hablarse, por tanto, de un principio de *formalidad* en la regulación de las garantías reales ¹⁰⁴.

Los requisitos formales actúan como complemento del principio de *publicidad*, básico para la caracterización de las garantías reales a partir de la codificación. Se afirma que ese principio informa la regulación de

¹⁰³ El principio aparece resumido en la formulación latina «*hypotheca est tota in toto et in qualibet parte*»; vid. A. RAVAZZONI, *L'ipoteca*, en *Trattato dir. priv.*, dir. P. Rescigno, 20, Torino, 1985, p. 13; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, III, 3, cit., p. 62; M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, III, vol. 2.º, cit., p. 225; cfr. J. A. DORAL, *La fase de seguridad en la hipoteca*, Pamplona, 1967, pp. 367 ss., según el cual, «con el íntegro derecho de garantía, recayendo sobre la cosa entera, se asegura toda la obligación garantizada, hasta su cumplimiento completo»; vid. M. CABRILLAC-C. MOULY, *Droit des sûretés*, cit., p. 393. Sobre la indivisibilidad de la prenda y la hipoteca, vid. G. GORLA, *Pegno-ipoteca*, cit., pp. 344 ss.; V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios*, XXIII, cit., p. 463.

¹⁰⁴ Las formalidades son distintas según el tipo de garantía de que se trate, pero todas las garantías reales requieren, como mínimo, su constancia en escritura pública o documento intervenido por fedatario público. Sobre el requisito de la formalidad de las garantías reales, vid. L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, cit., pp. 141-142. Ciertamente, en el Derecho español lo único que se exige que conste en escritura pública, respecto de la prenda, es la fecha de constitución (art. 1865 del CC), pero resultará extraño que lo único que conste en escritura pública sea la fecha y que no exista ninguna referencia al objeto de la prenda o al crédito garantizado (cfr. V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios*, XXIII, cit., p. 519). La doctrina añade que que el requisito de la escritura pública no es imprescindible para la constitución de la prenda, ya que «el instrumento público sólo hace falta para que la fecha pueda prevalecer frente a terceros» (J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, III, 3, cit., p. 32). No obstante, la polémica sobre si los requisitos de creación de las garantías reales son constitutivos o son simples condiciones de oponibilidad a terceros no tiene sentido respecto del derecho de preferencia, ya que este derecho se ejercita siempre frente a terceros: como escribe gráficamente AYNÈS, «une hypothèque inopposable aux tiers est un fantôme d'hypothèque» (L. AYNÈS, *Les sûretés*, cit., p. 235). Una vez que se ha definido el derecho de preferencia como un derecho que se ejerce contra otros acreedores del deudor, está claro que una prenda sin eficacia frente a terceros tiene una utilidad muy limitada, y desde luego no proporciona a su titular el derecho de preferencia. Sea como fuere, la importancia de la constancia de la fecha de constitución de la garantía real se explica por el empleo que la ley hace del criterio de graduación temporal respecto de estas garantías (a pesar de que el Código Civil español no prevé el conflicto de varias prendas sobre el mismo bien: cfr. arts. 2074 y 1328 del Code Civil francés: vid. L. AYNÈS, *Les sûretés*, cit., p. 173). De hecho, los riesgos de antedatación de las escrituras privadas explican gran parte de los requisitos formales exigidos en la constitución de garantías reales (así, H. SCHOLZ-H. J. LWOWSKI, *Das Recht der Kreditsicherung*, cit., p. 107).

todas las garantías reales, cuyo objetivo es el de advertir a los acreedores, así como a los terceros en general, sobre la existencia de gravámenes y causas de preferencia sobre los bienes del deudor ¹⁰⁵. No obstante, y a pesar del énfasis que los tratadistas del Derecho civil han puesto en el principio de publicidad desde la promulgación de las primeras leyes hipotecarias y la codificación civil, ha de resaltarse que la prenda, como garantía real que pertenece a épocas históricas muy anteriores al liberalismo codificador, presenta una regulación totalmente ajena al principio de publicidad, por grande que haya sido el empeño de la doctrina en integrarla en el nuevo sistema.

La consideración del principio de publicidad conduce directamente a la tipología de las garantías reales, ya que en el diverso modo en el que se concibe la publicidad se encuentra, aparentemente, la explicación de la diferencia entre los tipos de garantías reales del sistema codificado. Así, la ley tipifica dos modalidades principales de garantía real, la hipoteca y la prenda, cuya diferencia básica se encuentra en la existencia e inexistencia, respectivamente, de un sistema de publicidad registral de la garantía ¹⁰⁶. A partir de la codificación y de la aparición de las leyes hipotecarias, la mayoría de los Ordenamientos, incluido el español, han evolucionado hacia una creciente importancia del principio de publicidad registral, que se ha extendido a nuevas garantías sobre bienes muebles.

3.1.2 Las garantías reales y el derecho de retención

Es necesario establecer las diferencias entre las garantías reales y una institución en cierto modo afín, como el derecho de retención. En efecto, el derecho de retención, a pesar de constituir un medio de tutela del crédito, carece de los elementos básicos y caracterizadores de las garantías reales. Ciertamente, existen algunos rasgos comunes a las garantías reales y al derecho de retención, hasta el punto de que es posible afirmar que el derecho de retención constituye, en sentido amplio, una modalidad de garantía del crédito ¹⁰⁷: el derecho de retención pre-

¹⁰⁵ Véase, refiriéndose a los derechos reales en general, K. H. SCHWAB-H. PRÜTTING, *Sachenrecht*, cit., pp. 14-15; J. F. BAUR-R. STÜRNER, *Lehrbuch des Sachenrechts*, cit., pp. 29-30 (*Publizitätsprinzip* o *Offenkundigkeitsprinzip*). El principio se basa en la necesidad de advertir a los terceros la existencia de situaciones jurídicas que afectan a sus derechos (*vid.* M. WOLFF, *Sachenrechte*, cit., p. 11). Sobre la función de la publicidad en las garantías reales, v. el tratamiento clásico de P. MELUCCI, *Il sistema ipotecario*, Torino, 1893, pp. 3 ss.; y las interesantes aportaciones de F. S. GENTILE, *Le ipoteche*, Roma, 1961, p. 269; y P. BOERO, *Le ipoteche*, cit., p. 3.

¹⁰⁶ Así, puede afirmarse que «la diferencia entre hipoteca y prenda es solamente estructural (...) y ello deriva no tanto de la naturaleza del bien, cuanto de la existencia y de la inexistencia de un sistema de publicidad» (P. DE LISE-L. COSSU, *Delle ipoteche*, en *Commentario c. c. dir.* V. DE MARTINO, Roma, 1974, p. 21).

¹⁰⁷ Es imprescindible realizar la precisión de que se trata de una garantía del crédito sólo en un sentido amplio: cfr., en cambio, L. DÍEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, cit., II, p. 172. En otros Derechos sí es posible definir el derecho de retención como una garantía en sentido estricto, ya que el régimen jurídico del derecho de

senta el carácter de accesoriedad, y, con matizaciones, cumple también con los principios de legalidad, tipicidad y relatividad. Sin embargo, en el derecho de retención falta un rasgo esencial de las garantías reales, la atribución al acreedor de un derecho de preferencia¹⁰⁸.

Ha de señalarse que, siendo el derecho de retención un instrumento accesorio de tutela del crédito, puede coexistir, y de hecho coexiste, con otras técnicas de tutela del crédito. Así, el derecho de retención constituye parte del contenido de la prenda, y también de ciertos privilegios especiales, los llamados privilegios posesorios¹⁰⁹, pero el derecho de retención también existe aisladamente, como simple forma de protección de un crédito cuando, en los casos previstos por la ley¹¹⁰, el acreedor entra en posesión de bienes del deudor.

retención lo aproxima considerablemente a una prenda de origen legal (v., p. ej., J. DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., II, pp. 570-572).

¹⁰⁸ Gran parte de la doctrina española afirma que el derecho de retención no constituye una garantía real (o constituye un «derecho de garantía con eficacia real limitada») porque no se atribuye al acreedor el *ius distrahendi* (así, J. FERRANDIS VILELLA, «Introducción...», cit., p. 56; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., II, vol. 2.º, pp. 415 ss.; J. I. CANO, *La retención de cosa ajena*, Barcelona, 1990, p. 14, p. 27). Sin embargo, es claro que el acreedor puede solicitar la venta de la cosa, como todo acreedor. De lo que carece es del derecho de satisfacción preferente sobre tal cosa: *vid.* C. LÓPEZ DE HARO, *El derecho de retención*, Madrid, 1921, pp. 154 ss.; v. también N. CATALA-FRANJOU, «De la nature juridique du droit de rétention», en *RTDC*, 1967, pp. 9 ss.

¹⁰⁹ Sobre la concurrencia de privilegio y derecho de retención, v. C. LÓPEZ DE HARO, *El derecho de retención*, cit., p. 154. Como dice López Alarcón, «el derecho de retención puede ser un elemento de un privilegio, pero no un privilegio» (M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., p. 142). La unión de privilegio especial y derecho de retención es el rasgo definidor de los llamados privilegios posesorios, que representan un equivalente «legal» de la forma de garantía negocial que es la prenda. V. *infra*, II. 3.4.2.

¹¹⁰ Sobre el requisito de legalidad del derecho de retención, *vid.* G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi*, cit., p. 436. Los casos de derecho de retención en el Derecho español son los siguientes: artículos 453, 464, 502, 1600, 1730, 1780, 1866 del Código Civil; v. arts. 276 y 704 del C. de C. Suele mencionarse también el artículo 375 del Código de Comercio, aunque, como se verá, no constituye un derecho de retención. Sobre el derecho de retención en el Código de Comercio, es preciso consultar aún la interesante aportación de C. LÓPEZ DE HARO, *El derecho de retención*, cit., p. 217. Algunas de las normas que instituyen derechos de retención en el Código de Comercio introducen un derecho de preferencia, por lo que constituyen verdaderos privilegios. Existen también derechos de retención fuera del ámbito del Derecho privado: v. artículo 75 de la LGT. Se discute si el derecho de retención puede extenderse de manera analógica a todos los casos en los que el acreedor tenga la posesión de los bienes del deudor. La mayoría de la doctrina española niega la posibilidad de extenderlo analógicamente. V., p. ej., L. DIEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, cit., II, p. 175. En el mismo sentido negativo, la STS 24 de junio de 1941, R. 758 (la existencia de un derecho de retención necesita apoyo legal) y la STS 7 de octubre de 1949, R. 1120 (que excluye la aplicación analógica) según las cuales es necesario que una norma legal recoja expresamente la posibilidad de ejercitar un derecho de retención. Sin embargo, el derecho de retención puede extenderse analógicamente, ya que no constituye una causa de preferencia (*vid.* G. MARTY-P. RAYNAUD-Ph. JESTAZ, *Les sûretés*, cit., p. 28), así que puede verificarse la aplicación analógica cuando se den los mismos presupuestos a los que la ley condiciona normalmente la existencia de tal derecho. De hecho, el derecho de retención se ha extendido a relaciones contractuales atípicas. En cualquier caso, han de darse varios requisitos, entre ellos el de la conexión jurídica o material entre el crédito y la situación posesoria (a favor de la extensión analógica, con las condiciones indicadas, *vid.* P. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *El derecho de retención...*, cit., p. 67; *cf.* E. SABATER BAYLE, «Presupuestos estructurales de la facultad de retención posesoria», en

El derecho de retención es definido como «la facultad otorgada por la ley al obligado a la entrega o restitución de una cosa para retardar su cumplimiento, detentando la misma en tanto no se le satisfaga el crédito que tiene contra el acreedor a esa restitución o entrega»¹¹¹. De esta definición ha de destacarse que el llamado derecho de retención no confiere a su titular un derecho de preferencia sobre otros acreedores, por lo que no puede considerarse en absoluto como una manifestación de la tutela preferencial del derecho de crédito¹¹². En efecto, el crédito del retentor, caso de concurrir en una ejecución con otros acreedores, recibirá el tratamiento de crédito ordinario, salvo que se pueda fundar un derecho de preferencia en otra disposición de la ley distinta de la que confiere el derecho de retención. Este solo hecho bastaría para excluir el derecho de retención del análisis de las causas de preferencia y de las manifestaciones, en sentido amplio, del principio de preferencia en la tutela del crédito¹¹³.

La ausencia de un derecho de preferencia separa al derecho de retención de las garantías reales y de otras causas de preferencia, y merma, en gran medida, su valor como garantía¹¹⁴. El derecho de reten-

AA. VV., *Estudios J. L. Lacruz Berdejo*, II, Barcelona, 1992, pp. 1973 ss., p. 1983). Es también discutible que el derecho de retención pueda afectar a bienes que no son propiedad del deudor, sino de un tercero. En este aspecto ejerce una influencia decisiva el elemento de la buena fe en la posesión del acreedor (art. 464 del CC).

¹¹¹ Vid. L. Díez-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 175. Cfr. la definición de BELTRÁN DE HEREDIA: «la facultad concedida a quien se encuentra en la tenencia de una cosa perteneciente a otra persona, para oponerse a su restitución, cuando el propietario la reclame, hasta que no se le satisfaga el crédito que contra él tiene el tenedor por razón de la cosa misma» (P. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *El derecho de retención en el Código Civil español*, Salamanca, 1955, p. 9).

¹¹² Véase STS 21 de junio de 1941, R. 758, a tenor de la cual el derecho de retención no confiere un derecho de preferencia para cobrarse, ni un derecho a la realización del valor, como sucedería si fuera un derecho real de garantía. En sentido conforme, afirmando que la retención no confiere un derecho de preferencia, P. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *El derecho de retención...*, cit., p. 67.

¹¹³ Sin embargo, puede existir cierta confusión, como la derivada de la utilización de las palabras «retener en prenda» en el Código Civil. El hecho de que el Código Civil se refiera en ocasiones al derecho de «retener en prenda» debe ser considerado como una simple incorrección técnica, y no como la institución de una verdadera causa de preferencia. Vid. L. Díez-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, cit., II, p. 175, nota 3; M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., p. 144; P. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *El derecho de retención...*, cit., pp. 65-66. No obstante, conviene recordar que en alguna ocasión la jurisprudencia ha considerado que esa «retención en prenda» atribuye al acreedor un derecho real que lo aproxima a una garantía en sentido estricto (así, STS de 7 de julio de 1987, R. 5185, que, mezclando conceptos de los contratos de mandato, comisión y depósito, atribuyó al «mandatario» un derecho real de eficacia *erga omnes*: véase la crítica a esta sentencia de R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, «El derecho de retención del mandatario ¿un derecho de prenda?», en *A. Civ.*, 1988, pp. 521 ss.).

¹¹⁴ Totalmente distinta es la situación en los Derechos anglosajones y germánicos. En efecto, la evolución de los Derechos anglosajones y germánicos ha conducido por derroteros enteramente diferentes al Derecho de retención. No son excepcionales los casos en los que un determinado tipo de derecho de retención va acompañado por la facultad de vender la cosa y de satisfacerse con preferencia sobre ella. En el Derecho inglés así acontece con la mayoría de supuestos de «*liens*». En el Derecho alemán, el llamado derecho de retención del comerciante (*kaufmännisches Zurückbehandlungsrecht*,

ción queda reducido a la posibilidad de mantener el bien en el poder del acreedor. Se trata, por tanto, de un poder meramente negativo y conservativo: si el acreedor opta por instar la ejecución sobre los bienes retenidos, deberá concurrir con los demás acreedores del deudor, sopor-tando además el ejercicio de los derechos de preferencia que primen sobre su crédito.

Sin necesidad de adentrarse en la espinosa discusión sobre el carácter real del derecho de retención, parece claro que éste constituye un poder de carácter similar al de un derecho real, cuya finalidad es la de proteger la situación del acreedor. Gracias al derecho de retención el acreedor presiona al deudor para que éste pague su deuda, pues de otro modo el deudor no podrá recobrar la cosa en posesión del acreedor¹¹⁵. Como se ha señalado, es discutible si el derecho de retención constituye un derecho real, lo que tiene especial trascendencia para determinar la oponibilidad del derecho de retención a otros sujetos distintos del deudor. En este sentido, la posición más generalizada es la que considera

v. §§ 369-372 HGB; *vid.* K. J. HOPT-A. BAUMBACH, *HGB*, 29.^a ed., München, 1995, pp. 911 ss.) atribuye al acreedor la posibilidad de instar la venta del bien y de satisfacerse con preferencia sobre el producto de su venta, incluso en el supuesto de que se haya abierto un procedimiento concursal que afecte al deudor (*vid.* U. HÜBNER, *Handelsrecht*, 3.^a ed., Heidelberg, 1992, pp. 92-93.; A. JÄNSCH-T. ZERRES, *Handelsrecht*, Stuttgart, 1994, p. 158; K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, 4.^a ed., Köln-Berlin-Bonn-München, 1994, pp. 664 ss.; C. W. CANARIS, *Handelsrecht*, 22.^a ed., München, 1995, pp. 405 ss.; P. BÜLOW, *Handelsrecht*, 2.^a ed., Heidelberg, 1996, p. 99). Este derecho de retención mercantil se configura en términos muy amplios (no se requiere conexión entre los créditos y los bienes sobre los que se ejerce) y se diferencia sustancialmente del derecho de retención del BGB no sólo por la laxitud de sus requisitos, sino también, y principalmente, porque el derecho de retención del BGB (§ 273 y § 1000: *vid.* H. HEINRICH, sub § 273 BGB, en *PALANDT, BGB*, 55.^a ed., München, 1996, p. 321 ss.; P. BASSENGE, sub § 1000 BGB, *ibid.*, p. 1177) es meramente negativo, de manera similar al de los Códigos Civiles latinos, mientras que sólo el derecho de retención mercantil confiere el derecho a ejecutar los bienes y a satisfacerse con preferencia sobre ellos (se ha dicho, por ello, que en la quiebra, el derecho de retención adquiere eficacia real: *vid.* R. MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, Aalen 1969 (reimpr. 2.^a-3.^a ed., Tübingen, 1928), p. 427; véase una interesante exposición en E. KLUNZINGER, *Grundzüge des Handelsrechts*, 8.^a ed., München, 1994, pp. 194 ss.).

¹¹⁵ La duda fundamental es la de si el derecho de retención es un derecho personal, cara al deudor, o bien obliga también a los demás acreedores del deudor. Resulta difícil afirmar que el derecho de retención pueda ser opuesto a todos los sujetos, incluidos los acreedores del deudor, y afirmar después que no se trata de un derecho real (esa es la contradicción en la que incurre la doctrina francesa: v., p. ej., A. WEILL, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, París, 1979, pp. 114 ss.; por su parte M. N. JOBARD-BACHELLIER, *Sûretés*, cit., pp. 32 ss., precisa que se trata de un derecho real de naturaleza peculiar, que no confiere un *droit de suite*, ni un derecho de preferencia). Cfr. en la doctrina española, P. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *El derecho de retención...*, cit., p. 42, p. 64 y pp. 85-86. De manera un tanto contradictoria, se dice que el derecho de retención no es real, pero es oponible también a los acreedores del deudor. «De lo contrario quedaría burlada contrayendo una deuda origen de una ejecución contra su patrimonio si no la paga a su vencimiento, o transmitiendo la titularidad de la cosa». Así, pues, no se trataría de un derecho real, pero compartiría con éstos algunos de sus rasgos característicos: *vid.* L. DíEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 176. Cfr. también J. I. CANO, *La retención de cosa ajena*, cit., p. 14. Sin embargo, *vid.* L. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 411, donde Díez-Picazo afirma que el derecho de retención es inoponible a los demás acreedores.

que el derecho de retención es oponible también frente a otros sujetos distintos del deudor, como los acreedores, aunque es discutible que el derecho de retención pueda ser opuesto a la masa concursal, una vez declarada la quiebra o concurso del propietario de la cosa retenida. La cuestión aparece en relación directa con la función desarrollada por el derecho de retención, que constituye una garantía del crédito en la medida en que las posibilidades de recibir el pago aumentan gracias a él. Esta función de garantía es efectiva por la compulsión o coacción psicológica que la retención de la cosa pueda ejercer en el deudor: la función del derecho de retención es negativa, ya que actúa como un medio de presión para obligar al deudor a pagar sus deudas, amenazándole con la pérdida de la disposición del mismo, pero no confiere al acreedor ningún derecho sobre el producto de la ejecución del bien retenido¹¹⁶. Esta función accesoria y protectora de un crédito pierde todo su sentido cuando el deudor se encuentra en una situación concursal, en cuyo caso el deudor queda desapoderado de la gestión de su patrimonio¹¹⁷. En tal situación, desaparece el valor coactivo del derecho de retención como arma destinada a obtener el pago del deudor, puesto que éste no tiene ya la posibilidad de pagar sus deudas al margen del procedimiento concursal. Resultaría injusto que la coacción se ejerciera sobre los acreedores concursales, a quienes no corresponde responsabilidad alguna en el nacimiento de la deuda ni en el incumplimiento del deudor, sino que, al contrario, son a su vez víctimas de la insolvencia de éste. Por lo demás, la posible naturaleza real del derecho de retención no decidiría en absoluto la cuestión de la inclusión del derecho de retención dentro de las causas de preferencia, ya que, aunque la oponibilidad de dicha situación jurídico-real a la masa de acreedores se resolvería, *de facto*, en una situación de preferencia, no se deduce de ello que el acreedor con derecho de retención tenga también un *derecho* de preferencia¹¹⁸. Como se

¹¹⁶ Cfr. G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione, Parte generale*, Milano, 1935, pp. 161 ss.; A. DE MARTINI, «Diritto di ritenzione e fallimento», en *Foro it.*, 1957, I, c. 36 ss.; F. SEMIANA BIGNARDI, *La ritenzione nell'esecuzione singolare e nel fallimento*, Padova, 1960, pp. 54 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, «La posizione del creditore retentore privilegiato nel fallimento del debitore», en *Studi G. Scaduto*, II, Padova, 1970, pp. 461 ss., p. 475; B. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, en *Comm. legge fall.*, Bologna-Roma, 1988, pp. 65 ss. En la doctrina española, cfr. L. DÍEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 176.

¹¹⁷ Vid. G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, 2.ª ed., Padova, 1959, p. 261; A. PRINA, «Ritenzione e fallimento», en *Mon. trib.*, 1972, p. 232, abundando en las opiniones citadas en la nota anterior.

¹¹⁸ Con la oponibilidad del derecho de retención a los órganos de la quiebra se llegaría a un auténtico callejón sin salida, ya que el acreedor con derecho de retención opondría este derecho a la masa de acreedores hasta obtener una satisfacción íntegra de su crédito. Esta parece ser la solución adoptada por la doctrina francesa, según la cual el derecho de retención se asemeja extraordinariamente a una garantía, pues de hecho atribuye una preferencia al acreedor: así, Aynès destaca que el derecho de retención no es técnicamente una garantía, pero su fin esencial es el de escapar al concurso con los acreedores ordinarios (vid. L. AYNÈS, *Les sûretés*, cit., p. 136), lo que consiguen en el actual Derecho concursal francés. Ello ha supuesto, paradójicamente, que el derecho de retención se convierta en la más eficaz garantía con relación al procedimiento concur-

ha demostrado anteriormente, la existencia de un derecho real es independiente del derecho de preferencia ¹¹⁹, y, de la misma manera que puede existir un derecho de preferencia sin un derecho real que lo proteja, como en el caso de los privilegios generales, p. ej., también puede existir un derecho real sin la correspondiente atribución de un derecho de preferencia ¹²⁰. Así, con independencia de la determinación del carácter real del derecho de retención, está claro que éste, de por sí, no confiere la preferencia ¹²¹, sobre todo porque en las garantías y privilegios en los que aparece como elemento constitutivo un derecho de retención, la ley específica que existe, además, un derecho de preferencia.

En consecuencia, el derecho de retención es solamente, a semejanza de los derechos reales que componen las garantías reales, un medio de protección de un derecho de crédito, que debe ser añadido a una norma que instituya un derecho de preferencia para dar nacimiento a una verdadera y propia causa legítima de preferencia.

sal, pues confieren al acreedor una posición «inexpugnable» (L. AYNÈS, *ibid.*, p. 142, p. 148; G. MARTY-P. RAYNAUD-Ph. JESTAZ, *Les sûretés*, cit., p. 10). Por ello, aunque el retentor no tenga un derecho de preferencia, se convierte en un «général» para los órganos del procedimiento concursal, que terminarán por satisfacer la deuda si la recuperación del objeto retenido es objetivamente beneficiosa para la masa. La paradoja del derecho de retención llega al punto de que al acreedor pignoraticio le conviene más utilizar su derecho de retención que ejecutar la prenda, puesto que ejecutando la prenda tendrá que soportar la preferencia de otros acreedores privilegiados situados en una posición graduatoria superior.

¹¹⁹ Vid. M. LEMBO, «Il diritto di ritenzione nel fallimento e in altri casi», en *Dir. fall.*, 1984, I, pp. 772 ss.; vid. BENNANI, voz «Prelazione», cit., p. 623. Conviene distinguir entre el derecho de preferencia, que corresponde siempre a un derecho de crédito, y la preferencia en la constitución de derechos reales, que desarrolla una función diferente, ya que no confronta la satisfacción de distintos derechos de crédito sobre un patrimonio o un objeto insuficientes, sino que se determina la prioridad de los poderes de naturaleza real sobre un mismo objeto. Ahora bien, la mayoría de los derechos reales no confieren a su titular el derecho de ejecutar el bien que es su objeto. La naturaleza real del derecho de retención tan sólo sería útil para fijar la prioridad de ese derecho de retención respecto de un derecho real sobre el mismo bien constituido con posterioridad, pero en modo alguno para atribuir al acreedor un derecho de preferencia sobre el producto de la ejecución del bien.

¹²⁰ Vid. I. LUZZATI, *Dei privilegi*, cit., pp. 44 y 68. En efecto, la conocida regla de Goode, según la cual, en el concurso se respetan los derechos reales y concurren los derechos de crédito, tan sólo expresa lo que habitualmente sucede: así, el concurso no es un procedimiento para repartir la propiedad de otros sujetos, sino para distribuir el producto de los bienes del deudor entre los acreedores del mismo; pero hay que distinguir claramente qué derechos reales entran en el concurso y cuáles no, pues de otro modo esa regla aparentemente lógica oculta una clarísima opción a favor de los acreedores con garantías reales, ya que el mero hecho de definirlos como tales, o el mero hecho de definir el derecho de un acreedor como real, lo hace quedar immune a los efectos del concurso. No puede ser esa la función de la ley (sobre la enunciación del principio de Goode, vid. R. M. GOODE, *Principles of Corporate Insolvency Law*, London, 1990, pp. 18-20).

¹²¹ Véase, en este sentido, y de manera terminante, G. P. GAETANO, voz «Privilegi (diritto civile e tributario)», en *Noviss. Dig It. XIII*, Torino 1957, p. 963; ID., *I privilegi*, cit., p. 43; G. RAGUSA MAGGIORE, *Il sistema dei privilegi...*, cit., p. 87; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 58

3.2 LOS PRIVILEGIOS

En general, el término privilegio sirve para denominar toda ventaja particular de un sujeto respecto de otros ¹²². En el ámbito de la tutela del crédito, la palabra privilegio posee un significado más preciso ¹²³, que, a pesar de carecer de homogeneidad, designa la atribución a un crédito de una causa de preferencia de origen legal, constituyendo así «una excepción al principio general de igualdad de los acreedores», o más, exactamente, al principio de reparto proporcional ¹²⁴. En virtud del privilegio, un determinado acreedor adquiere el derecho de satisfacer su crédito con preferencia respecto de otros acreedores del mismo deudor.

¹²² Así, puede definirse el privilegio como la «gracia o prerrogativa que concede el superior, exceptuando o liberando a uno de una carga o gravamen, concediéndole una exención de que no gozan otros» (*Diccionario de la Real Academia Española*, II, cit., voz «Privilegio»), si bien esa definición resulta excesivamente amplia. En sentido general, puede calificarse al privilegio como una «exención del individuo respecto del Derecho común ... en razón de la clase social o de la función o de la condición o del estado o de la cualidad de la persona» (P. RESCIGNO, «Immunità e privilegio», en *Riv. dir. civ.*, 1961, pp. 415 ss., p. 416); v. también G. GARCÍA VALDECASAS, *Parte general del derecho civil español*, Madrid, 1983, p. 71; F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1949, p. 104. Esa definición jurídica aún resulta excesivamente amplia respecto del concepto técnico-jurídico empleado en la tutela preferencial del crédito (no obstante, son numerosos los juristas que utilizan la palabra privilegio en sentido amplio, dentro del contexto de la tutela del crédito: vid. M. AMORÓS GUARDIOLA, «La garantía patrimonial...», cit., p. 568).

¹²³ La noción de privilegio se ha encontrado, en todas las épocas, entre las más oscuras y difíciles de precisar desde un punto de vista sistemático, ya sea por la notable variedad de los tipos que reflejan todas las mutaciones históricas de la tutela del crédito, ya sea por la extraordinaria amplitud del término (C. MAIORCA, *Il pegno...*, cit., p. 41). La noción en el campo de la tutela del crédito no tiene más que un parentesco remoto con el concepto de «norma especial» (cfr. A. GULLÓN BALLESTEROS, *La prelación de créditos...*, cit., p. 16). Se pone de manifiesto, por ello, la «falta de homogeneidad del fenómeno (...), las variaciones de uso del concepto» (cfr. S. CICCARELLO, *Privilegio del crédito...*, cit., p. 3) que de todos modos resulta encuadrado en el ámbito de las causas legítimas de preferencia e inserto, en cierto modo, en el sistema de las garantías del crédito.

¹²⁴ Aunque no exista una definición legal, las aportaciones doctrinales a la definición del privilegio no son escasas: vid. L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 764; ID., «Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores», en AA. VV., *La reforma del derecho de quiebra*, Madrid, 1982, pp. 293 ss., p. 299: «privilegio: toda ruptura o excepción del principio de igualdad de trato de los acreedores y de estricta aplicación de la ley del dividendo, que se produce cuando se concede a un acreedor o a un crédito la facultad de cobrar o de obtener satisfacción antes que los demás acreedores». V. también A. GULLÓN BALLESTEROS, «El crédito privilegiado en el Código Civil», en *ADC*, 11, 1958, pp. 435 ss., p. 436; ID., en *Comentario al CC* [Ministerio de Justicia], II, cit., p. 2064: «privilegio: facultad que tienen determinados acreedores para cobrar con preferencia a otros sobre un bien o bienes del deudor común (...) una derogación de la *par conditio* de los mismos en razón a la naturaleza o causa del crédito, o del título donde consta»; J. L. LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos...*, II, 1.º, cit., p. 388: «privilegio es el derecho del acreedor a cobrar su crédito, pasando por delante de los acreedores ordinarios, e incluso, en su caso, de otros acreedores privilegiados, pero menos»; véase, en sentido descriptivo, R. BÁDENES GASSET, *Conceptos fundamentales del Derecho. Las relaciones jurídicas patrimoniales*, 9.ª ed., Barcelona, 1991, p. 106: «Privilegio es la preferencia de que, por disposición de la ley, gozan ciertos créditos para ser cobrados en caso de que por ser el patrimonio del deudor insuficiente para hacer frente a sus obligaciones, se haya iniciado contra el mismo un pro-

Lógicamente, como causas legítimas de preferencia, a los privilegios les son aplicables plenamente los rasgos de accesoriedad, legalidad, tipicidad y relatividad propios del derecho de preferencia¹²⁵. De hecho, en algunos de los privilegios se da el derecho de preferencia en estado puro, sin que exista ningún otro tipo de derecho o facultad añadido al derecho de crédito.

En los privilegios, el derecho de preferencia que acompaña a un determinado crédito surge por decisión de la ley, sin que intervenga en ningún momento la autonomía privada. Generalmente, la disposición legal responde a una valoración axiológica de la relación en la que surge un crédito determinado, pero debe evitarse una visión excesivamente idealizada de los privilegios, ya que en algunos de ellos es difícil, por no decir imposible, percibir cuál es la concepción de justicia en virtud de la cual el legislador ha procedido a la concesión de un derecho de preferencia.

La naturaleza jurídica de los privilegios se resume en la afirmación de que constituyen causas de preferencia de origen legal. No obstante, su estructura es extremadamente variada, por lo que en el interior de la amplia categoría de los privilegios apenas pueden encontrarse otros rasgos comunes fuera de su origen legal y el de tratarse de derechos de preferencia. Por este motivo, es necesario no sólo analizar los rasgos comunes del privilegio, y examinar las distintas variedades y estructuras de esta causa de preferencia, que se presenta con caracteres de gran amplitud, sino también deslindar la figura del privilegio crediticio de otras que pueden guardar con ella cierta semejanza.

3.2.1 Noción y caracteres del privilegio como causa de preferencia

Al emprender el análisis del privilegio como causa de preferencia, ha de comenzarse por destacar que no existe en la legislación española una definición del privilegio¹²⁶. No obstante, el concepto es caracteriza-

cedimiento de ejecución general...». Cfr. la definición de Gaetano, según el cual, «El privilegio del crédito (...) comporta una modificación de aquel derecho sustancial que, normalmente (...) compete a todos los acreedores en igual grado, concediendo a sus titulares una preferencia frente a los demás acreedores que se encuentren con él en concurso en el momento de la distribución del precio producto de la ejecución de la cosa sujeta al privilegio.» (G. P. GAETANO, *I privilegi*, 2.^a ed., en *Trattato Vassalli*, XIV, I, Torino. 1954, pp. 33 ss., p. 44).

¹²⁵ Cfr. R. SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales...*, cit., pp. 431-433.

¹²⁶ La mayoría de las legislaciones es ajena a la preocupación por definir el privilegio. Tan sólo en el *Code civil* francés un legislador tan preocupado de enseñar como de regular ofrece una definición que se ha convertido en «clásica», a pesar de las peculiares circunstancias políticas en las que se realizó esta definición, que se reflejan en el texto, que evita cualquier connotación de tipo estamental o incluso subjetiva (art. 2095: «un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires»). En la mayoría de los Derechos europeos no está definido el privilegio, incluso en algunos Ordenamientos en los que el privilegio es una institución fundamental, como sucede en el Derecho italiano. En el *Codice Civile* de 1942 no existe una definición del término, pero la noción del privilegio sigue siendo la del artículo 1952 del *Codice Civile*

ble, a pesar de las ambigüedades y contradicciones terminológicas del uso del término «privilegio» en las fuentes legales. Así, el privilegio es un derecho ¹²⁷ de preferencia que el Ordenamiento jurídico reconoce a un acreedor ¹²⁸, y gracias al cual su crédito es preferido a otros en la dis-

del 1865, claramente influido por el Código Civil francés: «Il privilegio è un diritto di prelazione che la legge accorda in riguardo alla causa del credito» (vid. I. LUZZATI, *Dei privilegi e delle ipoteche*, I, cit., p. 127; G. A. RAFFAELLI, *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 257). V., además, A. CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano, 1949, p. 402; G. SCAFIDI-V. SPITALERI, *Privilegi*, cit., p. 1; D. BARBERO, *Sistema...*, cit., p. 138; F. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 63). En el *Codice Civile* de 1942, ha desaparecido toda definición, aunque, *de facto*, se considera que la definición del privilegio viene dada por el artículo 2745 del CC («Il privilegio è accordato dalla legge in considerazione della causa del credito»: vid. V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, en *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1945, p. 23 ss.). No obstante, los documentos de elaboración legislativa ponen de manifiesto que «el art. 2.745 no persigue un intento definitorio, sino que ha tratado solamente de poner en evidencia la fuente y la finalidad del privilegio» (*Relazione al Re*). El Derecho portugués sí define el privilegio (art. 733 del CC) como un «direito conferido a certos credores de serem pagos com preferéncia sobre os demais, em atenção à natureza dos seus créditos, independentemente de registro» (vid. J. DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., II, p. 565). La definición portuguesa es muy interesante, y coincide sustancialmente con las características atribuidas en el texto al concepto de privilegio. En el Derecho español, el término privilegio carece de definición legal (vid. A. GULLÓN BALLESTEROS, *Comentarios*, cit., p. 682, que considera que una definición legal hubiera sido útil). La única tentativa de definición legal del privilegio correspondió a GARCÍA GOYENA (art. 1923 del proyecto de 1851: «el privilegio es un derecho que concede la Ley a una acreedor para ser pagado con preferencia a otros acreedores»). Dicha definición es plenamente aplicable a lo expuesto en el texto. En la terminología anglosajona, los términos más usados para referirse a los acreedores privilegiados son los de «preferential unsecured creditors» (en Inglaterra y los Ordenamientos influidos por el *Common Law* inglés) y «preferred creditors» o «priorities» (en Estados Unidos): vid. S. J. CANTLIE, «Preferred Priority in Bankruptcy», en J. S. ZIEGEL (dir.), *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*, Oxford, 1994, pp. 413 ss.; D. G. BAIRD-T. H. JACKSON, *Cases, Problems and Materials on Bankruptcy*, Boston-Toronto, 1985, p. 548; F. ODITAH, «Assets and the Treatment of Claims in Insolvency», cit., p. 467. Las expresiones anglosajonas citadas se refieren exclusivamente al equivalente de los privilegios generales de los Derechos latinos, y no a los privilegios especiales, que son denominados «statutory liens», o «liens by operation of law». La situación es, salvando las distancias, similar a la del Derecho alemán, en el que el término equivalente a privilegio (*Vorrecht*, v. § 61.5 KO) identifica las causas de prelación general, mientras que las causas de prelación especial, aunque sean de origen legal, no son comprendidas entre los privilegios.

¹²⁷ En realidad, el privilegio no da al acreedor un derecho frente al deudor, un derecho que no tuviese ya como simple acreedor. Por ello gran parte de la doctrina niega que el privilegio sea un derecho, v., p. ej., F. VASSALLI, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 132; J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios...*, cit., p. 419; S. MERZ-G. ZANCONATI, *I privilegi e le prelazioni*, cit., p. 4; pero el privilegio confiere al acreedor un derecho de preferencia frente a los demás acreedores participantes en el concurso (cfr. F. FERRARA sénior, «Concetto e tipi dei diritti reali», en *Scritti giuridici*, II, Milano, 1954, pp. 411 ss., p. 432), derecho que no puede explicarse a través de la conceptualización del privilegio como simple «cualidad» o «facultad». Como se ha visto, la propia definición del codificador francés establece claramente que el privilegio es un derecho.

¹²⁸ Resulta inexacto referirse al privilegio como un derecho que se concede «a un crédito», ya que, por definición, no puede concederse un derecho más que a un sujeto, en este caso al acreedor. Se observa en las definiciones que aluden a la concesión del privilegio «a un crédito» el prejuicio objetivista propio de las codificaciones liberales, una de cuyas finalidades principales fue la de la hacer borrar toda huella, real o aparente, de privilegios concedidos en razón de las cualidades personales de ciertos sujetos.

tribución del producto de la ejecución de los bienes del deudor común. La concesión del derecho de preferencia se basa en la especial naturaleza, causa ¹²⁹ o calidad ¹³⁰ del crédito del sujeto privilegiado. Por tanto, el privilegio desarrolla una función de «garantía» –en sentido genérico– del crédito, ya que las posibilidades de satisfacción del acreedor aumentan gracias a la causa de preferencia ¹³¹.

Esta definición del privilegio está en contraste con la que ofrece gran parte de la doctrina española y extranjera, que ve en el privilegio, simplemente, «una cualidad del crédito» ¹³². Sin embargo, señalar que el

¹²⁹ La fundamentación del privilegio en la llamada «causa del crédito», entendida ésta como el conjunto de circunstancias de la relación crediticia tutelada, ha sido obra de la doctrina italiana: *vid.* M. LEMBO, «Privilegio, prelazione e prededuzione», cit., p. 140; *vid.* L. BOLAFFIO-E. MASÉ-DARI, *Del fallimento*, I, Torino, 1882, p. 653; G. CANNADA-BARTOLI, *Il sistema ipotecario italiano*, I, Napoli, 1879, p. 95; G. PANDOLFELLI-G. SCARPELLO-M. STELLA RICHTER-G. DALLARI, *Codice civile, libro della tutela dei diritti*, 2.ª ed., Milano, 1943, p. 95; V. L. CUNEO, *Le procedure concorsuali*, cit., p. 1207; *cf.* N. STOLFI, *Diritto civile*, II, parte III, *I diritti reali di garanzia*, Torino, 1932, p. 50.

¹³⁰ El concepto de calidad del crédito (y no «cualidad», como a veces se traduce impropriamente el término «qualité» de la definición legal francesa del privilegio) es equivalente al de causa del crédito, es decir, se trata de las características peculiares de la relación crediticia que justifican la concesión de la preferencia. Este concepto aparece con la formulación legal del *Code civil* francés de 1807 (art. 2095: «un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires»). Sobre la exégesis de la norma, J. POPLAWSKI, *La notion de privilège en droit romain et en droit civil français*, Bordeaux, 1913, pp. 241 ss.; v. además L. Page, *Privilèges*, París 1960, p. 1; A. PERRAUD-CHARMANTIER-A. RIVAL, *Des privilèges en matière de faillite*, París, 1938, p. 5. La definición del Derecho francés influyó claramente en el *Codice civile* italiano de 1865 (G. TUCCI, *I privilegi*, cit., pp. 451 ss), y en la doctrina de numerosos países, y entre ellos España: escribe Florencio GARCÍA GOYENA que «la ley concede el privilegio por la calidad favorable del mismo crédito» (F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, I, Madrid, 1852 [reimpr. Zaragoza, 1974], p. 983).

¹³¹ En este sentido, la ley hace un uso instrumental del mecanismo de la preferencia para alcanzar el resultado de una protección eficaz de aquellos créditos considerados dignos de especial tutela (S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 21). Hay quien se refiere al privilegio como «forma de garantía» (V. SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano*, Spoleto, 1914, p. 341), aunque en un sentido genérico (G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi...*, cit., p. 141) o amplio (C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 5); o, para expresarlo con las palabras de Parente: «Los privilegios, como causas legítimas de preferencia (art. 2741.2 del CC), constituyen figuras típicas de tutela intensificada del interés del acreedor a la satisfacción íntegra de la pretensión del acreedor, sustanciándose, en un cierto sentido, aunque de forma lata, en una forma de garantía del crédito» (F. PARENTE, *Nuovo ordine dei privilegi e autonomia privata*, Napoli, 1981, p. 5). Sobre la identidad funcional de privilegios y garantías como medios de aseguramiento del derecho de crédito, *vid.* L. HASEMEYER, *Insolvenzrecht*, cit., p. 318. V. también F. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 64; M. A. BONFANTI-J. A. GARRONE, *Concursos y quiebras*, 3.ª ed., Buenos Aires, 1981, p. 764.

¹³² *Vid.* A. GULLÓN BALLESTEROS, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dir. M. Albaladejo, XXIV, Madrid, 1984, p. 694; L. DIEZ PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 244: «la cualidad que acompaña a un crédito para ser pagado con preferencia a otro»; en el mismo sentido, R. M.ª ROCA SASTRE-L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, cit., IV-1.º, p. 225-226; M.ª R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, voz «Privilegio», en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, III, Madrid, 1995, pp. 5125 ss., p. 5125; G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 44; R. DE RUGGIERO-F. MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, II, *Diritti di obbligazione e contratti. Tutela dei diritti*. Milano-Messina,

privilegio constituye una cualidad del crédito no define en absoluto el concepto. Parece que la finalidad de esta definición consiste en descartar que el privilegio pueda ser calificado como una garantía real, lo que la doctrina rechaza de forma unánime. No obstante, si el privilegio es una cualidad del crédito, aparece una nueva categoría de conceptos jurídicos, la formada por las cualidades de los derechos, que es totalmente desconocida en la dogmática tradicional. De ahí que definir el privilegio como una cualidad del crédito sea simplemente reenviar de una definición a otra, huir de un concepto ciertamente arduo, como es el privilegio, para refugiarse en un concepto por completo inaprehensible, el de cualidad del crédito.

No faltan autores que sostienen que el privilegio consiste en una facultad ¹³³. Sin embargo, difícilmente puede el privilegio ser una facultad. En teoría del Derecho, una facultad es uno de los poderes que conforman un derecho ¹³⁴. Si el privilegio fuese una facultad, formaría parte del contenido del derecho de crédito, y sin embargo está claro que los derechos de crédito no atribuyen a su titular la preferencia más que en los casos expresamente establecidos por la ley. Por tanto, en el supuesto de tratarse de una facultad, sería una facultad añadida por el legislador en determinados casos al contenido normal de un derecho. Pero, además, existen datos normativos que demuestran que el privilegio es más que una facultad, y que debe ser considerado un derecho: la prescripción de la acción para ejercer el

1950, p. 531; P. GERMANI, «Sulla natura giuridica dei privilegi», en *Riv. Dir. Agr.* 1934, I, pp. 539 ss., n. 4, p. 560; F. MESSINEO, *Manuale*, cit., pp. 78 y ss.; G. RUISI-A. PALERMO-C. PALERMO, *I privilegi*, cit., p. 20; M. LEMBO, «Privilegio, prelazione e prededuzione», cit., p. 141. En la doctrina alemana también se afirma que los privilegios concursales constituyen una cualidad (*Eigenschaft*) del crédito (*vid.*, p. ej., H. HESS, en H. HESS-B. KROPSHOFER, *Kommentar zur Konkursordnung*, cit., p. 557). Esa «cualidad» no puede ser otra cosa más que un derecho (v. p. ej., J. L. LÁCRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos...*, II, 1.º, cit., p. 388), pues no se explicaría de otro modo que en virtud de una cualidad, un acreedor tuviera que soportar una ejecución patrimonial realizada por el acreedor privilegiado y que redunde directamente en su perjuicio.

¹³³ Los mismos Díez-Picazo y Gullón (*Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 244) afirman, poco después de señalar que el privilegio es una cualidad del crédito, que se trata de una facultad, lo que parece contradictorio. Por otro lado, Gullón emplea una definición del privilegio excesivamente amplia, equivalente a la de «derogación de la *par condicio creditorum* en favor de un determinado crédito» (*vid.* A. GULLÓN, *La prelación de créditos...*, cit., p. 16; cfr., en sentido similar, L. DIEZ-PICAZO, «Los créditos privilegiados...», cit., p. 299). Esa definición tiene un valor meramente descriptivo del efecto del privilegio, pero puede predicarse igualmente del resto de causas de preferencia. C. C. CASTILLO señala que el privilegio es una cualidad del crédito, para después afirmar que tiene naturaleza de derecho personal (C. C. CASTILLO MARTÍNEZ, «Prelación de créditos», cit., p. 1287).

¹³⁴ Aunque ciertos autores identifiquen los conceptos de derecho subjetivo y facultad (*vid.* M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho*, cit., p. 177), parece evidente que un derecho puede comprender varias facultades, entendidas éstas como poderes que un sujeto está en disposición de ejercer, y que por tanto conforman el contenido del derecho subjetivo (véase, en este sentido, G. LUMIA, *Principios de teoría e ideología del Derecho*, Madrid, 1978 (trad. A. RUIZ MIGUEL), pp. 99-100; A. FERNÁNDEZ-GALIANO-B. DE CASTRO CID, *Lecciones de teoría del Derecho y Derecho natural*, Madrid, 1993, p. 267).

derecho de preferencia sin que prescriba el derecho de crédito, o la posibilidad de renuncia al privilegio, ponen de manifiesto la existencia de un derecho. Ese derecho está marcado, ciertamente, por una dependencia respecto del derecho de crédito, que es consecuencia del principio de accesoriedad y, en definitiva, de la función protectora que el privilegio ha de desarrollar. Pero idéntica reflexión cabría hacer respecto de las garantías reales. En realidad, la definición del privilegio como causa de preferencia determina su caracterización como derecho accesorio. Ya se ha subrayado que el derecho de preferencia no es sino un derecho adicional al crédito, accesorio respecto de éste, que tiene por sujeto pasivo a los acreedores del deudor colocados en una posición inferior en la graduación.

De la definición de privilegio anteriormente formulada pueden extraerse sus caracteres: como toda causa de preferencia, el privilegio tiene los caracteres de legalidad, tipicidad, accesoriedad ¹³⁵ y relatividad ¹³⁶. El rasgo más peculiar del privilegio como causa de preferencia se halla en la función primordial que en él asume el principio de legalidad ¹³⁷. La tutela preferencial que proporciona el privilegio tiene su origen directo e inmediato en la ley, única causa productiva del privilegio, sin que exista espacio alguno para el juego de la autonomía de la voluntad ¹³⁸. Así es como ha de entenderse la idea de la ley como

¹³⁵ Vid. D. BARBERO, *Sistema...*, cit., p. 140. Parte de la doctrina italiana omite la mención del carácter de accesoriedad, que parece evidente, de acuerdo con el artículo 1263 del CC italiano. En cambio, en la doctrina española se ha subrayado el carácter de accesoriedad de los privilegios, claramente justificada en la dicción del artículo 1528 del Código Civil; v. A. GULLÓN BALLESTEROS, «El crédito privilegiado en el Código Civil», cit., p. 438; Id., *Comentarios al Código Civil...* (dir. M. ALBALADEJO), cit., p. 683. GULLÓN añade, a las notas ya descritas, la de «indivisibilidad» y «renunciabilidad». La renunciabilidad de los privilegios no ofrece problemas, aunque no distingue a los privilegios de los derechos subjetivos en general (v. art. 6.2 del CC), mientras que la nota de indivisibilidad no es predicable de todos los privilegios, sino tan sólo de los privilegios especiales. V. *infra*, cap. II, III («El objeto de la preferencia»).

¹³⁶ Cfr. S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 30. Además de esos rasgos, S. CICCARELLO distingue los elementos estructurales (la causa del crédito y la preferencia) del origen legal, que sería más bien una cualidad del privilegio (*Privilegio del credito...*, cit., nota 28, p. 25). Así, en el privilegio se darían tres datos constantes, la fuente (la ley), el elemento justificativo (la causa del crédito), la función (la preferencia); y dos datos eventuales, de incierta cualificación: la convención de las partes y la publicidad (*ibid.*, p. 24). Sin embargo, esta construcción parece muy influida por ciertas peculiaridades del sistema crediticio italiano, a saber: la existencia de privilegios convencionales, en los que el acuerdo de las partes desempeña una función trascendental; y la existencia de numerosos privilegios inscripcionales, es decir, aquellos que requieren el cumplimiento de medidas de publicidad legal para su validez y eficacia.

¹³⁷ Vid. A. GULLÓN BALLESTEROS, «El crédito privilegiado en el Código Civil», cit., p. 437; F. VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3.ª ed., II, Barcelona, 1990, p. 893; E. LOZA, *Ley de concursos, Ley 19.551, comentada, concordada y anotada*, B. Aires, 1972, pp. 39 y 46.

¹³⁸ Vid. I. LUZZATI, *Dei privilegi*, cit., p. 131; G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi...*, cit., p. 364; A. RIVERA, *Del privilegio mobiliare in sede fallimentare*, cit., pp. 8-10; G. P.

fuerza del privilegio ¹³⁹. Es preciso que exista una disposición legal expresa para que un privilegio sea reconocido. De aquí la primera característica diferenciadora respecto a las garantías reales, pues éstas tienen su origen inmediato en la voluntad de las partes, y su origen mediato en el reconocimiento que de ellas hace la ley ¹⁴⁰. Los privilegios, en cambio, no tienen más origen que el legal ¹⁴¹. Así pues, la diferencia fundamental entre privilegios y garantías reales, en principio, se encuentra en la diversa función de la ley y de la autonomía privada. Las partes no tienen el poder de atribuir un privilegio a una determinada relación crediticia, ni tampoco el poder de determinar convencionalmente el contenido o las modalidades de un privilegio, ya que el contenido de los privilegios siempre está rígidamente determinado por la ley ¹⁴².

La negación de la función creadora de la autonomía privada, y la supremacía absoluta de la ley, da a los privilegios características de tipicidad y de excepcionalidad reforzadas ¹⁴³, lo que se traduce en ciertos rasgos peculiares. Naturalmente, como se ha señalado, está vetada la creación y modificación convencional de privilegios ¹⁴⁴. Además, queda

GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 52; F. VASSALLI, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 133; A. DE FILIPPO-M. VIGNALE, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 74; S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 5. La relación entre la ley y el privilegio es *genética*, y puede afirmarse que el privilegio es un «reforzamiento que depende de una valoración legislativa» (F. PARENTE, *Nuovo ordine dei privilegi...*, cit., p. 8, nota).

¹³⁹ «Dire che la fonte è la legge non vuol dire niente, se non si precisa l'accezione di fonte (...) [La] legge come fonte di attribuzione del privilegio, non solo ha di mira la funzione di fonte mediata di ogni obbligo e, in genere, di ogni situazione giuridica, che è propria della legge, ma riguarda questa ultima come la causa produttiva del contenuto del privilegio» (V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, cit., p. 55).

¹⁴⁰ Según Fragali, la nota de la legalidad constituye una diversidad de grado entre los privilegios y las garantías reales, y no de naturaleza, puesto que también las garantías tienen el rasgo de la legalidad, aunque ésta sea indirecta. V. M. FRAGALI, voz «Garanzia e diritti di garanzia», cit., p. 457. V. G. PANDOLFELLI-G. SCARPELLO-M. STELLA RICHTER-G. DALLARI, *Codice civile, libro della tutela dei diritti*, cit., p. 94; R. FRANCESCHELLI, *Scritti civilistici e di teoria generale del diritto*, «Privilegio», cit., p. 297: «[la] differenza tra i due gruppi di legittime cause di prelazione, [è che] il pegno e l'ipoteca sono rafforzamenti di carattere privato, mentre nei privilegi tale rafforzamento dipende da una valutazione legislativa di ciò che sia congruo con la natura particolare dell'obbligazione»; v. también G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione. Parte generale*, cit., p. 9.

¹⁴¹ Así se comprende la crítica que suscitó en la doctrina italiana la inclusión de la prenda entre los privilegios en el *Codice civile* de 1865 (art. 1950). La prenda no encaja en la noción de privilegio porque la ley no atribuye directamente la prenda a una relación de crédito, sino que son las partes quienes lo hacen; y además la ley no efectúa consideración alguna sobre cuáles han de ser los rasgos del crédito pignoraticio: «en la prenda la causa del crédito puede variar hasta el infinito» (E. BIANCHI, *Dei privilegi*, cit., p. 492; *vid.* I. LUZZATI, *Dei privilegi e delle ipoteche*, cit., p. 130; A. MONTEL, «Introduzione allo studio dei diritti reali di garanzia», cit., p. 5).

¹⁴² *Vid.* V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, cit., p. 60; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 117; F. PARENTE, *Nuovo ordine dei privilegi...*, cit., p. 307.

¹⁴³ *Vid.* A. DE FILIPPO-M. VIGNALE, *La responsabilità patrimoniale*, cit., pp. 73 ss. La lengua francesa cuenta con una expresión verdaderamente afortunada: «*Pas de privilège sans texte*» (v., p. ej., A. CLOQUET, *La faillite et les concordats*, Bruxelles, 1965, p. 509). De «legalidad y taxatividad» hablan L. DÍEZ PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema...*, cit., II, p. 244.

¹⁴⁴ «La constitución de los privilegios queda sustraída a la autonomía de las partes, a las que no les está permitido ni crear nuevos privilegios ni ampliar o modificar los

excluida la extensión analógica de los privilegios ¹⁴⁵, ya que ello sería equivalente a la creación de privilegios por parte del intérprete o del juzgador, escapando a los principios de legalidad y tipicidad, que postulan la existencia de una serie limitada o número determinado de privilegios ¹⁴⁶. No existe razón alguna, en cambio, para excluir la aplicación

previstos por la ley» (F. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 77; E. BIANCHI, *Dei privilegi*, cit., p. 119; V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, cit., p. 60; G. RUISI-A. PALERMO-C. PALERMO, *I privilegi*, cit., p. 6). De todas formas, no puede decirse que la prohibición de creación de nuevos privilegios sea una característica diferenciadora respecto de otras causas de preferencia. La creación negocial de causas de preferencia está siempre vetada; lo que sucede es que el campo de la autonomía privada en el campo de los privilegios es todavía más restringido.

¹⁴⁵ La prohibición de la extensión analógica es un rasgo común a todas las causas de preferencia: v. *supra*, nota 36. Véase además, refiriéndose específicamente a los privilegios, F. POCHINTESTA, *Dei privilegi e delle ipoteche*, I, Torino, 1880, p. 4; E. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato dei privilegi*, I, cit., p. 40; G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi*, cit., I, p. 364; F. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 64; G. TUCCI, *Privilegi*, cit., p. 457: se trata de una «derivación de la naturaleza excepcional de las normas que instituyen los privilegios» (L. Díez-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho privado*, II, cit., p. 244). El privilegio, constituyendo un derecho de preferencia de carácter excepcional, no puede existir sin un explícito precepto legal que lo conceda, y no puede extenderse por analogía. El mismo concepto de «privilegio» es refractario a la analogía: si el privilegio se extendiese analógicamente, se perdería el sentido de la institución, ya que una ventaja particular deja de serlo si se generaliza. La prohibición de la interpretación analógica no guarda relación con la *par condicio creditorum*, sino con la misma lógica de la figura jurídica del privilegio: una tutela preferencial generalizada deja de ser preferencial. «El privilegio debe tener por objeto posiciones jurídicas bien individualizadas y diferenciadas en el ámbito de un *numerus clausus*, aunque no sea más que, desde un punto de vista lógico, un favor no sería tal si fuese indiscriminadamente generalizado» (S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 29). El mismo principio de tipicidad exige que sea la ley la que establezca los privilegios (en este sentido, *vid.* G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, cit., I, pp. 362-364; G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 53; V. ANDRIOLI, *Dei Privilegi*, cit., p. 57; A. RAMELLA, «L'ordinamento dei privilegi nella procedura fallimentare», in *Dir. Fall.* 1930, pp. 222 ss., p. 249; V. ANDRIOLI, *Dei Privilegi*, cit., p. 56; G. RUISI-A. PALERMO-C. PALERMO, *I privilegi*, cit., p. 7). La *Corte di Cassazione* italiana ha admitido, en una controvertida sentencia, la posibilidad de utilizar la analogía en materia de privilegios, favoreciendo así los intereses de los trabajadores. Sin embargo, esta orientación jurisprudencial amenaza con privar de sentido el sistema de tutela legal del crédito. Si se admite que los privilegios pueden aplicarse a supuestos diversos de los previstos por la ley, la creación del privilegio se confía, de hecho, a las partes y a los Jueces, con el resultado de que la proliferación de los privilegios, ya de por sí preocupante, acabaría con el crédito ordinario, puesto que siempre es posible encontrar razones para aplicar analógicamente un privilegio a una situación de concesión de crédito. Así, la tipicidad funciona como una válvula de seguridad del sistema de tutela del crédito. Quizás la *Corte di Cassazione* no ha evaluado serenamente las consecuencias de su elección interpretativa, por lo demás carente de una sólida base jurídica. El principio de no extensión analógica de los privilegios está basado en la propia lógica interna del instituto, y por ello se aplica en todos los sistemas jurídicos (v., p. ej., el conocido caso estadounidense de *Nathanson v. NLRB*, 344 U.S. 25, 29 [1952]).

¹⁴⁶ D. BARBERO, *Sistema...*, cit., p. 156. En realidad, la certeza de la existencia de este principio es superior a la del principio de *numerus clausus* de los derechos reales. Definido el derecho de preferencia gracias a la nota de la legalidad, en cualquier momento histórico determinado debe existir una serie limitada de derechos de preferencia. Así, pues, este principio se sigue como un corolario lógico del principio de legalidad. Curiosamente, y al examinar el problema del *numerus clausus* en los derechos reales, Díez Picazo concluye que desde luego el principio de *numerus clausus* tiene aplicación a los derechos reales de

de la interpretación extensiva, que mira sólo a establecer la verdadera voluntad del legislador ¹⁴⁷. De hecho, quizá constituiría una violación de la ley el negarse a dar al privilegio el alcance que de ella pueda inferirse ¹⁴⁸.

3.2.2 Privilegios sustantivos y privilegios procesales

A pesar de la definición que se ha dado al privilegio en el seno de la tutela preferencial del crédito, sería un error identificar, de manera absoluta, el privilegio como una causa de preferencia. Ya se ha señalado que no todas las garantías constituyen causas de preferencia (v. gr., las garantías personales); ahora debe añadirse que tampoco todos los «privilegios» constituyen causas de preferencia ¹⁴⁹.

Así, existen situaciones en las que se concede una ventaja particular a un acreedor en el contexto de un procedimiento ejecutivo, singular o colectivo, pero no se le confiere una preferencia para el pago de la suma obtenida en la ejecución. Son los llamados *privilegios procesales* ¹⁵⁰. El privilegio procesal, o de ejecución, tiene poco que ver con la preferencia o con la prededucción. Los privilegios de este tipo confieren una ventaja –a veces muy importante, desde el punto de vista táctico ¹⁵¹– de orden procesal, que se sustancia en una derogación singular de las reglas del procedimiento ejecutivo. Estos privilegios permanecen en el terreno de lo adjetivo, pues no atribuyen a su titular la preferencia sobre el producto de la ejecución singular.

garantía, pero no por constituir derechos reales, sino por representar una excepción al principio de igualdad de los acreedores: vid. L. DÍEZ PICAZO, «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, 1976, pp. 273 ss., pp. 304-305.

¹⁴⁷ También la interpretación extensiva es común a todas las causas de preferencia: v. *supra*, nota 36.

¹⁴⁸ Así, G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi*, cit., p. 245.

¹⁴⁹ Esta distinción cuenta con tradición en la doctrina extranjera: «Es preciso distinguir entre el privilegio que concede la preferencia a algunos créditos frente a otros para su satisfacción sobre los bienes del deudor (*privilegio sostanziale o civile*) y el privilegio que se refiere a un procedimiento especial que beneficia a determinados créditos para su más fácil y más segura realización (*privilegio formale o fiscale*)» (G. A. RAFFAELLI, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Milano, 1932, p. 265). En efecto, existen situaciones de discriminación entre acreedores que no pueden ser consideradas privilegios en sentido estricto (vid. V. BENNANI, voz «Prelazione», cit., p. 622).

¹⁵⁰ Vid. B. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, cit., pp. 32-33. La doctrina usa también el término «prerrogativas» (con el inconveniente de tratarse de una denominación demasiado amplia), o la denominación más descriptiva de «privilegios de ejecución o de recaudación» (*privilegi di esazione o di riscossione*) (G. P. GAETANO, voz «Privilegi [diritti civile e tributario]», cit., p. 971). La doctrina italiana utiliza también el término «privilegio fiscal», sin duda porque el Fisco es el acreedor más favorecido por esta clase de privilegios. Vid. U. NAVARRINI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Bologna, 1934, p. 233. A. RIVERA (*Del privilegio mobiliare in sede fallimentare*, Torino, 1931, p. 37) critica justamente el uso del término «privilegio fiscal» por su equivocidad, y considera preferible el uso de los términos «privilegio sustancial» y «privilegio formal».

¹⁵¹ Vid. U. APICE, *Tutela dei creditori e terzi nelle procedure concorsuali*, Padova, 1989, p. 230; N. DAL CERO, en *Il codice del fallimento*, dir. P. Pajardi, Milano, 1991, sub. art. 51 l. f., p. 177.

Desde el punto de vista lógico, los privilegios procesales pueden ser numerosos y muy diversos, desde la existencia de reglas especiales para el ejercicio de las acciones de reintegración contra ciertos créditos¹⁵², hasta la existencia de un régimen especial para la prueba y reconocimiento de los créditos tributarios y de la Seguridad Social¹⁵³. En relación con la tutela preferencial del crédito, los privilegios procesales más importantes son los llamados privilegios de ejecución, que representan derogaciones singulares de la regla general de suspensión de las acciones ejecutivas singulares en pendencia de un procedimiento concursal.

Los privilegios de ejecución conocen dos modalidades: una, limitada a determinados objetos de la masa, y de carácter intenso, denominada separación *ex iure crediti*, y otra, más moderna, de carácter más débil, aunque sin restricción en cuanto su objeto, que puede calificarse como «privilegio de ejecución separada».

La separación *ex iure crediti*¹⁵⁴ constituye un privilegio procesal que permite a un determinado acreedor ejecutar separadamente el bien sobre

¹⁵² Véase, en el Derecho español, el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981. Este privilegio procesal puede aproximarse a un privilegio sustancial, ya que la limitación o exención de la revocatoria puede también traducirse en el reconocimiento de una posición de preferencia inmerecida, pero el privilegio procesal, de por sí, no atribuye la preferencia, tal y como se ha definido ésta. Este privilegio es particularmente conocido en el ámbito del Derecho bancario italiano (vid. R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1986, p. 146; C. MARTINO, «La realizzazione coattiva del pegno bancario nelle procedure concorsuali», en AA. VV. *Le garanzie reali e personali nei contratti bancari*, Milano, 1976, pp. 157 ss., p. 173, con amplias referencias. En Italia este privilegio procesal se extiende también al sector público (v., p. ej., la Ley 30 de diciembre de 1987, n. 535, de exención de la acción revocatoria a favor del INPS (Instituto de la Seguridad Social): vid. C. PICCININI, «La par condicio nelle prospettive di riforma», en *Dir. fall.*, 1989, I, pp. 823 ss., p. 836), produciéndose un fenómeno de «fuerte limitación de la *par condicio*» (R. COSTI, «Attività creditizia e procedure concorsuali. Un profilo del processo di socializzazione del rischio di impresa», en *Pol. del Dir.*, 1975, pp. 517 ss., p. 525) y que probablemente sería conveniente eliminar, como en general deberían ser eliminados los privilegios procesales (R. COSTI, voz «Credito agrario (problemi e prospettive)», en AA. VV. *Dizionario di diritto agrario*, dir. Carrozza, Milano, 1983, pp. 303 ss., pp. 328-329).

¹⁵³ Como se ve, los privilegios procesales pueden ser de numerosas clases (en teoría, puede haber tantos privilegios procesales como excepciones a las reglas del proceso). Los acreedores públicos, junto a los acreedores con garantías reales, son los más beneficiados por la existencia de estas reglas especiales. Mientras que los acreedores públicos pueden escudarse en nociones de interés general y supremacía del Derecho público sobre el Derecho privado, no es tan sencillo justificar la auténtica panoplia de privilegios procesales que asiste al crédito hipotecario (v., p. ej., v. art. 131 de la LH; art. 127 de la LH; art. 166 de la LEC; para una descripción general del régimen procesal del crédito hipotecario, vid. U. NIETO CAROL, «La ejecución hipotecaria. El procedimiento judicial sumario y la ejecución extrajudicial», en U. NIETO CAROL [coord.], *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, II.2, Madrid, 1996, pp. 567 ss.). No es de extrañar, por tanto, que algunos de estos privilegios hayan sido criticados con dureza: vid. J. MONTERO AROCA, «Las ejecuciones hipotecarias y la tutela judicial privilegiada», en *RCDI*, 1996, pp. 253 ss., que examina críticamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha aprobado la existencia de los privilegios procesales (o «diferencias de trato») de los créditos hipotecarios (v. STC 41/1981, de 18 de diciembre).

¹⁵⁴ La expresión «*separatio ex iure crediti*» ha sido utilizada tradicionalmente para designar la acción ejecutiva de ciertos acreedores, sobre los bienes objeto de su preferen-

el que recae un derecho de preferencia¹⁵⁵. Por lo tanto, la *separatio ex iure crediti* está ligada a la existencia de una causa de preferencia especial¹⁵⁶ sobre

cia y al margen del concurso. Debe ser distinguida, por tanto, de la «*separatio ex iure domini*», que sirve para englobar todos los supuestos de acciones reivindicatorias, propias e impropias, que tienen como función el separar del concurso los bienes que los acreedores concursales no pueden ejecutar, por no formar parte de la masa activa. La *separatio ex iure domini* constituye la verdadera separación, mientras que la *separatio ex iure crediti* es una separación sólo en sentido impropio, puesto que el bien afectado está sujeto al poder de agresión de los acreedores concursales (vid. J. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *La separación de bienes en la quiebra*, México, 1951, pp. 253 ss.). En el Derecho alemán, aparentemente, la *separatio ex iure crediti* se corresponde con la *Absonderung* (§ 4 KO; §§ 47-52 KO) y la *separatio ex iure domini* con la *Aussonderung* (§§ 43-46 KO). Sin embargo, la estructura y función de estas acciones es relativamente diversa en comparación con sus presuntas equivalentes en los Derechos latinos. Como se verá a continuación, la *Absonderung* constituye más un régimen general de la acción ejecutiva de los acreedores con causas de preferencia especial que un privilegio procesal, como sucede en el Derecho español. En cuanto a la *Aussonderung*, ésta se define, en términos muy amplios, como «la defensa de un derecho ajeno a la masa» (*die Verteidigung eines massefremden Rechts*: vid. J. KILGER-K. SCHMIDT, *Konkursordnung*, pp. 253 ss., y especialmente H. HESS, en H. HESS-B. KROPSHOFER, *Kommentar zur Konkursordnung*, cit., pp. 451 ss.). En el Derecho alemán, todo derecho real de un tercero contra la masa se ventila por medio de la *Aussonderung* o de la *Absonderung* (L. HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht*, cit., pp. 219 ss.; H. HEILMAN-S. SMID, *Grundzüge des Insolvenzrechts*, 2.^a ed., München, 1994, pp. 279-280, con apuntes críticos; cfr. J. BAUMANN, *Konkurs und Vergleich*, 2.^a ed., Bielefeld, 1981, p. 100). F. BAUR-R. STÜRNER, *Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht*, II, cit., pp. 181 ss., consideran que la *Aussonderung* es un procedimiento de depuración de la masa activa, mientras que la *Absonderung* (*ibid.*, pp. 195 ss.) consiste en extraer un objeto que sí está dentro de la masa, para satisfacer un crédito con el producto de la ejecución. Sin embargo, la línea de separación entre *Absonderung* y *Aussonderung* está muy poco definida, debido a la utilización de la propiedad como garantía en la práctica alemana, por lo que existen garantías reales basadas en el uso de la propiedad que dan derecho a una *Aussonderung* (así, reserva de dominio simple), pero en otros casos sólo dan derecho a una *Absonderung* (p. ej., reserva de dominio sobre bienes transformados o elaborados): para una introducción a estos complicados y polémicos problemas del Derecho alemán, vid. U. DROBNIG, «Sicherungsrechte im deutschen Konkursverfahren», en 44 *RabelsZ*, pp. 784 ss. (1980), pp. 801-802. Véase, un tratamiento muy profundo y actualizado en R. SERICK, *Eigentums-vorbehalt und Sicherungsübertragung*, VI, Heidelberg, 1986, pp. 423 ss.

¹⁵⁵ En efecto, la *separatio ex iure crediti* no es sino un privilegio procesal (vid. E. BELTRÁN, «Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa», en *Estudios A. Menéndez*, III, Madrid, 1996, pp. 3479 ss., p. 3483). Sobre la separación *ex iure crediti*, v. también R. SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales...*, cit., p. 73 ss. Aunque es cierto que la doctrina no ha dedicado mucha atención a otros privilegios procesales del crédito hipotecario (así lo afirma L. J. CORTÉS DOMÍNGUEZ, «La posición del acreedor hipotecario en la quiebra», en *Estudios A. Menéndez*, III, Madrid, 1996, pp. 3513 ss., p. 3528), el privilegio procesal más importante de los acreedores hipotecarios consiste en la ejecución separada del bien objeto de la garantía, cuya extensión es muy discutida en la doctrina española. No obstante, la separación *ex iure crediti* favorece también a otros créditos, como los créditos pignoraticios en la quiebra: vid. E. BELTRÁN, «El derecho de separación en la quiebra», en U. NIETO CAROL-J. I. BONET SÁNCHEZ (coords.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, I, Madrid, 1996, pp. 253 ss., pp. 268 ss. Además, R. SOTO VÁZQUEZ (*Aspectos concursales...*, cit., pp. 93 ss.) señala acertadamente que existe otro derecho de separación *ex iure crediti*: el de los trabajadores sobre los bienes por ellos elaborados (art. 32.2 del ET): v. SSTS (Sala especial de conflictos), 28 de enero de 1983 (R. 2728, R. 2729), comentadas por L. GIL SUÁREZ, «Los créditos laborales y los procesos concursales», en *CRET*, 1983, pp. 127 ss.

¹⁵⁶ El concepto de causa de preferencia especial es delimitado más adelante (v. *infra*, II. 3. 4.). Baste con afirmar, por ahora, que las causas de preferencia especial se identifican con las garantías reales y los privilegios.

un bien del deudor concursado o quebrado¹⁵⁷. Sin embargo, la posibilidad de ejecutar separadamente ese bien sobre el que recae la preferencia del deudor no es una consecuencia necesaria de la existencia de un derecho de preferencia especial, como una garantía real¹⁵⁸. De hecho, el Derecho español conoce supuestos de preferencia especial en los que no existe esa posibilidad de ejecución separada¹⁵⁹. Por ello, ha de concluirse que la separación *ex iure crediti* no es sino un privilegio procesal, que favorece a determinados créditos a los que el legislador ha estimado pertinente favorecer¹⁶⁰. Ciertamente, los créditos a los que corresponde

¹⁵⁷ Así, en la definición que la doctrina alemana hace del *Absonderungsrecht* (correlato aproximado de la *separatio ex iure crediti*), se resalta la existencia del poder del acreedor de ejecutar separadamente un bien determinado, sobre el que disfruta de un derecho de preferencia especial (cfr. O. JAUERNIG, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, cit., p. 309; F. BAUR-R. STÜRNER, *Insolvenzrecht*, cit., pp. 191 ss.).

¹⁵⁸ Aquí se encuentra una importante diferencia entre el régimen concursal, y, en definitiva, del régimen de responsabilidad patrimonial, entre los Derechos germánicos y los Derechos latinos. En efecto, mientras que en los Derechos latinos la posibilidad de ejercer la acción ejecutiva al margen del proceso se concibe como un privilegio y no tiene un alcance general (pero cfr. E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «El derecho real de hipoteca...», cit. pp. 32 ss., que analiza la «autonomía» de los créditos hipotecarios respecto de los procedimientos concursales»), en el Derecho alemán es cuanto menos discutible que pueda hablarse de «privilegio procesal», ya que la *Absonderung* favorece a todos los sujetos que disponen de derechos reales de garantía sobre bienes del deudor, con lo que aparece como una consecuencia de la eficacia real de esos derechos. En realidad, parece que la *Absonderung* no es más que el cauce procesal para el ejercicio de la preferencia especial en el Derecho alemán (de hecho, el § 3.1 KO dice claramente que la masa sirve para satisfacer a los acreedores personales). Así pues, no es la ejecución separada un privilegio, sino una norma, y puede que hasta un principio. La satisfacción de todos los acreedores con garantías reales y causas de preferencia especial se produce al margen del concurso, puesto que, a pesar de que la ley concursal indique que sólo los acreedores señalados por esa ley pueden ejercerlo (§ 4.1 KO), la misma ley configura los supuestos de separación en términos muy amplios (§§ 47-52 KO), que engloban *todos los supuestos de preferencia especial*, incluidos los derechos de retención mercantiles (v. § 4 KO §§ 47, 48, 49 KO: *vid.* J. KILGER-K. SCHMIDT, *Konkursordnung*, cit., pp. 281 ss.).

¹⁵⁹ V. art. 1268 LEC, que establece la obligación de aportar el objeto de la prenda al concurso de acreedores. Ese era también el régimen de la prenda en el Código de Comercio de 1829 (art. 1118).

¹⁶⁰ En definitiva, la mera existencia de un derecho real no confiere un derecho de ejecución separada en el Ordenamiento español, sino que es preciso que la ley atribuya ese derecho expresamente a un acreedor o tipo de crédito (*vid.* E. BELTRÁN, «Hipoteca, ejecución separada...», cit., p. 3486, y nota 19; ID., «El derecho de separación...», cit., pp. 267-268). Más restrictivos aún, respecto de los privilegios de ejecución, son el Derecho francés (v. arts. 47 ss. de la Ley de 25 de enero de 1985), y el Derecho portugués (art. 154 del d.-l. 132/1993, de 23 de abril), que no prevén excepciones al principio de suspensión de las acciones ejecutivas singulares en el concurso. Asimismo, en el Derecho italiano, las causas de preferencia especial sobre muebles no tienen reconocido un verdadero derecho de separación, sino que, a tenor, del artículo 53 l. f., los acreedores provistos de prenda o privilegios especiales posesorios (arts. 2756 y 2761 del CC) deben solicitar y obtener la autorización del *giudice delegato* para proceder a la venta del bien objeto de la preferencia (art. 53.2 l. f.). No obstante, el Derecho italiano ha desarrollado toda una serie de privilegios de ejecución separada, al amparo de una legislación particularista en materia de causas especiales de prelación. Respecto de los institutos de crédito inmobiliario (credito fondiario), v. Corte cost., 3 de agosto de 1976, n. 211, en *Foro it.*, 1976, I, c. 2059: la justificación tradicional se basaba en el conocido principio de correlación entre la masa de operaciones activas y la de operaciones

este privilegio procesal gozan a la vez de un verdadero derecho de preferencia, pero se trata de dos «privilegios» independientes: sería perfectamente posible que, de la misma manera que existen causas de preferencia especiales sin separación *ex iure crediti*, existieran créditos que gozasen del privilegio de la separación *ex iure crediti* sin que les fuera atribuida una causa de preferencia. Tales créditos no existen por una razón de lógica elemental: en nada beneficia al acreedor ejecutar separadamente determinados bienes del deudor si no se le atribuye un derecho de preferencia sobre el resultado de la ejecución, ya que en tal caso el privilegio procesal no produciría ningún resultado beneficioso a su titular. En definitiva, el privilegio procesal adquiere todo su sentido cuando protege un privilegio sustantivo; pero ello no quiere decir, en absoluto, que ese privilegio procesal derive de alguna característica de la preferencia especial ¹⁶¹.

pasivas de crédito inmobiliario (*vid.* G. OPPO, «Il privilegio del credito fondiario, oggi», en *Riv. dir. civ.*, 1983, II, pp. 397 ss., esp. p. 404; G. TARZIA, «Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali», en *Banca, borsa, tit. cred.*, 1957, II, p. 252), y la naturaleza de la particular actividad crediticia ejercitada por estos institutos (véase, críticamente, B. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, cit., p. 40); esta explicación parece la única posible, una vez que ha quedado abolido el peculiar régimen que establecía una correlación entre operaciones activas y pasivas de los institutos de crédito inmobiliario (*vid.* S. SATTA, «Rapporti tra la legge sul credito fondiario e la legge fallimentare», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, pp. 173 ss.; F. CORSI-S. PACCHI PESUCCI, «Gli effetti del fallimento per i creditori», en *Giur. comm.*, 1976, I, pp. 715 ss., p. 734). Se trata de la justificación que se da también a los privilegios de los institutos de crédito agrario en el Derecho italiano (*vid.* G. COSTANTINO, «Il processo de esecuzione nel credito agrario: i privilegi speciali», en *Riv. dir. agr.*, 1981, p. 598). *Vid.* A. SALETTI, «Espropriazione immobiliare per credito fondiario e procedure concorsuali», en *Riv. dir. proc.*, 1991, pp. 799 ss., con amplia bibliografía y jurisprudencia sobre la crítica al privilegio.

¹⁶¹ Como se ha señalado, ha de evitarse la tendencia a hacer derivar un régimen procesal especial por el hecho de la presencia de un derecho real de garantía sobre un bien del deudor. Ciertamente, esta puede ser la posición del Derecho alemán, donde la hipertrofia de los derechos reales de garantía, y el exquisito respeto a la ejecución de los créditos garantizados en el concurso, ha provocado la negación del concurso, el «*Konkurs des Konkurses*» (así lo admite Gottwald, que relaciona el fenómeno de la quiebra con el del respeto absoluto de las prerrogativas concedidas a las garantías reales y a la hipertrofia de éstas: *vid.* P. GOTTWALD, «Die Rechtsstellung dinglich gesicherter Gläubiger», en D. LEOPOLD (dir.), *Insolvenz im Umbruch*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1991, pp. 197 ss.). En efecto, la posibilidad de ejecutar los bienes objeto de la garantía real sin restricción alguna abre una gran brecha entre el Derechos alemán y los Derechos latinos. Esta diferencia obedece, quizá, a causas profundas: en los Derechos germánicos se percibe una tendencia clara a construir una responsabilidad de cosas (*Sachhaftung*) en lugar de una verdadera responsabilidad patrimonial (*Vermögenshaftung*). Por ello, el poder del acreedor tiende a concretarse sobre un determinado bien del deudor. En última instancia esta tendencia elimina la posibilidad del concurso, ya que la existencia de derechos reales sobre la mayoría de los bienes del deudor, y su atribución a los acreedores de acuerdo con el principio de prioridad temporal, aniquila el principio de concursabilidad, la esencia misma de la quiebra (cfr. L. BARBIERA, «Responsabilità patrimoniale», en *Commentario del CC. dir.* P. SCHLESINGER, Milano, 1991, pp. 7-8). Por el contrario, en los Derechos latinos las causas de preferencia especial, entre las que se encuentran las garantías reales, suelen utilizar el derecho real como expediente técnico para la conservación del derecho de preferencia atribuido al acreedor. Una vez que se abre el concurso, el derecho real pierde su función, puesto que los órganos concursales pasan a controlar el patrimonio del quebrado y proceden a la satisfacción de los acreedores según sus relati-

Una modalidad más reciente de los privilegios de ejecución se manifiesta en el denominado «privilegio de ejecución separada», consistente en la facultad, atribuida a un determinado acreedor, de ignorar la regla de la suspensión de acciones ejecutivas singulares que produce el procedimiento concursal y continuar el procedimiento iniciado sobre *el patrimonio* del deudor. Respecto de la separación *ex iure crediti* existen dos significativas diferencias: en primer lugar, aquí se habla de continuar una ejecución ya iniciada, no de instar la ejecución de los bienes una vez abierto el procedimiento concursal. En segundo lugar, no se trata de separar un bien de la masa para satisfacerse con él; al contrario, la ejecución singular puede afectar a todos los bienes que conforman el patrimonio ejecutable del deudor, si ello es necesario para el pago del crédito del sujeto beneficiado por el privilegio.

Conviene añadir inmediatamente que aunque estas normas establecen privilegios *lato sensu*, es decir, tratamientos excepcionales y diferenciados, no constituyen, sin embargo, causas de preferencia *in se*, puesto que no otorgan al acreedor preferencia alguna sobre el producto de la ejecución singular, que debe ser repartido de acuerdo con la graduación ¹⁶². Así, el privilegio opera estrictamente en el

vos derechos de preferencia. Si el Derecho reconoce la posibilidad de ejecutar separadamente un bien, lo hace como regla excepcional, como *privilegio*, ya que el establecimiento de ese régimen como regla implica minar el procedimiento concursal que la propia ley ha establecido para proceder a una liquidación ordenada de las responsabilidades del deudor. No ha de sorprender, por tanto, que se califique de extremado el sistema alemán de tutela del crédito, pues su vuelco hacia los derechos reales, lo que podría llamarse la «realización» de su Derecho de obligaciones, convierte en principal lo que es accesorio, esto es, los derechos reales de garantía no son apéndices de los derechos de crédito, sino que sucede al revés: los derechos de crédito ven su régimen desplazado por el de los derechos reales. Los acreedores buscan conseguir un derecho real sobre los bienes del deudor: ello les proporciona la preferencia, deshace el concurso, y vacía el patrimonio del deudor. Las características del sistema alemán justifican las aseveraciones de Rodríguez, que destacó las grandes diferencias entre el sistema alemán de separación de bienes de la quiebra y lo que él denominó sistema «español», en el que los acreedores deben acudir al concurso para su graduación y pago (*vid.* J. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *La separación...*, cit., pp. 257-258). Rodríguez llegó a afirmar, incluso, que el derecho de cobro por separado de los acreedores pignoraticios constituía «un privilegio injustificado» (*ibid.*, p. 260). No es extraño que existan autorizadas voces a favor de una reforma restrictiva de las garantías reales y de las ejecuciones separadas en Derecho alemán: *vid.* L. HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht*, cit., p. 35. De hecho, la regulación de la nueva *Insolvenzordnung*, de 5 de octubre de 1994, aun reconociendo ampliamente la *Aussonderung* y la *Absonderung* (§§ 47-52 InsO) ha limitado considerablemente las facultades de los acreedores beneficiados por la *Absonderung*, subordinándolas, en parte, al poder del administrador concursal (v. §§ 165-173 InsO).

¹⁶² Se trata de una clase de acreedores inalterados por la quiebra, no de una categoría que disfruta de particular tratamiento *dentro de la quiebra* (G. RAGUSA MAGGIORE, «Profili generali dei crediti privilegiati...», cit., p. 6). Por tanto, se trata de un privilegio en sentido amplio, «un particular *privilegium* legislativo» (*ibid.*, p. 3), ya que las acciones ejecutivas no dan lugar a un verdadero y propio privilegio, entendido éste como causa de preferencia (G. RAGUSA MAGGIORE, «I crediti privilegiati nel fallimento», en *Dir. fall.*, 1969, I, p. 390). Así, concluye con acierto Tucci que la distinción verdadera, a efectos de la tutela preferencial del crédito, no debe establecerse entre normas de derecho procesal y normas de derecho sustantivo, sino que reside en el hecho de que el privilegio confiera una causa de preferencia o no (G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 484).

plano procesal ¹⁶³. De hecho, los acreedores concursales (y, sobre todo, aquellos provistos de causas de preferencia) pueden participar en el reparto del producto de la ejecución. Normalmente el privilegio procesal va acompañado por un privilegio sustancial (u otra causa de preferencia), y ésta es, quizá, la circunstancia que genera la confusión entre una y otra técnica de tutela del crédito ¹⁶⁴. Así, no existe identidad entre privilegio procesal y sustancial, pues bien pudiera suceder que un crédito sea privilegiado desde el punto de vista procesal, y que carezca de una causa de preferencia, o viceversa, que un crédito esté protegido por una causa de preferencia y que carezca de privilegios procesales. De hecho, este segundo supuesto es el más frecuente.

En cualquier caso, es evidente que el acreedor provisto de un privilegio procesal no puede adquirir más derechos sobre el producto de la ejecución del bien que aquellos que tiene en virtud de la existencia de su crédito, acompañado de un privilegio sustancial o garantía real, en su caso. El titular de un mero privilegio procesal es vulnerable a las pretensiones de acreedores que estén situados en puestos superiores de la escala graduatoria, que podrán hacer valer sus derechos de preferencia a través del cauce de la tercería de mejor derecho.

En casos excepcionales, la ley ha creído conveniente establecer, o mejor dicho, mantener las facultades de ciertos acreedores de continuar o iniciar ejecuciones singulares durante el proceso concursal, para evitar que estos sujetos, supuestamente apremiados por falta de recursos económicos, se vean afectados por los retrasos en los pagos de la distribución concursal. Así, este privilegio procesal suele encontrar justificación en la idea de que existen ciertos acreedores ¹⁶⁵, sobre todo el

¹⁶³ Sobre la naturaleza procesal del «privilegio de recaudación», *vid.* G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., I, p. 82; U. NAVARRINI, *Trattato del fallimento*, cit., I, p. 249; A. BRUNETTI, *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 575; R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, 3.^a ed., I, Milano, 1955, pp. 815 y 818; U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, cit., p. 1123; C. CELORIA-P. PAJARDI, *Commentario della legge fallimentare*, 2.^a ed., I, Milano-Messina, 1963, p. 492; B. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, cit., pp. 37 y 44; G. CHESI, *Nuovo codice delle cause di prelazione*, cit., p. 324. No obstante su naturaleza procesal, la trascendencia de estos privilegios no puede ser ignorada (*vid.* L. DIEZ-PICAZO, «Los créditos privilegiados...», cit., p. 296), ya que en la práctica, supone uno de los medios más poderosos de tutela del acreedor, al dejar a éste al margen de las incidencias y complicaciones del procedimiento concursal.

¹⁶⁴ *Vid.* E. Scandale, *La riscossione delle imposte dirette*, Napoli, 1953, pp. 276 ss.; G. SCAFIDI-V. SPITALERI, *Privilegi*, cit., p. 3; A. DE FILIPPO-M. VIGNALE, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 70.

¹⁶⁵ La justificación es de orden subjetivo: la autonomía de la acción se funda por tanto en peculiares condiciones subjetivas de los acreedores, no en las características de la relación crediticia (cfr. G. RAGUSA MAGGIORE, «Profili generali dei crediti privilegiati...», cit., p. 7). Por ello, se trata, curiosamente, de un privilegio en el sentido originario del término (*privilegium personae*), esto es, una ventaja conferida a un sujeto en virtud de sus características personales (*vid.* G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 483). En consecuencia, estos privilegios no pueden considerarse transmisibles.

Estado ¹⁶⁶ y los trabajadores ¹⁶⁷, que tienen necesidad inmediata de fondos para realizar sus fines, y por ello no pueden esperar a la realización del activo concursal, que puede experimentar retrasos considerables. Se trata de una ventaja que opera exclusivamente en el plano temporal, por tanto, y cuya función es de la de hacer más fácil y expedita la ejecución, para asegurar, prevalentemente, una rápida y efectiva recaudación de los tributos del Estado y una mayor celeridad en la satisfacción de los créditos de los trabajadores ¹⁶⁸.

La crítica a la existencia de privilegios de carácter procesal, especialmente a los privilegios de ejecución, parece atinada y justa. Es difícil, en verdad, sostener su oportunidad, ya sea desde el punto de vista de la función del procedimiento concursal, ya sea desde el punto de vista de la equidad. Así, en otros Ordenamientos, acaso más pródigos que el español en la concesión de privilegios procesales, existe un acuerdo prácticamente unánime en lamentar la existencia de estas ventajas de carácter procesal, sobre todo por los efectos destructivos para el resultado económico del procedimiento concursal, toda vez que el ejercicio de la acción ejecutiva singular por parte del acreedor provoca, con frecuencia, el desmembramiento de la empresa del deudor, y la consiguiente pérdida para la masa de acreedores ¹⁶⁹. Pero es que, además, el

¹⁶⁶ Véase artículos 93 y 95 del Reglamento General de Recaudación, que confieren a la Administración la posibilidad de continuar el procedimiento de apremio si la providencia de embargo emitida en éste es anterior al acto de apertura del procedimiento concursal. En el Derecho italiano este privilegio asume una gran impotencia: *vid.* P. PAJARDI, *Fallimento e fisco*, 3.ª ed., Milano, 1980, pp. 315 ss. Curiosamente el Derecho alemán, tan generoso en la atribución de derechos de separación a los acreedores con garantías reales y causas de prelación especial, no confiere un privilegio de ejecución separada al Fisco cuando éste carece de una causa de prelación especial: *vid.* K. H. MAUS, *Steuerrechtliche Probleme im Insolvenzverfahren*, 2.ª ed., vol. 3, München, 1995, pp. 21 ss., p. 27.

¹⁶⁷ Véase artículos 32.5 del ET; *vid.* B. RÍOS SALMERÓN, *Los privilegios del crédito salarial*, Madrid, 1984, pp. 140 ss.; M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Concurrencia entre ejecución laboral y ejecuciones concursales en el Ordenamiento laboral español», en *Relaciones laborales*, 1993, pp. 9 ss.

¹⁶⁸ *Vid.* B. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, cit., p. 33; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 122; A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., p. 376; G. RUISI-A. PALERMO-C. PALERMO, *I privilegi*, cit., p. 5. Así, Kemelmajer habla de «derecho al pronto pago» (A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, «Primera aproximación a las modificaciones producidas al régimen de las prioridades por la Ley 24.522», en *DYE*, 1995, pp. 300 ss., pp. 300-301). La Corte constitucional italiana (s. 13 de abril de 1967, n. 67, en *Giust. civ.*, 1974, III, p. 163) ha declarado conforme a la Constitución el poder de ejecución autónoma del Estado italiano, por el interés preeminente, y constitucionalmente reconocido, de garantizar el desarrollo regular de la vida financiera del Estado. Así, parece justa la observación crítica de Provinciali sobre la «hipocresía» de esta postura, ya que es el mismo Estado el que pone de manifiesto una inadmisibles desconfianza en las posibilidades solutorias de una actuación pública, cual es la del Juez concursal (R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, I, cit., p. 464).

¹⁶⁹ En este sentido, *vid.* V. TAVORMINA, «Esecuzione esattoriale, procedure concorsuali e parità di trattamento», en *Fallimento*, 1983, p. 404; A. ILARIA, «Esecuzione esattoriale e par condicio creditorum», en *Temi rom.*, 1981, pp. 409 ss., esp. p. 412; G. G. RUISI-A. JORIO-A. MAFFEI ALBERTI-G. U. TEDESCHI, *Il fallimento*, I, cit., p. 412.

ejercicio de la acción ejecutiva singular proporciona, a veces, un resultado escasamente útil a los sujetos presumiblemente beneficiados por el privilegio de ejecución ¹⁷⁰. Ambas circunstancias provocan que, en numerosas ocasiones, los privilegios procesales se utilicen más como armas de negociación, hasta cierto punto contestables, para obtener condiciones ventajosas de pago.

De todos modos, lo que importa subrayar es que los llamados privilegios procesales no atribuyen al acreedor un derecho de preferencia. Por tanto, y aun tratándose de exponentes de un trato discriminatorio entre acreedores, estos privilegios no constituyen manifestaciones del principio de preferencia. Las referencias a los privilegios en sentido genérico, en esta obra, se refieren, salvo indicación expresa en contrario, a los privilegios que son causas de preferencia (privilegios sustanciales o de crédito) ¹⁷¹.

¹⁷⁰ Vid. A. URZI, «Fallimento ed esecuzione esattoriale: inutilità di una deroga», en AA. VV., *La legge fallimentare, bilancio e prospettive dopo 30 anni di applicazione*, Milano, 1975, pp. 659 ss.; A. ROSSI, «Fallimento ed esecuzione esattoriale: una decisione definitiva», en *Giur. comm.*, 1978, II, p. 804, comentando la sentencia de la Cass. (s. u.), 12 de mayo de 1978, n. 2325.

¹⁷¹ Existe un único supuesto de privilegio procesal de efectos muy similares al de la causa de preferencia: se trata del privilegio de la acción directa. En ciertos casos, la ley confiere a un acreedor el derecho de actuar contra un deudor de su deudor, sin que pueda hablarse en tal caso de acción subrogatoria, ya que la acción puede ejercitarse de forma automática, sin sujeción a los requisitos del artículo 1111 del Código Civil, y se trata de una acción del acreedor, independiente de la acción que corresponda al deudor. El supuesto se halla presente en el Derecho español, en materia de seguros de responsabilidad civil (art. 76 de la LCS), pues se atribuye al perjudicado por la actuación del asegurado una acción para reclamar la indemnización al asegurador. La intención de la Ley es la de garantizar el pago del crédito por responsabilidad civil que surge a favor del perjudicado. Sin embargo, el expediente técnico utilizado para ello no constituye una causa de preferencia, ya que el perjudicado no adquiere un derecho frente a otros acreedores del deudor, sino que más bien parece que al perjudicado se le confiere un instrumento procesal suplementario para exigir el pago de su crédito (así, Ph. SIMMLER-Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés*, cit., pp. 509-510, configuran la acción directa como un privilegio procesal, que dispensa al acreedor del procedimiento ejecutivo para atribuirle directamente un derecho del deudor —el crédito contra el asegurador— como pago de su crédito). No obstante, toda acción refleja la existencia de un derecho, y este caso no es una excepción. Por ello, es preferible analizar la acción directa como un caso *sui generis* de garantía personal de origen legal: la ley establece, de manera automática, que un determinado sujeto queda obligado frente a otro en razón de un crédito ajeno (a favor de esta construcción, vid. M. CABRILLAC-C. MOULY, *Droit des sûretés*, cit., pp. 428-429; M. COZIAN, *L'action directe*, París, 1969, p. 329; cfr. Ch. JAMIN, *La notion d'action directe*, París, 1991, *passim*, que destaca el fundamento de la acción directa en la voluntad de la ley, con el fin de corregir la injusticia de una aplicación rígida de la norma de la relatividad de los contratos). En la doctrina española, vid. J. DUQUE, «Acción directa del tercero y solidaridad de las obligaciones del asegurador responsable», en *Rev. Der. Cir.*, 1967, núm. 6, pp. 10 ss., y la matizada posición de F. SÁNCHEZ CALERO-F. J. TIRADO SUÁREZ, *Ley del contrato de seguro, en Comentarios al C. de C. y a la legislación mercantil especial* (dir. M. MOTOS-M. ALBALADEJO), XXIV-2.º, Madrid, 1985, pp. 619 ss., con abundantes referencias.

3.3 LA CRISIS DE LA DISTINCIÓN ENTRE GARANTÍAS REALES Y PRIVILEGIOS. LA DIFERENCIA ENTRE CAUSAS DE PREFERENCIA DE ORIGEN LEGAL Y CAUSAS DE PREFERENCIA DE ORIGEN NEGOCIAL COMO CRITERIO FUNCIONAL BÁSICO

La distinción neta que ha sido establecida entre privilegios y garantías reales, fundamento de la división tradicional de las causas de preferencia, queda difuminada al considerar la existencia de fenómenos que no son encuadrables satisfactoriamente en esas categorías. Recapitulando, se observa que los rasgos comunes de los privilegios y las garantías reales son numerosos, pues no en vano ambas instituciones están basadas en el principio de preferencia. La diferencia entre garantías reales y privilegios se basa, esencialmente, en la diversa función de la tipificación legal y la autonomía privada en uno y otro tipo de causas de preferencia. Junto a esta diferencia, que parece fundamental, suele apuntarse que la garantía real contiene un derecho real y afecta a un bien determinado, mientras que los privilegios pueden conferir un derecho de preferencia respecto al producto de la ejecución de un bien determinado o respecto del producto de la ejecución de todo el patrimonio del deudor, pero en cualquier caso no confieren a su titular ningún derecho real.

La bipartición entre privilegios y garantías reales, con arreglo a los criterios enunciados, no puede explicar la diversidad de figuras existentes en el Derecho de la tutela del crédito. El primer ejemplo de esa inadecuación lo encontramos en las llamadas «garantías reales de origen legal», que en el Derecho español se manifiestan como «hipotecas legales». Pues bien, no deja de resultar paradójico que se califique a ciertas causas de preferencia como «garantías reales de origen legal», pues con ello se incurre en una renuncia de los elementos básicos de la definición de las garantías reales, a saber: que son garantías reales las causas de preferencia tipificadas de modo amplio por la ley, y atribuidas a una determinada relación crediticia por la autonomía de la voluntad. Es bien cierto, por tanto, que uno de los elementos claves en la configuración de las garantías reales lo constituye la trascendental y necesaria actuación de las partes, que crean y concretan convencionalmente los rasgos de la garantía real, a través del juego de la autonomía de la voluntad. En este sentido, referirse a «garantías reales de origen legal» parece una contradicción, o, cuando menos, una desviación significativa del concepto antes delineado ¹⁷².

No obstante, las garantías reales de origen legal son un instrumento técnico empleado por el legislador desde los orígenes del Derecho de la

¹⁷² Tiene razón Ciccarello cuando se refiere a la hipoteca legal como una «anomalía»: «chi dice che essa è legale ne ammette la sostanziale affinità col privilegio; chi invece la considera ipoteca, cerca di attribuire all'aggettivo "legale" una valenza diversa pur di ricondurla alla (presunta) matrice "pattizia"» (S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 110).

tutela preferencial del crédito. Por ello, es necesario analizar más profundamente las diferencias entre privilegios, garantías reales y las garantías reales de origen legal, para poder establecer las verdaderas características de cada una de las causas de preferencia y trazar así los contornos exactos de cada una de estas figuras del Derecho de la tutela del crédito.

Como se señaló, el privilegio constituye una causa de preferencia fijada por la ley, que determina la tutela preferencial de un crédito con independencia de la voluntad de las partes de esa relación crediticia. La garantía real, por el contrario, fundamenta su existencia en un acuerdo entre las partes, en virtud del cual un crédito determinado queda protegido mediante dicha garantía. Desde este punto de vista, parece que la garantía real de origen legal no es sino un privilegio, puesto que se trata de una modalidad de tutela preferencial que asiste un determinado crédito sin necesidad de que las partes presten su consentimiento. No cabe duda de que, desde el punto de vista funcional, la garantía real de origen legal desempeña una función idéntica a la del privilegio ¹⁷³.

Sin embargo, la denominación genérica «garantías reales de origen legal» encubre una variedad de modelos desarrollados en distintos Ordenamientos jurídicos a lo largo de la historia. Así, las garantías reales de origen legal surgen como una forma intensificada de tutela preferencial, como respuesta a la supremacía de las garantías reales sobre los privilegios, que amenazaba con privar de eficacia a éstos ¹⁷⁴. Posteriormente, se produjo una extensión cada vez mayor de las garantías reales de origen legal, que en los Ordenamientos latinos terminaron por ser asimiladas a los privilegios (privilegios especiales), mientras que en los Ordenamientos de matriz germánica y anglosajona permanecen aún como garantías reales de origen legal (prendas legales). Sin embargo, la asimilación efectuada en los Ordenamientos jurídicos latinos no fue completa, como lo prueba el hecho de que en la codificación pervive la hipoteca legal, como único exponente de esta clase de garantías ¹⁷⁵.

¹⁷³ Por ello, es difícil distinguir las garantías reales de origen legal, y en concreto la hipoteca legal, de los privilegios inmobiliarios. Quizá pueda afirmarse que la hipoteca legal responde a ciertas características subjetivas del acreedor (cónyuge, menor, etc.), mientras que el privilegio inmobiliario guarda relación con circunstancias objetivas, tradicionalmente identificadas con el concepto de causa del crédito. No obstante, esta distinción no aparece clara en absoluto.

¹⁷⁴ Conviene recordar que las nociones de privilegio y de garantía legal son cambiantes a lo largo de la historia, de modo que para llegar a un significado concreto es necesario examinar su contexto histórico-jurídico.

¹⁷⁵ Existen también reminiscencias del sistema de garantías anterior a la codificación en las llamadas «hipotecas judiciales». La hipoteca judicial existe aún en el Derecho francés (v. l. 9 de julio de 1991, arts. 77-79), en el que tiene su origen (*vid.* L. AYNÈS, *Les sûretés*, cit., p. 146; M. CABRILLAC-C. MOULY, *Droit des sûretés*, cit., pp. 603 ss.; Ph. SIMMLER-Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés*, cit., p. 322). También el Derecho italiano regula la hipoteca judicial (art. 2818 del CC italiano), que suele fundamentarse en la especial consideración del crédito por el carisma de certeza y de imperatividad que se deriva del pronunciamiento judicial de condena (*vid.* D. RUBINO, *Le ipoteche*, cit., p. 287; v. también A. VERSO, «L'ipoteca in generale...», cit., pp. 79 ss.). Se trata de una

La hipoteca legal constituye la figura más importante y generalizada de entre las garantías reales de origen legal, ya que se trata de una figura que comparten, con diversos matices, los principales Ordenamientos latinos¹⁷⁶.

No obstante, existen distintos modelos de hipoteca legal. Ciertamente, la hipoteca puede surgir con independencia de la voluntad de las partes, sin exigir ninguna actividad de éstas, y producir sus efectos sin necesidad de cumplir las disposiciones relativas a la publicidad legal de las hipotecas. Se trataría, en este caso, de una *hipoteca legal tácita*. Si además dicha hipoteca se antepone en el rango a todas las hipotecas, aun las inscritas con anterioridad, se trata de una *hipoteca legal tácita privilegiada*¹⁷⁷. No obstante, las hipotecas tácitas no constituyen un

hipoteca legal, pero no en el sentido de que haya sido concedida en razón de la causa del crédito, sino, en todo caso, porque es concedida en razón de la actividad del acreedor (vid. G. GORLA, *Pegno-hipoteca*, cit., pp. 454 ss., y, en general, sobre la hipoteca legal, pp. 444 ss.). De parecido significado es la anotación de embargo del Derecho español (v. art. 1923. 4.º del CC), y la preferencia de las sentencias firmes (1924. 3.º, letra b, del CC). El legislador español ha querido evitar, conscientemente, la expresión «hipoteca judicial» para dejar constancia de la existencia de trascendentes diferencias de régimen entre la hipoteca, de un lado, y la anotación preventiva de embargo y la preferencia de las sentencias firmes, de otro.

¹⁷⁶ La figura de la hipoteca legal cuenta con una larga tradición en el Derecho español: vid. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, 3.ª ed., III, 3, Barcelona, 1983, pp. 280 ss., y sobre todo, R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, IV, cit., pp. 589 ss. La naturaleza de la hipoteca legal es idéntica a la de la hipoteca convencional, pues su especialidad se refiere sólo a su origen (contra, indicando que quizás las hipotecas legales no sean sino *simples preferencias de cobro*, X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*, III, Madrid, 1988, p. 330). En el Derecho español, como en el resto de los Derechos latinos, la hipoteca legal ha perdido importancia como medio de tutela de los créditos nacidos dentro de las relaciones familiares (p. ej., art. 168 de la LH, hipoteca de las mujeres), pero sigue teniendo gran importancia en relación a los créditos públicos (v. art. 168.5.º de la LH; art. 194 de la LH). En el sistema francés, como en el español, la hipoteca legal continúa siendo una institución de gran trascendencia en la ordenación del crédito: vid. M. CABRILLAC-C. MOULY, *Droit des sûretés*, cit., pp. 596 ss.; Ph. SIMMLER-Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés*, cit., pp. 310 ss., que resaltan la importancia de las hipotecas legales del Fisco y de la Seguridad Social. En el Derecho italiano, vid. D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit., p. 257; G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, cit., II, pp. 194 ss. y pp. 238 ss. En la actualidad la hipoteca legal es una figura de escasa importancia práctica en Italia, tras la abolición de la hipoteca legal del Estado (art. 218 d. l. g. 28 de julio de 1989, n. 271) y de la hipoteca legal de la esposa por la dote (art. 208, l. 9 de mayo de 1975, n. 151). En el sistema italiano existen en la actualidad solamente dos supuestos de hipoteca legal: la del vendedor de un inmueble por las obligaciones que derivan de la enajenación; y la hipoteca legal de los comuneros por el pago de las obligaciones comunes (*conguagli*) (v. art. 2.817 Codice civile).

¹⁷⁷ En el Derecho español existen dos hipotecas legales tácitas privilegiadas: la del Estado, Provincias y Ayuntamientos sobre los bienes inmuebles sobre los que graven impuestos, por la última anualidad de los mismos (art. 194.1 de la LH) y la hipoteca de los aseguradores sobre el inmueble asegurado (v. art. 196 de la LH). A estas hipotecas puede asimilarse la preferencia establecida a favor de la comunidad de propietarios, por los gastos comunes del último año (art. 9.5.º de la LPH). Existe también en el Derecho italiano, aunque de forma marginal, la institución de la hipoteca privilegiada (sobre la cual, vid. G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi...*, cit., p. 147), que la doctrina analiza como una hipoteca a la que se añade un privilegio, y prevalece sobre las hipotecas anteriores. En realidad, las hipotecas legales privilegiadas son indistinguibles de los privilegios inmobiliarios

supuesto habitual, ya que sólo encajaron como excepciones dentro del sistema de publicidad impuesto a partir de las leyes hipotecarias. Así, la regla general en materia de hipotecas legales exige un comportamiento activo por parte del acreedor, comportamiento que habrá de materializarse en una actuación que dote de la necesaria publicidad a la garantía conferida por la ley (art. 159 de la LH). Este dato podría señalar que la hipoteca legal se sitúa en un espacio intermedio entre las garantías reales puras y los privilegios, ya que el nacimiento del derecho de preferencia exige una actividad positiva por parte del acreedor, pero no requiere, en cambio, un acuerdo de las partes, o un acto del deudor.

No obstante, si el único rasgo diferenciador entre la hipoteca legal y los privilegios es el de la necesidad de inscripción de la hipoteca legal¹⁷⁸, habrá que precisar inmediatamente que ese dato no es determinante, porque el acto de inscripción no es necesario en todas las hipotecas legales (ya se ha visto que existen hipotecas legales tácitas) y ni siquiera es privativo de las hipotecas legales. Así, la ley prevé también una categoría de privilegios cuyo nacimiento queda sometido al cumplimiento de determinados requisitos de publicidad legal. Son los llamados privilegios inscripcionales o registrales¹⁷⁹. En estos privilegios, la publicidad legal se presenta como requisito fundamental para la existencia del derecho de preferencia¹⁸⁰.

Como puede apreciarse, la consideración de la mera existencia de la hipoteca legal difumina la clásica distinción entre privilegios y garantías reales; con ella, se produce un cierto trastorno en la delimitación de los conceptos básicos de la teoría de la preferencia, forzando al intérprete a replantear las verdaderas diferencias entre las causas de preferencia¹⁸¹.

(*vid.* G. MARTY-P. RAYNAUD-Ph. JESTAZ, *Les sûretés*, cit., p. 105). Por ello, parte de la doctrina francesa habla de «privilegios inmobiliarios», mientras que otros autores prefieren la denominación de «hipotecas legales privilegiadas» (así, Ph. SIMMLER-Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés*, cit., pp. 290 ss.).

¹⁷⁸ Para Gino GORLA (*Le garanzie reali dell'obbligazione. Parte generale*, cit., p. 11) la base de la distinción es la necesidad de inscripción. Si faltase este elemento, según Gorla, no habría ninguna diferencia entre el privilegio «real» (es decir, especial) y la hipoteca legal.

¹⁷⁹ En el Derecho español, el ejemplo más claro lo constituye el privilegio del crédito refaccionario. La categoría de los privilegios inscripcionales ha sido elaborada por la doctrina italiana: *vid.* G. RAGUSA MAGGIORE («Profili generali dei crediti privilegiati...», cit., p. 40, nota 61). «(Los) privilegios inscripcionales, para su validez, requieren la anotación del derecho del acreedor en registros especiales destinados a la publicidad» (A. BRUNETTI, *Lezioni sul fallimento*, cit., p. 258; v. también F. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 80).

¹⁸⁰ *Vid.* S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, en *Trattato dir. civ. e comm.* Cicu-Messineo, Milano, 1957, pp. 306-307. En estos supuestos, «la inexistencia de la publicidad impide al privilegio, que la norma concede al crédito de manera abstracta, operar en concreto como causa de preferencia» (A. DE FILIPPO-M. VIGNALE, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 73). En el Derecho español, el privilegio del acreedor refaccionario de inmuebles requiere su inscripción para adquirir un derecho de preferencia superior. La falta de inscripción no priva al crédito refaccionario de su preferencia, pero éste queda en una posición inferior y escasamente protegida.

¹⁸¹ *Vid.* S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 30. La difuminación de los conceptos provoca teorías como la de J. Poplawski, que concibe la hipoteca como una de las

A fin de cuentas, parece como si las palabras usadas por el legislador fuesen la única diferencia entre las instituciones, pues las líneas de separación entre las diversas figuras no están en absoluto claras¹⁸².

En cualquier caso, la contraposición entre garantías reales y privilegios no conduce a una comprensión del sistema de tutela del crédito. Los rasgos de las instituciones analizadas ponen de manifiesto que la diferencia básica entre privilegios y garantías reales se encuentra en el origen inmediato en la ley, propio de los privilegios, en contraste con la función atribuida a la autonomía de la voluntad en el nacimiento de las garantías reales. Desde esta perspectiva, los privilegios y las hipotecas legales deben ser agrupadas en la misma categoría, ya que la hipoteca legal, como el mismo término indica, tiene un origen determinado fundamentalmente por la ley, por más que se afirme, en ocasiones, que se basa en la existencia de una voluntad presunta¹⁸³. En resumen, la hipoteca legal constituye una causa de preferencia atribuida por la ley a determinados sujetos, a los que se considera merecedores de una tutela especialmente intensa¹⁸⁴. Desde el punto de vista de la función y del ori-

variedades del privilegio. Esta tesis fue desarrollada por J. BONNECASE (*Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, París, 1930, pp. 450 ss.) que, al reconducir el concepto de privilegio a los derechos reales, concluye que la hipoteca constituye un derecho real de las mismas características que el privilegio.

¹⁸² La cuestión es todavía más difícil, si cabe, en el Ordenamiento italiano, en el que existe el llamado «privilegio convenzionale», que constituye una, al menos aparente, *contradictio in terminis*. Esta figura, peculiar del Derecho italiano, ha experimentado un gran auge, debido a una prolija y compleja legislación especial, que ha dado a esta figura una vitalidad asombrosa, cuya causa se encuentra, principalmente, en la inexistencia de garantías sin desposesión sobre bienes muebles en el Derecho italiano. Sobre esta particularidad del Ordenamiento italiano, *vid.* F. FERRARA jr., *L'ipoteca mobiliare*, cit., p. 1; Véase también, *in extenso*, G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, cit., pp. 10 ss.; G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 463; *Commentario codice civile*, dir. P. CENDON, cit., vol VI, pp. 252 ss. Los privilegios convencionales nacen de la exigencia de la empresa de obtener financiación (S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 96). En el Derecho italiano, todos los privilegios convencionales son privilegios especiales, lo cual está en consonancia con la idea central de la especialidad como principio regulador de las garantías reales en el Derecho de la codificación. De este modo, el privilegio convencional es prácticamente indistinguible de una hipoteca mobiliaria: se trata de un privilegio cuyo nacimiento se subordina a la existencia de una convención de las partes con requisitos de formalidad y que normalmente debe inscribirse en un registro especial. Conceptualmente, pues, se pueden configurar «tres alternativas (*sic*): un privilegio que nace con la convención; un privilegio que nace con la convención y que está también sujeto a publicidad; y un privilegio que, aun no estando subordinado a la convención, necesita cumplir con los requisitos de la publicidad» (S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 58). Parece lógica la asimilación del privilegio convencional a la hipoteca (en este sentido, S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 22), y resulta también explicable que la mejor doctrina se refiera a la «incoherencia y contradicciones de la figura de los privilegios convencionales» (G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 462).

¹⁸³ Así, G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 55. La teoría de la voluntad presunta ha sido ampliamente criticada por su indefinición. Además, esta teoría sería igualmente aplicable a numerosos supuestos de privilegios, en los que cabría interpretar que existe una voluntad presunta del deudor respecto a la concesión de un derecho de preferencia al acreedor sobre determinados bienes.

¹⁸⁴ En resumen, en la hipoteca legal «el título que justifica la inscripción deriva directamente de la ley, en consideración de la causa del crédito y, a veces, de la persona del acreedor» (A. VERSO, «L'ipoteca in generale...», cit., p. 79); por tanto, también

gen de la hipoteca legal, sería preciso hablar de identificación con el privilegio, más que de paralelismo¹⁸⁵. Por todo ello, parece conveniente englobar a los privilegios e hipotecas legales dentro de una misma categoría de causas de preferencia, marcada por el origen legal de la preferencia. Así, la dicotomía privilegios-garantías reales ha de ser sustituida por la distinción entre *causas de preferencia de origen legal* y *causas de preferencia de origen negocial*. Esta distinción, basada sobre el origen legal o negocial del derecho de preferencia, resulta muy adecuada para la construcción de una tipología funcional de las causas de preferencia.

Es evidente, sin embargo, que las categorías de causas de preferencia enunciadas son extraordinariamente amplias, y que dentro de ellas existen fenómenos de caracteres muy diversos. La causa de la insuficiencia de esta clasificación radica en que la misma atiende solamente al origen, pero no tiene en cuenta en absoluto las diferencias estructurales de las causas de preferencia. Por ello, la división entre causas de preferencia de origen legal y causas de preferencia de origen negocial no sirve para establecer la estructura y caracteres de los distintos tipos de causas de preferencia. Así pues, el criterio de distinción por el origen debe ser complementado por un criterio de rasgos diversos. Es bien posible que la fragmentada categoría de las causas de preferencia pueda ser reconstruida si se presta atención no sólo al origen de los derechos de preferencia, sino también a su estructura.

el fundamento es análogo al de los privilegios. En efecto, los privilegios, en ciertas épocas históricas, suplían las funciones de las actuales hipotecas legales (D. RUBINO, *Le ipoteche*, cit., p. 257). El único matiz diferenciador entre hipoteca legal y privilegio puede venir dado por la mayor relevancia que la persona del acreedor tiene en ciertas hipotecas legales, hasta el punto de asumir los rasgos de un *privilegium personae* (vid. L. AYNÈS, *Les sûretés*, cit., p. 145: «L'hypothèque legale est attachée à la qualité du créancier quelle que soit la nature des créances qu'il a envers le débiteur»). Aunque la afirmación de Aynès no pueda ser compartida en su totalidad (p. ej., el Estado goza de hipoteca legal por las deudas tributarias, no por las que pueda tener en virtud de un contrato de préstamo), sí es cierto que en la hipoteca legal existe una consideración subjetiva del acreedor de mayor relevancia que la formulada en el privilegio (p. ej., hipoteca legal de la mujer casada; hipoteca de los menores sobre los bienes de sus tutores), aunque esa consideración subjetiva debe analizarse en el contexto revolucionario de la codificación y en las ansias de evitar cualquier tipo de connotación política en la atribución de privilegios: quizá fue el intento de evitar las connotaciones de los privilegios subjetivos lo que produjo que estas causas de preferencia se denominasen hipotecas legales.

¹⁸⁵ Cfr. L. COVIELLO (*Delle ipoteche*, cit., p. 144), que considera que la hipoteca legal tiene en su fundamento numerosas afinidades con el privilegio; G. GORLA (*Pegno- ipoteca*, cit., p. 475) establece solamente una débil distinción en el sentido de que la hipoteca legal no se concede tanto por la causa del crédito como por la actividad del acreedor (vid. S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 30). Así, la conclusión obligada es la de la imposibilidad de distinguir los privilegios de las demás causas legales de preferencia, en particular de la hipoteca legal (arts. 2817 y 2834 del codice civile) y de la denominada hipoteca judicial (arts. 2818 y 2836 del Codice civile). En las figuras indicadas en segundo lugar, en efecto, la causa justificativa de la preferencia no es el acto de autonomía privada, verdadera y propia condición para constituir la garantía, sino el hecho cualificado por la ley como presupuesto idóneo para obtener la inscripción de la garantía» (*Commentario Codice civile*, dir. P. CENDON, cit., p. 252; vid. G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 462).

3.4 LA DISTINCIÓN ENTRE PREFERENCIA GENERAL Y PREFERENCIA ESPECIAL COMO CRITERIO ESTRUCTURAL BÁSICO

Al examinar la distinción entre privilegios y garantías reales, se ha dejado de lado, voluntariamente, uno de los rasgos diferenciadores a los que la doctrina atribuye mayor importancia: las garantías reales confieren un derecho real sobre un objeto determinado, mientras que los privilegios tan sólo confieren «una preferencia». Sin embargo, puede apreciarse ya que la distinción entre privilegios y garantías reales no es afortunada porque confronta términos totalmente heterogéneos: el término «privilegio» alude al *origen* legal de la preferencia, y en cambio el término «garantía real» está referido a la *estructura* de la preferencia. Por ello existen garantías reales de origen legal, como las hipotecas legales, que ponen de manifiesto la incoherencia de la bipartición. Desde luego, resulta particularmente complejo establecer una teoría del derecho de preferencia basándose en la distinción entre garantías reales y privilegios. Esta división pone de manifiesto el diverso origen y la diversa función de las distintas causas de preferencia, es decir, el origen directamente legal de los privilegios, y el origen indirectamente legal, a través del reconocimiento de la actividad de la autonomía privada, de las garantías reales. Esa diferencia de origen trasciende al terreno de la función, dado que las garantías reales sirven para el desarrollo de las operaciones de financiación de la economía privada, en tanto que los privilegios asumen una función pública de protección de los acreedores considerados dignos de tutela especial. Sin embargo, la distinción entre garantías reales y privilegios tiene un interés limitado cuando se trata de examinar la estructura y efectos del derecho de preferencia.

De la misma manera que se ha precisado el significado de la división entre causas de preferencia de origen legal y negocial, conviene ahondar ahora en las diferencias de estructura de las causas de preferencia, para tratar de encontrar un criterio delimitador.

Suele afirmarse que los privilegios no confieren un derecho real al acreedor, sino que constituyen «meras preferencias crediticias». En ese dato estructural se funda la bipartición de privilegios y garantías reales. Sin embargo, cuando se realiza tal afirmación, es necesario precisar el significado del término «privilegios». En efecto, muchos de los problemas que surgen al intentar establecer la naturaleza jurídica de los privilegios y sus rasgos generales proceden del uso de la palabra «privilegio» para designar dos figuras radicalmente diversas desde el punto de vista estructural: los privilegios generales y los privilegios especiales. La distinción entre privilegios generales y privilegios especiales, trascendental para la comprensión de los primeros fundamentos de la teoría de la preferencia, es aceptada unánimemente por la doctrina, aunque dichos términos no

aparezcan expresamente en el Código de Comercio ni en el Código Civil ¹⁸⁶.

La característica común y fundamental de los dos tipos de privilegios, generales y especiales, es que ambos confieren un derecho de preferencia, y que ambas causas de preferencia tienen origen legal ¹⁸⁷. No obstante, la estructura de los privilegios generales y especiales es totalmente diversa. Los privilegios generales son aquellos que otorgan al acreedor un derecho de preferencia referido al producto de la ejecución del conjunto de los bienes que forman el patrimonio del deudor. Los privilegios especiales, en cambio, son causas de preferencia que determinan uno o varios bienes muebles o inmuebles del patrimonio del deudor como objeto del privilegio. El derecho de preferencia del acreedor, por consiguiente, se limita al producto de la ejecución de los bienes que forman el objeto del privilegio. Si el importe de dicho producto no alcanza a satisfacer completamente el crédito, la porción de éste que quede insatisfecha no podrá gozar del derecho de preferencia, sino que tendrá la condición de crédito ordinario. *Prima facie*, parece que la distinción entre privilegios generales y privilegios especiales reside fundamentalmente en la extensión del objeto de la preferencia, debido a una diversa valoración sobre la necesidad de protección del crédito ¹⁸⁸. Así,

¹⁸⁶ En el Código Civil se habla de «créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes (arts. 1922 y 1923 del CC, según se trate de bienes muebles o inmuebles) y de «créditos que gozan de preferencia con relación a los demás bienes» (art. 1924 del CC). Una de las confusiones que debe evitarse es la derivada del uso del término «créditos singularmente privilegiados» en el Código, ya que con dichos términos no se hace referencia a privilegios especiales en el sentido definido en el texto, sino a privilegios generales dignos de una consideración especial por historia y posición en la graduación de créditos; en concreto, privilegios que recibían un tratamiento preferencial respecto de las hipotecas, con anterioridad a la reforma del sistema hipotecario. La distinción de privilegios especiales y privilegios generales sí tiene relevo legislativo en el Código Civil francés y en el Código Civil italiano, por citar los dos ejemplos más importantes.

¹⁸⁷ *Vid.* G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 74. Puede afirmarse que el origen directo en la ley es la única nota unificadora de los privilegios, la que los distingue de las demás causas de preferencia (*vid.* L. AYNÈS, *Les sûretés*, cit., p. 145).

¹⁸⁸ El privilegio especial sería, en principio, la expresión de un *favor* más limitado por parte del legislador, representando el «cálculo que el acreedor haya podido razonablemente realizar sobre los muebles del deudor para proporcionarse una garantía de satisfacción del propio crédito» (I. LUZZATI, *Dei privilegi*, cit., p. 153). El origen de la distinción, pues, se encontraría en la diversa causa del crédito, puesto que en la mayor parte de los privilegios especiales, la causa del crédito pone en inmediata relación al acreedor con la cosa (cfr. G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 50). También basa la distinción privilegios generales-privilegios especiales en la causa del crédito A. BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, p. 579. Pero la distinción entre privilegios generales y especiales, aparte de estar basada en la causa del crédito, puede ser también consecuencia de la falta de alternativas del legislador: «Quando il legislatore si determina a dichiarare privilegiati certi crediti per ragioni soggettive, ritenendo meritevoli di questo favore i crediti stessi per considerazioni desunte dalla persona del creditore, e dalla natura dei servizi da esso prestati al debitore, non vi è ragione di considerare come specialmente affetti alla soddisfazione di quei crediti dei beni determinati; il privilegio colpisce indistintamente tutti i beni mobili del creditore. Quando invece la determina-

el privilegio general sería testimonio de una mayor expresión de *favor* legislativo hacia el acreedor, al poder éste satisfacer su crédito de manera preferente con el producto de la ejecución de todos los bienes del deudor ¹⁸⁹.

Sin embargo, la diferencia de objeto de los privilegios generales y especiales no es sino la manifestación externa de una divergencia más profunda, de carácter estructural. En efecto, la diferencia fundamental entre el privilegio general y el privilegio especial reside en el diverso tipo de preferencia, hasta el punto de que, desde el punto de vista morfológico y estructural, es posible afirmar que *la distinción entre preferencia especial y general constituye una de las bases de todo el sistema de las causas de preferencia*. La existencia de dos tipos de privilegios se traduce, en realidad, en la existencia de dos tipos de preferencia, general y especial, que da lugar a una distinción de la máxima importancia para la reconstrucción de un sistema seriamente dañado por intervenciones continuas y contradictorias del legislador, y sometido a los vaivenes de una peculiar evolución histórica.

Volviendo sobre la distinción, es claro que la preferencia general es aquella que confiere al acreedor un derecho de preferencia referido al producto de la ejecución de todos los bienes muebles e inmuebles del deudor. La preferencia general consiste en la adición de un derecho accesorio *personal* al derecho de crédito de que es titular el acreedor ¹⁹⁰. De esta afirmación se deduce que la preferencia general no confiere al acreedor ningún derecho adicional frente al deudor. Aquí, también, puede hallarse una explicación a la tradicional definición del privilegio general como «simple cualidad del crédito» ¹⁹¹, o un «modo de ser del crédito». A decir verdad, la expresión «cualidad del crédito» es, como mínimo, crítica y ambigua, y, sobre todo, no logra explicar el fenómeno

zione del legislatore è ispirata da considerazioni oggettive, e il privilegio trova il suo fondamento in un rapporto intercedente fra il credito e certi particolari beni del debitore, è naturale che abbia per oggetto questi soltanto; il credito in tal caso è nato in ragione di una o più cose, o il creditore ha per altra causa motivo di considerare una o più cose come sua particolare garanzia; in questi casi si ha il privilegio speciale» (E. BIANCHI, *Dei privilegi*, cit., p. 160).

¹⁸⁹ Hay que tener en cuenta que en ciertos momentos históricos, al no existir, o no aparecer claramente la existencia de un principio de prevalencia de las causas de preferencia especiales sobre las generales, la concesión de un privilegio general era motivo de un gran favor al acreedor, ya que sus posibilidades de obtener satisfacción eran muy elevadas; no así si se le concedía un privilegio especial. V. cap. IV, sobre la evolución de las causas de preferencia; y cap. VII, sobre los principios de graduación de las causas de preferencia.

¹⁹⁰ Evidentemente, no se puede tratar de un derecho real (*vid.* I. LUZZATI, *Dei privilegi*, cit., p. 140), ya que no confiere un poder inmediato y directo sobre objeto alguno. Existen, sin embargo, autores de una determinada etapa histórica que defendieron la naturaleza real de los privilegios generales (p. ej., *vid.* J. POPLAWSKI, *La notion de privilège...*, cit., pp. 129 ss., pp. 278 ss.; E. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato dei privilegi*, I, cit., p. 46), pero no se puede aceptar que todos los bienes del deudor queden gravados por un derecho real. En la actualidad, defiende la calificación como «garantía real» de los privilegios generales L. AYNÈS, *Les sûretés*, cit., p. 161, aunque la noción de garantía real que utiliza este autor es extraordinariamente amplia.

¹⁹¹ V. *supra*, nota 135.

de la preferencia ¹⁹². El privilegio general consiste, sencillamente, en la adición a un crédito de un derecho personal frente a ciertos acreedores del deudor común ¹⁹³. Es conveniente destacar la naturaleza personal del derecho de preferencia, ya que el acreedor no adquiere ningún poder o facultad sobre los bienes del deudor, y sobre todo, el deudor no asume ninguna obligación suplementaria, porque el derecho de preferencia se ejercita frente a los demás acreedores del deudor común: son éstos acreedores los obligados a respetar la posición de preeminencia del acreedor privilegiado ¹⁹⁴. Gracias al derecho de preferencia, el acreedor privilegiado puede anteponer la satisfacción de su crédito frente a las pretensiones de todos los acreedores situados en puestos inferiores de la graduación. El hecho de que la preferencia general tenga como objeto todos los bienes muebles e inmuebles del deudor no resta nada a la naturaleza de derecho personal de la misma: en efecto, el patrimonio

¹⁹² Es ambigua en el sentido de que el privilegio, como cualidad, se confunde con la «calidad» del crédito como causa del reconocimiento de la preferencia. Por otro lado, es particularmente difícil comprender el mecanismo técnico por el que el privilegio, que no es sino «una cualidad o modo de ser» del crédito (A. CANDIAN, *Nozioni istituzionali...*, cit., p. 402) puede producir un efecto tan sustancial –y trascendente– como la preferencia. *Vid. F. MESSINEO, Manuale*, cit., p. 65, cuyo recurso a la noción de cualidad parece un intento de explicar cómo se altera la naturaleza del derecho de crédito sin atribuir ningún deber al deudor.

¹⁹³ A. TRABUCCHI (*Istituzioni di diritto civile*, 29.^a ed., Padova, 1988, p. 603) sostiene que el privilegio no constituye un derecho aparte, sino que se trata de una cualificación del mismo crédito. El problema es que la doctrina tiende a buscar un derecho frente al deudor, derecho que ciertamente no existe, pero sí existe, en cambio, un derecho frente a los demás acreedores. Otros autores admiten la existencia de un derecho, aunque no se llega a la formulación de su naturaleza: se habla de un derecho *sui generis*, o no se especifica el carácter del derecho: «La característica de los privilegios... es la de atribuir a los acreedores el derecho de ser satisfechos de manera preferente» (G. RAGUSA MAGGIORE, «Profili generali dei crediti privilegiati...», cit., p. 14; véase también «Profili generali dei crediti privilegiati nel fallimento», en *Riv. Dir. Comm.*, 1968, pp. 30 ss.). En realidad, una vez que se ha definido el derecho de preferencia, y que se acepta que los privilegios son causas de preferencia, no cabe sino aplicar a todos los privilegios los rasgos de la preferencia.

¹⁹⁴ Es bien cierto que, con anterioridad a la ejecución, el privilegio no confiere ningún derecho: «el privilegio general no es un *status*, una situación análoga a la de realidad, que pueda compararse a la prenda y a la hipoteca; es una situación que se expresa y que se hará valer en el momento de la ejecución, no en el momento precedente, en el momento de la cognición» (G. RAGUSA MAGGIORE, «Relazione generale», en *Dir. fall.*, 1984, I, pp. 597 ss., p. 602). En este sentido, la teoría procesalista ha visto en el privilegio general «un régimen especial de la acción» (E. Redenti) o «una modalidad de la acción ejecutiva, esto es, del derecho (subjetivo) procesal, no del derecho material del acreedor (F. CARNELUTTI, *Il processo di esecuzione*, I, n. 191, p. 585; véase un examen de esas posturas en R. FRANCESCHELLI, «Privilegio», cit., p. 293). Pero no puede explicarse la adquisición de una posición sustancial mediante una institución procesal. Si se analiza el derecho de preferencia como un derecho subjetivo frente a los demás acreedores, se comprende enseguida porqué el privilegio no opera con anterioridad al concurso: no tiene operatividad simplemente porque con anterioridad al concurso la categoría de sujetos vinculados por el derecho del acreedor privilegiado no ha sido determinada. En efecto, es necesaria la actividad de verificación del pasivo para que se pueda llegar al ejercicio de la preferencia. El privilegio general se explica a través del concepto de derecho material, pero un derecho personal y no real (sobre la teoría heterodoxa del privilegio general como derecho real, *vid. G. P. CHIRONI, Trattato dei privilegi*, cit., I, p. 77; véase una aguda crítica en C. VARELLI, «Contributo alla teoria dei diritti reali di garanzia», cit., pp. 248 ss.).

del deudor actúa como parámetro del derecho de preferencia, como medida del mismo, pero en la preferencia general no existe ningún derecho del acreedor que sujete directamente los bienes del deudor.

Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica, en consecuencia, la preferencia general aparece como la forma pura del derecho de preferencia, que se presenta sin ningún accesorio, despojada de cualquier otro poder o facultad. Consecuentemente, el privilegio general se agota en el derecho de preferencia, pues, aparte de este derecho, el acreedor que cuenta con un privilegio general no tiene poderes mayores, ni diversos, de los de un acreedor ordinario ¹⁹⁵.

En la mayoría de los Ordenamientos europeos, la preferencia general se identifica con los privilegios generales, ya que se desconocen otras instituciones de tutela del crédito que confieran al acreedor este tipo de preferencia. Conviene señalar, no obstante, que durante su desarrollo histórico, han existido garantías reales que conferían un derecho de preferencia sobre el producto de la ejecución de todos los bienes del deudor (hipotecas generales), y que sólo a partir de la racionalización del derecho de las garantías reales introducida por la codificación desaparecen de los Derechos del continente europeo, al menos nominalmente, las garantías reales sobre todo el patrimonio del deudor. En los Derechos anglosajones, ajenos por completo a las preocupaciones técnicas y sistemáticas de la codificación, las garantías reales sobre todo el patrimonio del deudor continúan existiendo, con las denominaciones de *floating charge* o *floating lien*, típicas de los Derechos anglosajones y estadounidense, respectivamente, y desempeñan una función de primordial importancia en el mercado crediticio ¹⁹⁶. Así pues, se aprecia que ni desde el punto de vista histórico, ni desde el punto de vista del Derecho comparado, es posible enunciar un principio inmutable por el que las causas de preferencia de origen negocial deban recaer sobre un objeto determinado y atribuir un derecho real sobre éste.

Estas garantías que se han mencionado confieren el derecho de preferencia sin atribuir a su titular un derecho real, En efecto, tales garantías no otorgan al acreedor ningún poder sobre el patrimonio del deudor, que es libre de enajenar los bienes que constituyen el objeto de la

¹⁹⁵ De hecho, el acreedor con privilegio general simplemente solicita una ejecución ordinaria, y embarga y ejecuta cualesquiera de los bienes del acreedor. No existe, por tanto, ninguna particularidad procesal en el ejercicio del privilegio general, ni existe ninguna obligación de respeto por parte del deudor, al que es ajena e indiferente la existencia de privilegios generales. La distinción entre garantías reales y privilegios generales es implícita cuando se afirma que «mientras la garantía real sirve para reforzar la sanción frente al mismo deudor, el privilegio [general] no contempla más que las relaciones entre los acreedores del deudor común» (A. MONTEL, «Appunti in tema di garanzia reale», cit., p. 90); vid. V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, cit., p. 60; S. MERZ-G. ZANCONATI, *I privilegi...*, cit., p. 6.

¹⁹⁶ Vid. R. M. GOODE, *Legal Problems of Credit and Security*, cit., pp. 46 ss.; L. C. B. GOWER, *Principles of Modern Company Law*, 5.ª ed., London, 1992, pp. 413 ss.; I. SNAITH, *The Law of Corporate Insolvency*, London, 1990, pp. 61 ss. Muy similar a la *floating charge* es el *floating lien* del Derecho estadounidense (vid. J. J. WHITE-R. S. SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, 2.ª ed., St. Paul, Minn., 1980, pp. 1007 ss.).

garantía del acreedor sin que el acreedor pueda dirigirse a los terceros adquirentes para ejercitar su derecho de preferencia sobre dichos bienes. En el Derecho inglés la estructura de estas garantías se explica en los siguientes términos: la garantía real existe, pero «flota» sobre el patrimonio del deudor. Con tal expresión se indica que los bienes del deudor no quedan vinculados por la garantía y que éste puede transmitirlos libremente, mientras otros bienes ingresan en su patrimonio. En un momento determinado contractualmente, que suele ser el del incumplimiento o insolvencia del deudor, la garantía «cristaliza». En ese momento, los bienes comprendidos en el patrimonio del deudor son embargados y ejecutados para dar satisfacción al crédito garantizado¹⁹⁷. Puede dudarse de que en la situación descrita exista un derecho real, ni siquiera un derecho real «latente», ya que la sujeción que corresponde a la *floating charge* cristalizada no es muy diferente de la que proporciona a cualquier acreedor la traba y embargo de los bienes del deudor. Un análisis similar puede efectuarse con relación a las antiguas hipotecas generales del Derecho histórico, o incluso respecto de garantías reales hoy vigentes en el Derecho español, como la prenda sin desplazamiento, o la hipoteca de establecimiento mercantil cuando ésta se extiende a las mercancías y materias primas situadas en el establecimiento del deudor. En tales casos, es muy dudoso que exista un derecho real sobre las mercancías pignoradas sin desplazamiento o sometidas a la hipoteca de establecimiento mercantil, y más correcto sería ver en estas formas de garantía la expresión de un puro derecho de preferencia que se refiere al producto de la ejecución de un conjunto de bienes.

La existencia de estas garantías sirve de apoyo para una afirmación importante: no puede identificarse la categoría de las causas de preferencia de origen negocial con las garantías reales. Las causas de preferencia basadas en actos de autonomía privada no tienen porqué atribuir, *a priori*, un derecho real al acreedor¹⁹⁸. Igualmente, no existe ninguna razón *a priori* que justifique que sólo los privilegios puedan atribuir una preferencia general. De hecho, el Ordenamiento español presenta aquí una de sus particularidades más acusadas en materia de tutela del crédito: la existencia de una causa de preferencia general de

¹⁹⁷ Aunque existen créditos con preferencia sobre los créditos protegidos por una *floating charge*: en concreto, todos los créditos asistidos por privilegios y las garantías equivalentes de las garantías reales de los Derechos continentales (*fixed charges*). Véase, para una primera aproximación, R. R. PENNINGTON, *Pennington's Corporate Insolvency Law*, London-Dublin-Edinburgh, 1991, pp. 274 ss.

¹⁹⁸ Por supuesto, existe una explicación, pero no es lógica, sino económica. La codificación reaccionó contra los perjuicios económicos de las garantías ocultas, estableciendo un sistema de publicidad basado en el principio de especialidad. De esta manera, la existencia de garantías con preferencia general quedaba excluida, puesto que el sistema de publicidad no contaba con expedientes técnicos para organizar su publicidad. Una vez superadas las limitaciones técnicas de la publicidad legal, no existe razón alguna para ignorar garantías en las que el principio de especialidad, cuando menos, aparece atenuado, como en algunos de los supuestos de hipoteca de establecimiento mercantil, o en la prenda sin desplazamiento.

origen negocial, como es el derecho de preferencia conferido a los créditos que consten en escritura pública.

En contraste con la preferencia general, la preferencia especial confiere al acreedor el derecho de satisfacer su crédito con prioridad sobre el producto de la ejecución de un determinado bien o grupo de bienes. Expuesta en esos términos, es claro que la preferencia especial engloba tanto los privilegios especiales como las garantías reales. En esas causas de preferencia, el acreedor dispone de un derecho de preferencia, pero ese derecho sólo se podrá hacer valer respecto del producto de la ejecución del bien o bienes a los que se refiera la preferencia especial.

Al compartir los rasgos generales del derecho de preferencia, la única diferencia, en un primer análisis, entre la preferencia general y la preferencia especial se encuentra en su distinta extensión. Ciertamente, existen grandes semejanzas entre los dos tipos de preferencia: de entrada, tanto la preferencia general como la especial constituyen manifestaciones del derecho de preferencia, y comparten, en consecuencia, todos los rasgos de éste. Así, tanto en la preferencia general como en la especial, existe un derecho personal y accesorio que se añade al derecho de crédito tutelado. También la preferencia especial confiere al acreedor un derecho personal frente a los acreedores del deudor que queden situados en puestos inferiores de la graduación. A este respecto, los dos tipos de preferencia contienen los mismos elementos jurídicos.

Sin embargo, la preferencia especial suele contener un elemento adicional, un *plus*, que la distingue de la preferencia general. Este elemento adicional sólo puede entenderse si se considera la distinta extensión de la preferencia general y la especial. La preferencia general proporciona al acreedor un derecho respecto del producto de la ejecución de todo su patrimonio, pero la preferencia especial limita sus efectos al producto de la ejecución de un solo bien o, a lo sumo, de un grupo de bienes¹⁹⁹. Existe, por tanto, en la preferencia especial un peligro que es poco menos que inexistente en el caso de la preferencia general: la destrucción, enajenación o pérdida del objeto al que se refiere la preferencia. En efecto, de producirse alguno de los hechos señalados, el derecho de preferencia del acreedor queda privado de eficacia.

Para asegurar la eficacia de la preferencia especial, es necesario añadir alguna facultad o derecho adicionales. Es preciso el recurso a la técnica de los derechos reales para preservar la posición de preeminencia del acreedor, a través de la vinculación del bien, que se resuelve en una oponibilidad *erga omnes*, ejercitable desde el momento del nacimiento de la causa de preferencia. A la relación crediticia se añade por tanto un derecho personal (la preferencia) y un derecho *real*²⁰⁰, o de naturaleza

¹⁹⁹ Fuera del producto de la ejecución del bien objeto del privilegio especial, el acreedor se convierte en un acreedor ordinario: exactamente lo que sucede con los acreedores provistos de garantías reales (vid. G. RAGUSA MAGGIORE, «Profili generali dei crediti privilegiati...», cit., p. 24).

²⁰⁰ La doctrina española tiende a negar, unánimemente, que el privilegio especial constituye un derecho real. No deja de ser curioso que, con datos normativos práctica-

cuasi real²⁰¹. Aquí es donde estriba la verdadera diferencia entre la preferencia general y la preferencia especial. La preferencia especial comprende un derecho real o cuasi real cuya misión es la de proteger la eficacia del derecho de preferencia, que no por ello pierde su naturaleza personal. Obviamente, es perfectamente posible que un derecho de preferencia especial no vaya ligado a un derecho real o a una situación jurídico-real, pero en tal caso la eficacia protectora de la causa de preferencia es mínima²⁰².

La existencia de distintos derechos reales o cuasi reales que pueden servir para proteger el derecho de preferencia especial marca las diversas manifestaciones de este tipo de preferencia. La hipoteca, convencional o legal, comprende un derecho real que acompaña a un derecho de preferencia especial. Otro tanto puede decirse de los privilegios especiales inmobiliarios, que contienen verdaderos derechos reales. La situación respecto de las causas de preferencia sobre bienes muebles es bien distinta, ya que las exigencias de protección del comercio y de la circulación de los bienes muebles dificultan la existencia de derechos reales de los acreedores sobre estos bienes. No obstante, tanto la hipoteca mobiliaria, la prenda sin desplazamiento, y la prenda con despose-

mente iguales, la doctrina italiana encuentre un derecho real en el privilegio especial: *vid.* E. BIANCHI, *Dei privilegi*, cit., pp. 120 y 131; G. BOLLA, *Il diritto ipotecario*, cit., p. 40; N. STOLFI, *Diritto civile*, II, parte III, *I diritti reali di garanzia*, cit., p. 54; G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., pp. 44 y 50-52; C. ZAPPULLI, *Il libro della tutela dei diritti*, Milano, 1943, p. 333; G. PANDOLFELLI-G. SCARPELLO-M. STELLA RICHTER-G. DALLARI, *Codice civile, libro della tutela dei diritti*, cit., p. 92; F. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 67; P. GERMANI, «Sulla natura giurídica dei privilegi», cit., p. 577; C. VARELLI, «Contributo alla teoria dei diritti reali di garanzia», cit., p. 247; D. BARBERO, *Sistema...*, cit., p. 153; A. DI FILIPPO-M. VIGNALE, *La responsabilità patrimoniale*, cit., pp. 71 y 81; M. FRAGALI, voz «Garanzia e diritti di garanzia», cit., pp. 456-457; A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 10.^a ed., Milano, 1978, pp. 54 y 440; S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 33. cfr. A. CICU, *Diritto civile. Sull'ipoteca*, Bologna, 1928-1929, p. 54; contra, aisladamente, R. FRANCESCHELLI, «Privilegio», cit., p. 297; y C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., pp. 16-17 y 52.

²⁰¹ A pesar de que la mayoría de la doctrina española se ha pronunciado en contra de la naturaleza real de los privilegios especiales, es muy diverso afirmar que la naturaleza real de los privilegios especiales es «dudosa», o afirmar que está «atenuada» (ambas calificaciones corresponden a J. FERRANDIS VILELLA, «Introducción...», cit., p. 58). La *atenuación* del carácter real es mucho más conforme con la estructura jurídica y la historia de los privilegios especiales. Una idea muy similar puede expresarse afirmando que en los privilegios especiales se verifica una «intensificación de la oponibilidad del crédito a los terceros» (M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours*, cit., p. 48).

²⁰² Así, el privilegio especial inmobiliario de los créditos refaccionarios no anotados (art. 1923.5.º del CC; art. 1927 del CC), que contiene un mero derecho de preferencia, sin poder jurídico-real alguno. Ello significa que el deudor puede anular fácilmente la eficacia del privilegio mediante la transmisión del objeto sobre el que recae. Esta aparente anomalía en el Derecho de la tutela del crédito se explica por la voluntad del legislador de proteger el tráfico inmobiliario, evitando la existencia de garantías ocultas, y sobre todo porque el acreedor refaccionario tiene la posibilidad de anotar su crédito en el Registro de la propiedad para recibir una protección real plena (arts. 1923.3.º y 1927.2.º del CC). Otro supuesto de privilegio especial que se presenta sin medida alguna de tutela jurídico-real es el del privilegio del cargador sobre los medios de transporte (art. 372.2 del C. de C.).

sión del deudor, constituyen ejemplos de causas de preferencia especial que combinan un derecho real con un derecho de preferencia. El punto más dificultoso, sin duda, lo presentan los privilegios especiales sobre bienes muebles. Dichos privilegios confieren al acreedor un derecho de preferencia limitado al producto de la ejecución de los bienes señalados por el privilegio, pero no existe una interpretación pacífica sobre la naturaleza de los poderes que acompañan al derecho de preferencia. La mayoría de la doctrina niega que los privilegios especiales contengan un derecho real ²⁰³, pero es bien cierto que en casi todos estos privilegios existe una situación de carácter cuasi real que protege el derecho de preferencia ²⁰⁴. Así, la mayoría de los privilegios especiales se basan en la posesión, por parte del acreedor, de los bienes sobre los que recae la preferencia. Además, la posesión del acreedor se protege mediante el derecho de retención ²⁰⁵. Morfológicamente, pues, los privilegios especiales se sitúan en una posición similar a la de la prenda, sin llegar a la contundente afirmación de la existencia de un derecho real en ellos ²⁰⁶. Parcialmente diversos son algunos privilegios en los que el acreedor no cuenta con la posesión inmediata de los bienes, pero la eficacia de dichos privilegios exige que los bienes se encuentren en un determinado lugar (*status loci*) ²⁰⁷, reconociéndose al acreedor diversos derechos en relación a dichos bienes, que lo protegen contra el traslado de los mismos fuera del lugar definido por el privilegio.

²⁰³ Así, recalcan que los privilegios especiales son garantías reales imperfectas, por no contener el poder de reipersecutoriedad, J. FERRANDIS VILELLA, «Introducción...», cit., p. 58; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., II, vol. 2.º, pp. 415 ss. Sin embargo, parece afirmar que los privilegios especiales son derechos reales L. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 753.

²⁰⁴ La cuestión de la existencia o inexistencia de un derecho real es, en parte académica, ya que no cabe duda de que existen ciertos efectos reales en el privilegio especial, y se manifiestan en una pluralidad de aspectos, no sólo en la reipersecutoriedad, que queda limitada por la aplicación del artículo 464 del Código Civil (véase, sobre los fundamentos de la reipersecutoriedad de los privilegios especiales, M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., pp. 67 ss.), sino también en otras materias, como la subrogación real, que serían muy difíciles de explicar si no se admitiera la existencia de un cierto poder de naturaleza real sobre el bien. Por ello, resultan explicables afirmaciones como las de M. N. JOBARD-BACHELLIER, *Sûretés*, cit., p. 53, según quien los privilegios son derechos reales que confieren un derecho de preferencia, pero no necesariamente un *droit de suite*.

²⁰⁵ Las diferencias en el interior de la categoría de los privilegios especiales son simétricas respecto de las diferencias entre las garantías reales: algunos privilegios están asistidos de otros dos derechos, aparte del derecho de preferencia, esto es, el derecho de retención y el derecho de vender la cosa gravada sin las formalidades judiciales: los mismos poderes que caracterizan a la prenda (v. p. ej., arts. 2756 y 2761 del *Codice civile italiano*; vid. V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, cit., p. 64).

²⁰⁶ Todo depende de la solución que se dé a la clásica controversia en torno a la posesión como hecho, como derecho de obligación o como derecho real. Díez Picazo sostiene la naturaleza real de la posesión, si bien indicando que la posesión constituye un derecho real limitado en su eficacia y duración. En cualquier caso, parece claro que en los privilegios posesorios, se atribuye al acreedor un derecho a la posesión del bien que podemos calificar de poder real, o situación afín a los derechos reales, sin riesgo de violentar las categorías de la dogmática jurídica.

²⁰⁷ El *status loci* es expresión de una conexión espacial de la cosa objeto de la preferencia con el inmueble (cfr. M. WOLFF-L. RAISER, *Derecho de cosas*, cit., p. 180).

En todo caso, los privilegios especiales presentan numerosas similitudes de estructura respecto de las garantías reales. No en vano, muchos de los problemas que afectan a esas instituciones son comunes, pues tienen que ver con el tipo de preferencia que confieren. Es más, históricamente, los privilegios especiales son garantías reales de origen legal que, a partir de la prohibición de la reipersecutoriedad de las garantías sobre muebles, cambiaron de denominación y fueron adaptados a una nueva situación jurídica²⁰⁸. En los Ordenamientos jurídicos anglosajones y germánicos, esta transformación no se produjo, así que existen causas de preferencia especial de origen legal, sobre bienes muebles, que no difieren de las garantías reales. Antes al contrario, estos «privilegios» reciben la denominación de «prenda o garantía real de origen legal» (*gesetzliches Pfandrecht*²⁰⁹, en el Derecho alemán y otros Derechos germánicos; *statutory lien*, o *lien by operation of law*²¹⁰ en los Derechos anglosajones).

²⁰⁸ El fundamento histórico de los privilegios especiales viene dado por la existencia de una prenda o hipoteca legal (G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi*, cit., p. 229; véase también p. 232). La evolución del Derecho francés medieval marca las características actuales del privilegio especial. Vid. A. GULLÓN BALLESTEROS, *La prelación de créditos en el Código Civil*, cit., p. 21; J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios...*, cit., p. 420. «La règle prohibant l'affectation réelle d'un meuble, en vue de l'acquittement d'une obligation par simple convention, par pacte nu, n'empêche pas la loi d'affecter d'elle-même au paiement des créances, en vertu de sa toute puissance, et dans certains cas dont elle prit le soin de dresser une liste limitative, les meubles restés en la possession du débiteur» (J. POPLAWSKI, *La notion de privilège...*, cit., p. 323). Véase también G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi...*, cit., p. 141.

²⁰⁹ Sobre la prenda legal (*gesetzliches Pfandrecht*) en el Derecho privado alemán, vid. H. J. WIELING, *Sachenrecht*, cit., pp. 213-214; J. F. BAUR-R. STÜRNER, *Lehrbuch des Sachenrechts*, cit., pp. 602 ss., y sobre todo H. ALTMEPPEEN, «Zur Rechtsnatur der handelsrechtlichen Pfandrechte», en *ZHR*, 1993, pp. 541 ss., que despeja las dudas sobre la naturaleza real de la prenda legal mercantil, en contra de cierta doctrina que vio en ella una especie de derecho de retención especial. Véase también K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, cit., pp. 662-663, que incluye una enumeración de los supuestos más importantes desde el punto de vista mercantil. Las prendas legales han sido tradicionalmente descuidadas en el análisis del Derecho concursal alemán, pero una simple mirada a la lista de supuestos elaborada por Karsten Schmidt basta para demostrar que en el Derecho alemán esas prendas desarrollan la función que corresponde a los privilegios especiales de los Derechos latinos: v. p. ej., § 397 ss. HGB (prenda legal del comisionista); § 410 HGB (prenda legal del porteador o expedidor); § 421 HGB (prenda legal del depositario), § 647 BGB (prenda legal del comisionista de obra), etc. A las prendas legales les son de aplicación las disposiciones en materia de prenda negocial (§ 1257 BGB) aunque no todas ellas pueden serles aplicables, por pura incompatibilidad con su función: vid. E. WOLFF, *Lehrbuch des Sachenrechts*, Köln-Bonn-Berlín-München, 1971, p. 232). El sistema incluye causas de preferencia que escapan del modelo pignoraticio, como la prenda legal del arrendador (§ 559 BGB) o la del hostelero (§ 701 BGB), y que reflejan la coincidencia, en numerosos aspectos, con los privilegios especiales. Sobre la comparación funcional entre prendas legales y privilegios especiales, vid. J. M. GARRIDO, «The Distributional Question in Insolvency: Comparative Aspects», en *International Insolvency Review*, 1995, pp. 25 ss., p. 40).

²¹⁰ La cuestión de los *liens* es una de las más intrincadas del Derecho inglés en materia de derechos reales, hasta el punto de que puede afirmarse que el término «*lien*» por sí solo tiene un significado demasiado impreciso como para recibir una calificación jurídica (la traducción más correcta sería la de «vínculo»), por lo que es necesario siempre especificar el tipo de *lien*. Conviene no confundir los *statutory liens* o *liens by operation of law* con los derechos de retención (que son equivalentes a los llamados *liens by operation of contract*). En efecto, mientras los *liens by operation of contract*, pactados por las partes,

A estas causas de preferencia les son de aplicación las normas relativas a las garantías reales. Aunque la caracterización de los privilegios especiales en los Ordenamientos latinos ha de ser forzosamente distinta, lo cierto es que la mayoría de los privilegios especiales comparten numerosas características con las garantías reales²¹¹. La mayoría de los privilegios especiales

dan lugar a un derecho de retención, pero no a una garantía oponible a terceros (*vid.* I. SNAITH, *The Law of Corporate Insolvency*, cit., p. 80; A. H. SILVERTOWN, *The Law of Lien*, London, 1988, pp. 1 ss.), los *liens by operation of law* (que se subdividen a su vez en *Common Law liens*, *equitable liens*, y *maritime liens*), confieren al acreedor que de ellos es titular la posibilidad de satisfacer su crédito mediante la ejecución de las cosas vinculadas (*vid.* A. P. BELL, *Modern Law of Personal Property in England and Ireland*, London, 1989, pp. 147-148; cfr. E. L. G. TYLER-N. E. PALMER, *Crossley Vaines on Personal Property*, 5.ª ed., London, 1973, pp. 137-138). La división de los *liens by operation of law* tiene su explicación en el distinto origen de cada uno de los grupos, que se corresponden con la gran subdivisión del Derecho inglés (*Common Law* y *Equity*) y las tres antiguas *jurisdictions* (*Common Law Courts*, *Equity Courts*, y *Admiralty Courts*). En cualquier caso, el *lien by operation of law*, como su propio nombre indica, encuentra su justificación en una norma de Derecho objetivo, y no en una estipulación de las partes. La diferencia básica entre un *Common Law lien* y un *equitable lien* es que el primero requiere siempre la posesión del bien objeto de la preferencia por parte del acreedor (es por tanto, el equivalente de la prenda legal del Derecho alemán), mientras que un *equitable lien* no requiere la posesión de ese bien (en este sentido, la categoría se aproxima a los privilegios cuasiposesorios de los Derechos latinos). Los *maritime liens* responden a principios diversos, desarrollados durante siglos por los Tribunales especiales (*vid.* D. R. THOMAS, *Maritime Liens*, London, 1980, pp. 3 ss.). En cualquier caso, todo *statutory lien* o *lien by operation of law* coloca al acreedor que dispone de ellos en la clase de acreedores con garantías reales, y no en la de acreedores privilegiados (*preferential creditors*, o *preferred creditors*). Goode distingue entre *statutory lien* y *statutory charge* para diferenciar el derecho de retención conferido por la ley, y la garantía real de origen legal (*vid.* R. M. GOODE, *Commercial Law*, London, 1982, pp. 729-731). No obstante, el intento de Goode de restringir el término *lien* al derecho de retención y el término *charge* a la garantía real tropieza con la abundante literatura y jurisprudencia existente, así que, a pesar de ese loable intento de clarificar un abigarrado conjunto de reglas jurídicas, no es posible prescindir de la complejidad de la explicación que se ha esbozado. Por otro lado, en el Derecho estadounidense se prefiere la denominación «*statutory lien*», que revela el origen de esta causa de preferencia en la ley como acto del poder legislativo (*statute*). Además, téngase en cuenta que en el Derecho estadounidense la palabra *lien* tiene el significado genérico de «garantía real» (p. ej., lo que en Inglaterra se conoce como *floating charge* equivale al *floating lien* estadounidense).

²¹¹ En Italia, Luzzati ha analizado el privilegio especial como una prenda legal, en la que se presume el acuerdo entre las partes: «Esso ha fondamento eziandio in una presunzione di tacita convenzione delle parti, per la quale, la garanzia del soddisfacimento del credito si debba trovare negli oggetti stessi in occasione od in contemplazione dei quali il credito è sorto. Dalla presunzione legale di questa tacita stipulazione trae nascimento il rapporto diretto tra il credito e l'oggetto della garanzia. Quel rapporto diretto tra un diritto ed una cosa risponde alla nozione di un diritto reale sulla cosa stessa» (I. LUZZATI, *Dei privilegi*, cit., p. 308). Sin embargo, el privilegio especial constituiría, en ciertos casos, una garantía real de origen legal, más que una prenda legal (afirmaba Ferrandis que «la ley no constituye directamente prendas» («Introducción...», cit., p. 56)). Así, G. GORLA (*Pegnoipoteca*, cit., p. 284) no duda en calificar los privilegios de los arts. 2756, 2757, 2761, 2764 del Codice civile como prendas legales, aunque sean reguladas por normas especiales del propio Código. En sentido similar, en la doctrina española, *vid.* P. DEL POZO CARRASCOSA (*El derecho de retener en prenda del depositario*. Barcelona, 1989, p. 113), que considera el privilegio del depositario como una «prenda legal». Pérez González y Alguer denominan prenda legal al supuesto del artículo 1600 del CC (derecho de preferencia del acree-

son muy similares, en cuanto a estructura y morfología, a las garantías reales ²¹², y, como éstas, reúnen los caracteres de especialidad e indivisibilidad ²¹³. Además, y al igual que las garantías reales, muchos de los privilegios especiales vinculan, aun de manera imperfecta, un determinado bien desde su nacimiento, a diferencia de los privilegios generales, que no despliegan ningún efecto con anterioridad a la ejecución del crédito privilegiado. La existencia de la reipersecutoriedad de los privilegios especiales sobre muebles constituye el punto más polémico de su caracterización ²¹⁴. Sin duda,

dor por refacción de cosa mueble: *vid.* B. Perez González y Alguer, en M. WOLFF, M. L. RAISER, *Derecho de cosas*, cit., p. 475). También Olivencia enumera toda una serie de privilegios especiales a los que denomina «prendas legales» (arts. 374 y 375, 665-667, 704, 867 del C. de C.: *vid.* M. OLIVENCIA, «Introducción...», cit., pp. 37-39). En realidad, la discusión sobre la existencia de prendas legales en los sistemas jurídicos latinos parece infructuosa y teñida de nominalismo. Ciertamente, la distinta evolución histórica ha separado a los derechos anglosajones y germánicos de los Derechos latinos, pero la ruptura es más terminológica que efectiva. No existe problema en aceptar que en Derecho español no existen las prendas legales, como quiere Gullón (*vid.* A. GULLÓN BALLESTEROS, *Comentarios*, cit., pp. 690 ss.), pero sí es conveniente indicar que la mayoría de los privilegios especiales están más cerca de la prenda legal que del privilegio general (correctamente, ciertos autores franceses hablan de «privilegios especiales basados en la noción de prenda»: así G. MARTY-P. RAYNAUD-Ph. JESTAZ, *Les sûretés*, cit., p. 254); también la jurisprudencia española se ha referido, en alguna ocasión a privilegios que «obedecen a la presunción de que los respectivos bienes se deben considerar tácitamente obligados al cumplimiento de las obligaciones» (STS 16 de noviembre de 1927, *Repertorio Oficial*, t. 128, pp. 385 ss.; v. también STS 24 de junio de 1941, R. 758, que atribuye la cualidad de garantías reales a los privilegios de los arts. 276, 704 y 842 del C. de C.). La diferencia fundamental que se encuentra entre los privilegios especiales y la prenda se refiere a la menor reipersecutoriedad de los primeros, además de ciertas peculiaridades que afectan a la graduación y actuación procesal de estas causas de preferencia (*vid.* J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, III, 3, cit., p. 23).

²¹² *Vid.* F. FERRARA jr., *L'ipoteca mobiliare*, cit., p. 117. Los privilegios especiales desarrollan la función de garantizar el crédito de su titular, y consisten en un derecho de garantía, destinado a operar en las relaciones de los terceros, y por tanto de naturaleza esencialmente real (G. P. GAETANO, *Dei privilegi*, en *Commentario al codice civile* (dir. M. D'AMELIO) *Libro della tutela dei diritti*, cit., p. 462). Se podrían dividir, pues, los privilegios en privilegios generales (o «de concurso») y privilegios especiales (o reales) (G. RUISI-A. PALERMO-C. PALERMO, *I privilegi*, cit., p. 14).

²¹³ La aplicación del principio de indivisibilidad sólo tiene interés respecto de los privilegios especiales. En las palabras de Andrioli, «para los privilegios generales la afirmación de la indivisibilidad no tiene sentido, porque, en relación a la cosa gravada, ésta se identifica con el entero patrimonio mobiliario (V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, cit., p. 75). *Vid.* D. BARBERO, *Sistema...*, cit., pp. 157-158, que examina los dos aspectos de la indivisibilidad: si la cosa pasa pro indiviso a varias personas y continúa vinculada (consecuencia inmediata de la realidad); y el aspecto más relevante de la suerte del privilegio si existe pago parcial: en tal caso no se extingue ni limita el privilegio, que continúa vinculando todos los bienes que constituyen su objeto. Véase también F. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 68; L. DIEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho privado*, II, cit., p. 245. Contra la indivisibilidad como carácter del privilegio, G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi...*, cit., p. 389. La posición de Chironi es lógica, por otra parte, ya que niega el carácter de derecho real del privilegio especial. Pero si se acepta la naturaleza de derecho real, se sigue el carácter indivisible del privilegio (cfr. A. GULLÓN BALLESTEROS, *La prelación de créditos en el Código Civil*, cit., pp. 18-20; *Id.*, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., p. 684, que acepta el rasgo de la indivisibilidad, aunque no defiende la naturaleza real de los privilegios especiales; cfr. M. A. BONFANTI-J. A. GARRONE, *Concursos y quiebras*, cit., p. 767). A favor de la indivisibilidad, E. BIANCHI, *Privilegi*, cit., p. 152, G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 44.

²¹⁴ La doctrina viene constantemente afirmando el derecho de persecución del privilegio especial: *vid.* G. SEGRE, «Ancora del privilegio sulle macchine contro i suc-

este *ius sequelae* queda severamente limitado por las normas que protegen el tráfico de bienes muebles, pero no puede afirmarse que sea inexistente. De hecho, la doctrina admite sin dudas que el Código Civil reconoce al arrendador un limitado derecho de persecución de los bienes afectos a su privilegio (art. 1922 del CC). Sin embargo, de esta norma infiere la mayor parte de la doctrina que los demás privilegios especiales carecen de eficacia real²¹⁵. En realidad, el Código establece una particular tutela para uno de los privilegios especiales que más lo necesita, es decir, un privilegio en el que el acreedor no cuenta con la posesión inmediata de los bienes objeto de la preferencia. Es lógico, por tanto, que exista una tutela especial para el privilegio que no cuente con la posesión directa de los bienes que forman su objeto. En los demás casos, los acreedores con privilegios especiales pueden oponer la situación jurídico-real de la posesión de los bienes afectos a todos los sujetos que intenten apropiarse de ellos, disponiendo para ello de todas las acciones que tutelan la posesión. No cabe duda de que la tutela de los privilegios especiales está disminuida en comparación con la de las garantías reales, pero esta solución legislativa se explica por la necesaria protección de la circulación de los bienes muebles²¹⁶.

cessivi acquirenti», en *Riv. dir. comm.*, 1917, II, p. 3; G. GASCA, *I privilegi nel rapporto coi terzi*, cit., p. 109. A favor de la reipersecutoriedad de los privilegios especiales, vid. P. FLORIO, «Crediti privilegiati e diritto di sequela», en *Amm. it.*, 1990, pp. 577 ss. «El *ius perseguendi*, entendido como inoponibilidad de los derechos sucesivamente adquiridos por los terceros, tiene como único presupuesto el privilegio especial, del que constituye el efecto normal» (V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, cit., p. 64; vid. también G. RUISI-A. PALERMO-C. PALERMO, *I privilegi*, cit., pp. 18 ss.). El derecho de persecución se ve limitado, como se ha dicho, por la norma de protección del tráfico del artículo 464 del CC. Por ello, como se ha dicho, en la mayor parte de los casos, la polémica sobre la eficacia real de los privilegios especiales es ociosa (L. AYNÉS, *Les sûretés*, cit., p. 207).

²¹⁵ Así, A. GULLÓN BALLESTEROS, en *Comentario al CC* [Ministerio de Justicia], II, cit., p. 2070. La dicción del artículo es engañosa, pues una primera lectura parece sugerir que existe una acción de recuperación de la posesión para todos los acreedores con privilegios especiales (solución defendida por J. M.^a MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, XII, Madrid, 1973, pp. 974-975). No obstante, el estudio de la historia legislativa de este artículo demuestra que la intención del legislador es la de aplicar esa norma de tutela tan sólo al arrendador: el Proyecto de 1851 lo afirmaba expresamente en su art. 1926.1.^o. Además, el estudio del Derecho comparado desvela que en otras legislaciones la tutela limitada *erga omnes* corresponde al privilegio del arrendador (v., p. ej., art. 2102.1.^o5 del Code civil francés, vid. L. AYNÉS, *Les sûretés*, cit., pp. 200-201). Como se afirma en el texto, el arrendador es, en el sistema del Código Civil (y con la única posible excepción del posadero) el único acreedor que no tiene la posesión de los bienes del deudor sobre los que ejerce su privilegio. Por eso la norma especial de tutela no es ociosa.

²¹⁶ Así, no cabe duda de que los acreedores con privilegios posesorios podrán defender la posesión de los bienes objeto del privilegio, que no deja de ser una posesión legítima (art. 446 del CC). La prenda tiene una protección más intensa, pues en caso de ser despojado el acreedor pignoraticio será de aplicación no sólo el artículo 446 del Código Civil, sino también el artículo 1869.2 del Código Civil (el acreedor podrá ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla contra tercero» (E. SERRANO ALONSO, en *Comentario al CC* [Ministerio de Justicia], II, cit., pp. 1874-1875). El artículo 1869.2 del Código Civil no es aplicable a los privilegios especiales, según opinión mayoritaria de la doctrina. Sin embargo, es posible

La delimitación de la preferencia general y la preferencia especial que se ha defendido tiene importantes consecuencias al efectuar una clasificación de las causas de preferencia del Ordenamiento jurídico español. Esta partición pone de manifiesto que es necesario contar con dos perspectivas diferentes: de un lado, y atendiendo al origen de las causas de preferencia, así como a su función, las causas de preferencia se dividen en privilegios (y garantías reales de origen legal); y garantías reales. Desde el punto de vista estructural, esto es, tomando en consideración los elementos del derecho conferido al acreedor, es preciso distinguir entre los privilegios generales y las causas de preferencia general de origen negocial (exponentes de la preferencia general) y garantías reales, garantías reales de origen legal y privilegios especiales (exponentes de la preferencia especial). Así, las causas de preferencia en el sistema español pueden sistematizarse de acuerdo con la siguiente matriz:

	Preferencia general	Preferencia especial
ORIGEN LEGAL	Privilegios generales	Privilegios especiales Hipotecas legales
ORIGEN NEGOCIAL	Preferencia de los créditos escriturarios	Garantías reales

Esta doble clasificación justifica que en un análisis de la estructura y elementos de las causas de preferencia sean aunados los privilegios especiales y las garantías reales, mientras que un examen de la función de las causas de preferencia exige una consideración separada de los privilegios y de las garantías reales ²¹⁷. Pero además, la doble clasificación explica el malestar de la doctrina en su búsqueda de una noción unitaria del privilegio, e incluso el error de identificar dicha noción con

que la importancia que se haya dado a la existencia del artículo 1869.2 del Código Civil sea excesiva, ya que ese artículo permite que el acreedor pignoraticio pueda reaccionar frente a cualquier perturbador en la posesión del bien, pero no le permite actuar contra quien ha comprado el bien al dueño, ya que en tal caso el dueño no tiene acción para recuperar la cosa, y por ello tampoco la tiene el acreedor (*vid.* J. B. VALLET DE GOYTISOLO, «La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código Civil», en *ADC*, 1956, pp. 422 ss.).

²¹⁷ Además, el Código Civil utiliza este criterio estructural para clasificar las causas de preferencia, pues dedica los artículos 1922 y 1923 a establecer las causas de preferencia especial, y el artículo 1924 a enumerar las causas de preferencia general. Por ello, aunque se suele criticar que el Código coloque a la prenda y a la hipoteca entre los privilegios (así lo hacen, p. ej., A. GULLÓN BALLESTEROS, *La prelación de créditos...*, cit., p. 46; E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «El derecho real de hipoteca...», cit., p. 41), el criterio del Código es totalmente coherente, pues responde al criterio estructural que se ha delineado en el texto.

el concepto de privilegio general ²¹⁸. No existe una noción unitaria de privilegio ²¹⁹, o, para ser más precisos, no existe desde el punto de vista estructural. Los privilegios sólo tienen en común su origen legal, pero su estructura y elementos son muy diferentes según se trate de privilegios generales o privilegios especiales. Desde el punto de vista morfológico y estructural, las figuras del privilegio general y del privilegio especial son irreductibles ²²⁰.

Establecer la distinción entre preferencia especial y preferencia general, y desplazar el énfasis hasta este punto, desde la tradicional distinción del origen legal o negocial, permite que se analice la estructura y elementos de las causas de preferencia bajo una nueva luz, que revela las conexiones entre los privilegios especiales y las garantías reales, a las cuales se pueden aproximar en numerosos aspectos ²²¹, lo que puede tener una importancia primordial a la hora de buscar soluciones a concretos problemas prácticos. Por ello, la distinción entre privilegios generales y especiales no tiene solamente un valor clasificatorio, sino también, y sobre todo, un valor sustancial, en cuanto que a dicha distinción corresponde una profunda diversidad de contenido y de tratamiento jurídico ²²².

²¹⁸ Históricamente, se trata de una intuición correcta, puesto que en el origen de la institución, todos los privilegios (*privilegia exigendi*) eran generales. Aún es así en los Ordenamientos de matriz anglosajona y germánica (aunque en algunos de estos últimos los privilegios generales han sido abolidos, como en Austria y Alemania).

²¹⁹ En efecto, más que la diversidad entre privilegio especial y general, lo que sería preciso explicar es la utilización anfibológica del término «privilegio» para referirse a dos instituciones tan diversas. Esta anfibología es la causante de numerosos problemas en la construcción de una teoría del Derecho de la tutela preferencial del crédito.

²²⁰ Por ello muchos de los Códigos omiten una definición del privilegio: «l'omissione appare opportuna ove si consideri che, pur ponendosi in evidenza nella definizione sudetta lo scopo specifico, comune ad ogni credito privilegiato, di essere soddisfatto con preferenza sui beni del debitore, tuttavia esso non esauriva il contenuto del diritto nei riguardi di un'importante categoria di privilegi, quella dei privilegi speciali, nella quale l'effetto sudetto (pagamento preferenziale) non potrebbe ottenersi in virtù del semplice diritto di credito, ma in forza di altro diritto, di natura diversa, che inerisce al diritto di credito medesimo» (G. P. GAETANO, voz «Privilegi (diritto civile e tributario)», cit., p. 963; ID., *Dei privilegi*, en M. D'AMELIO (dir.), *Commentario al codice civile. Libro della tutela dei diritti*, cit., p. 455). En cambio, RAGUSA MAGGIORE cree en la posibilidad, al menos hipotética, de reconstruir una teoría unitaria de los privilegios (vid. G. RAGUSA MAGGIORE, «Privilegio generale e prelazione agli interessi», en *Giur. it.*, 1979, I, 1, c. 1312).

²²¹ Incluso las diferencias más evidentes, como puedan ser la necesidad de inscripción y la graduación temporal (vid. G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 55; A. DE FILIPPO-M. VIGNALE, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 19) no son diferencias de los privilegios especiales respecto a las garantías reales, sino de los privilegios especiales mobiliarios respecto de la hipoteca (vid. G. GORLA, *Le garanzie reali...*, cit., p. 10: «desde el punto de vista estructural, no hay nada que decir: preferencia-privilegio y preferencia pignoratícia son idénticas»). La semejanza de los privilegios especiales y las garantías reales es más que teórica: las consecuencias prácticas son importantes, sobre todo a la hora de definir la aplicación de normas típicas de la garantía real.

²²² Como ya se indicaba en la *Relazione al Re*, sub artículo 2746 del Código Civil, n. 1129, se trata de un criterio de diferenciación que no reposa solamente sobre la pluralidad o singularidad de las cosas que forman el objeto del privilegio, sino también sobre el contenido de los poderes conferidos al acreedor. Vid. G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 79;

3.4.1 Las manifestaciones de la preferencia general en el Derecho español

Una vez definida la preferencia general, y convenientemente distinguida de la preferencia especial, es posible delimitar el ámbito que corresponde a la preferencia general en el Derecho español.

En el Derecho histórico español, como en el del resto de países europeos, la preferencia general ha conocido formas convencionales y legales. Así pues, las hipotecas generales del Derecho intermedio son exponentes de la preferencia general. En efecto, dichas hipotecas conferían una preferencia al acreedor sobre el producto de todos los bienes del patrimonio del deudor. Paralelamente, resulta claro que dichas hipotecas no conferían ningún derecho real, ni facultad alguna de contenido jurídico-real, sobre el patrimonio del deudor, ya que éste seguía facultado para realizar enajenaciones de los elementos que formaban su patrimonio.

Junto a las hipotecas generales, único exponente de preferencia general de origen negocial, existían los privilegios generales y las hipotecas legales generales, figuras ambas cuyos contornos aparecen difusos durante una larga época histórica.

La enunciación del principio de especialidad, defendido en las codificaciones europeas, acabó con las hipotecas generales en el Derecho continental europeo. Así, el Derecho español, a partir de la promulgación de la Ley Hipotecaria de 1861, suprime las hipotecas generales. Sin embargo, el Derecho español fue el único, de todo el continente, que conservó causas de preferencia general de origen negocial, verdaderas reminiscencias de las hipotecas generales. Así, los créditos que consten en escritura pública o póliza intervenida por fedatario público gozan de un derecho de preferencia sobre los créditos ordinarios (art. 913.4.º del C. de C.; art. 1924.3.º del CC). Éste es un claro supuesto de causa de preferencia general de origen negocial, ya que confiere al acreedor un derecho de preferencia referido al producto de la ejecución del patrimonio del deudor, y depende de la voluntad de las partes para su nacimiento, más que de la voluntad legal ²²³.

G. SCAFIDI-V. SPITALERI, *Privilegi*, cit., p. 4. La relevancia de la distinción, sobre todo, se encuentra en la oponibilidad a los terceros de la causa de preferencia (V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, cit., p. 58).

²²³ En efecto, mal puede configurarse esta causa de preferencia como un «privilegio», si con este término se hace referencia a una causa de preferencia legal, pues, aunque sea la ley la que establezca las condiciones necesarias para adquirir el derecho de preferencia, es el acuerdo de las partes la única causa determinante (a tenor del art. 1279 del CC, no es obligatorio que los contratos de préstamo consten en escritura pública para que produzcan sus efectos, así que no está obligado el deudor a otorgar escritura pública). Argumentar de otro modo es equivalente a afirmar que la hipoteca es una causa de preferencia de origen legal, pues la ley establece que el crédito deberá constar en escritura pública, y dicha escritura ha de ser inscrita en el Registro de la propiedad. Totalmente diverso es el supuesto de la preferencia que se confiere a los créditos que consten en sentencia firme (art. 1924. 3.º del CC). Este caso, que constituye un residuo

No obstante, la preferencia general tiene sus manifestaciones principales en el campo de las causas de preferencia de origen legal. Así, los privilegios generales se amoldan totalmente a las características de la preferencia general: protegen al acreedor mediante la atribución de un derecho de preferencia que puede ser ejercitado respecto del producto de la ejecución de todos los bienes del deudor, y no confieren ningún derecho real sobre dichos bienes. De este modo, el privilegio general otorga al acreedor un derecho ejercitable frente a los acreedores del deudor que queden situados en una posición inferior de la graduación.

La preferencia general, en definitiva, desarrolla en el actual Derecho español la función fundamental consistente en proteger a los acreedores designados expresamente por la ley. Como causa de preferencia legal, los privilegios generales constituyen una técnica de tutela eficaz, ya que la efectiva protección del crédito privilegiado depende de la existencia de bienes suficientes en el patrimonio del deudor, pero no del estado y situación de determinados bienes del deudor. En este sentido, los privilegios generales representan una causa de preferencia de mayor seguridad que las causas de preferencia especial, y mucho más indicada para articular la tutela de los acreedores imposibilitados de ejercer cierto control o de utilizar medidas de presión sobre el deudor.

No obstante, existe un riesgo evidente en la utilización de privilegios generales como medida principal de tutela de los acreedores señalados por la ley: la superposición de privilegios generales hace ineficaces aquellos privilegios situados en un puesto jerárquicamente inferior de la graduación.

3.4.2 Las manifestaciones de la preferencia especial en el Derecho español: en particular, los tipos de privilegios especiales

La preferencia especial se ha desarrollado ampliamente en el sistema jurídico español, como en los demás Ordenamientos jurídicos de la Europa continental, o acaso en mayor medida que en algunos de ellos. El desarrollo de la preferencia especial se ha realizado a expensas de la preferencia general y del principio de tutela proporcional de los derechos de crédito.

Como se ha indicado, la preferencia especial confiere al acreedor un derecho de preferencia sobre el producto de la ejecución de un bien o varios bienes determinados. Debido a la limitación de los efectos de este derecho de preferencia, el acreedor dispone de medios de tutela adicionales, inexistentes en la preferencia general. Así, para proteger el derecho de preferencia, se atribuye al acreedor un derecho real, o ciertos poderes de naturaleza real o cuasi real. De esta manera el acreedor vincula el bien objeto del privilegio al ejercicio de su derecho

de la antigua hipoteca judicial, se aproxima más a una causa de preferencia legal: no es el consentimiento de las partes un requisito del nacimiento del derecho de preferencia, sino que el acreedor ejerza una determinada actividad procesal sobre estas causas de preferencia.

de crédito preferente. Resumiendo, podría decirse que el derecho de preferencia protege el crédito, y el derecho real protege el derecho de preferencia.

La posibilidad de vincular un determinado bien al pago de una obligación hace que la preferencia especial sea particularmente conveniente para garantizar contratos de préstamo. Por ello, las causas de preferencia especial más importantes, son, sin duda, las garantías reales de origen negocial, que desarrollan una función trascendental en la ordenación privada del crédito. Sin embargo, no existe una sola causa de preferencia especial, sino varias, que el Ordenamiento ha dispuesto teniendo en cuenta, sobre todo, la naturaleza del bien que ha de ser su objeto. Así, el sistema de garantías reales de origen negocial del Derecho español se basa en la prenda de muebles y la hipoteca de inmuebles. Para cubrir las lagunas que esta ordenación presenta respecto de las necesidades de financiación de la empresa moderna, el sistema se ha completado con la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, que gravan bienes muebles identificables²²⁴. A estas garantías reales puede añadirse la reserva de dominio utilizada en la compraventa de bienes muebles, que en el Derecho español desempeña una función muy similar a la de una hipoteca mobiliaria.

Pero el legislador también ha utilizado la técnica de la preferencia especial para proteger a los acreedores que considera dignos de tutela. Así, existen causas de preferencia de origen legal que reflejan, aun con numerosas peculiaridades, las diferentes garantías reales utilizadas en el tráfico privado.

Las hipotecas legales, en primer lugar, son verdaderas hipotecas, que cumplen los requisitos de publicidad propios de las hipotecas convencionales, y la única diferencia entre unas y otras radica en su diverso origen. Los privilegios inmobiliarios son idénticos a las hipotecas legales. En algunos casos, se dispensa a los acreedores tutelados por estas causas de preferencia especial de la necesidad de inscribir su causa de preferencia (hipotecas legales tácitas).

Los privilegios especiales mobiliarios mantienen la estructura básica de la preferencia especial: en ellos se confiere al acreedor un derecho de preferencia sobre el producto de la ejecución de un determinado bien, y se asegura dicho derecho de preferencia con ciertos poderes de naturaleza real o cuasi real. No obstante, la necesidad de proteger el tráfico mobiliario, la falta de mecanismos fiables de publicidad, y el automatismo en el nacimiento de los privilegios, constituyen factores que militan a favor de la restricción de los poderes de carácter real de los acreedores titulares de privilegios especiales sobre bienes muebles.

²²⁴ Precisamente en los distintos niveles de identificabilidad radica la diferencia entre la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, dado que la primera grava sobre bienes fácilmente identificables, pero la prenda sin desplazamiento requiere datos adicionales, como el del *status loci*, para determinar el objeto de la preferencia.

La categoría de los privilegios especiales sobre bienes muebles parece la más indicada para cubrir el déficit de tutela que puedan presentar acreedores con relaciones contractuales con el deudor, o cualesquiera situaciones en las que el acreedor adquiere la posesión o el control de algunos bienes del deudor, siempre que dicho acreedor se encuentre en condiciones de adoptar medidas de autotutela. En ese caso, el privilegio especial puede ser una técnica adecuada para proteger a ciertos acreedores. No obstante, la efectividad del privilegio requiere que exista cierta proporción entre el crédito privilegiado y el objeto del privilegio. En otro caso, la tutela ofrecida por el Derecho puede resultar perfectamente inútil.

Las técnicas adoptadas en la configuración de los privilegios especiales varían considerablemente. Ello es debido, sin duda, a la extraordinaria variedad de las relaciones jurídicas protegidas mediante privilegios especiales y a la larga evolución histórica de esta categoría de causas de preferencia. De todos modos, el prototipo de los privilegios especiales lo constituyen los llamados *privilegios posesorios*, es decir, aquellos en los que el acreedor tiene la posesión de los bienes objeto del privilegio. Estos privilegios se aproximan a la prenda de manera muy notable. Una variación respecto de estos privilegios la marcan los denominados *privilegios cuasi-posesorios*, en los que el acreedor no ostenta la posesión inmediata de los bienes objeto del privilegio, pero éstos se encuentran en un determinado lugar (*status loci*) sobre el que el acreedor tiene el dominio u otro tipo de poder directo. Un paso ulterior en la evolución de los privilegios especiales, que refleja, aunque de manera más rudimentaria, la evolución de las garantías reales, lo constituyen los *privilegios inscripcionales o registrales*, es decir, aquellos privilegios especiales que requieren una inscripción registral para su plena validez²²⁵. Tales privilegios sólo existen sobre bienes inmuebles en el Derecho español, y se aproximan considerablemente a las hipotecas legales. En definitiva, se aprecia claramente cómo los expedientes técnicos utilizados para la protección de la preferencia especial son muy variados, hasta el punto de que el verdadero supuesto excepcional en el Derecho español lo constituyen los privilegios especiales que no van acompañados de ningún tipo de derecho o poder adicional (privilegios especiales simples)²²⁶.

²²⁵ Cfr. J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias*, Granada, 1995, pp. 157 ss. («privilegios especiales fundados en la inscripción registral»). Existe una significativa diferencia con la clasificación que se ha realizado en el texto y la que elabora en su obra Álvarez Caperochipi, ya que este autor considera que la causa de la concesión del privilegio radica en la propia inscripción, cuando en realidad la inscripción no es sino uno de los presupuestos del nacimiento del privilegio, a la par que una importante medida de protección del acreedor privilegiado. El fundamento del privilegio se encuentra en particularidades de la relación crediticia, no en la inscripción registral, que es externa a la preferencia.

²²⁶ Se trata de privilegios como el de los créditos refaccionarios sobre bienes inmuebles que no han sido inscritos. En dicho privilegio, no existe ningún derecho aparte del de preferencia. Así, solamente de estos privilegios se puede decir que la única diferencia con los privilegios especiales se encuentra en el objeto de la preferencia.

4. LA PREFERENCIA ATÍPICA

A pesar de las líneas generales descritas, que trazan los contornos de las causas de preferencia típicas en el sistema español de tutela del crédito, es preciso añadir que existen instituciones situadas fuera del ámbito de este sistema, pero que interfieren con el mismo, al crear situaciones de preferencia que no encajan dentro de los moldes técnicos previstos ²²⁷.

En efecto, en el Ordenamiento jurídico español, como en la mayoría de los Ordenamientos, existen situaciones jurídicas que se resuelven en la preferencia de un determinado crédito, a pesar de no existir un derecho de preferencia atribuido específicamente por la ley. De acuerdo con la definición de la preferencia, ésta consiste en un derecho atribuido o reconocido por la ley. A su vez la ley opera, a través de la atribución de diferentes derechos de preferencia, la graduación de todos los créditos. Sin embargo, las causas atípicas de preferencia no consisten en la atribución legal de un derecho frente a los demás acreedores del deudor común, sino que se trata de situaciones en las que se aprovecha el efecto de normas cuya función es enteramente ajena a la tutela del crédito, para lograr así un resultado de preferencia, al margen incluso de la graduación de créditos pretendida por el legislador ²²⁸. Por ello se utiliza el término «preferencia atípica», ya que estas situaciones de preferencia no encajan dentro de ninguna de las causas típicas examinadas anteriormente. Son los acreedores quienes se sirven de las técnicas más dispares para conseguir un resultado de preferencia, que los sitúa, frecuentemente, en una posición superior a la de la graduación de créditos provistos de causas de preferencia.

El método más empleado por los acreedores se basa en el uso de las reglas sobre la transmisión de la propiedad para lograr de manera efectiva un resultado de preferencia: en la primera de las técnicas posibles, el deudor transmite la propiedad de un determinado bien (un inmueble, un crédito, etc.), mientras que el acreedor le concede un crédito ²²⁹. En este supuesto no existe preferencia, puesto que el acreedor no tiene un derecho frente a los demás acreedores que ase-

²²⁷ En la doctrina alemana, estas causas de preferencia se denominan «negocios de garantía atípicos» (*atypischen Sicherungsgeschäfte*): vid. J. F. BAUR-R. STÜRNER, *Lehrbuch des Sachenrechts*, cit., pp. 609 ss.; algunos autores franceses emplean la expresión «sûretés par voie détournée» (M. CABRILLAC-C. MOULY, *Droit des sûretés*, cit., pp. 399 ss.)

²²⁸ Vid. M. OLIVENCIA, «Introducción...», cit., pp. 53-54 («utilización de negocios jurídicos con fines de garantía»). Como puede apreciarse, la estructura de las causas atípicas de preferencia es peligrosamente similar a la del fraude de ley (cfr. art. 6.4 del CC): la utilización de una norma de cobertura para lograr un resultado distinto al que atribuiría la ley a una determinada situación. Por ello, su validez ha de ser puesta en entredicho.

²²⁹ También se utilizan, las normas sobre extinción de las obligaciones por compensación, aunque la eficacia de esta técnica es más limitada en el Derecho español que en otros sistemas.

gure la satisfacción preferente de su crédito. Sin embargo, el acreedor dispone de la propiedad del bien que le fue transmitido por el deudor, con lo cual su crédito, *de facto*, recibe un tratamiento preferente, ya que puede utilizar el bien para compensar la pérdida patrimonial causada por el impago del crédito.

La segunda posibilidad es inversa a la anterior: cuando el crédito que se desea proteger tiene relación con una venta o una operación de financiación de la adquisición de un bien, el acreedor retrasa la transmisión de dicho bien hasta la devolución completa del crédito. En este caso, como en el anterior, puede apreciarse que al acreedor se le otorga, por convención de las partes, un derecho real, pero este derecho real es completamente diverso, en su estructura y función, del derecho real contenido en la preferencia especial: en la preferencia especial, el derecho real es accesorio del derecho de preferencia, y ambos son accesorios del derecho de crédito, cuya satisfacción protegen. En las causas de preferencia atípicas, en cambio, el derecho real tiene una existencia independiente del crédito, y su función protectora del crédito sólo existe en virtud de un pacto establecido entre el acreedor y el deudor. La ligazón entre el derecho real y el derecho de crédito la establecen las partes, a diferencia de las causas de preferencia especial, en las que tal ligazón está definida por la ley, aun en las causas de preferencia de origen negocial. Además, esa ligazón es diversa en las causas atípicas de preferencia, puesto que en ellas el derecho real no es en absoluto accesorio del crédito, pues no existe relación de dependencia ni de instrumentalidad entre ambos. En efecto, en las causas de preferencia especial el acreedor puede ejecutar su crédito sobre un determinado objeto gracias a la protección del derecho real; y en las causas atípicas de preferencia la falta de satisfacción del crédito justifica la conservación del derecho real. Se invierten los términos: el derecho real aparece como el efecto principal de la operación, y la relación crediticia desarrolla efectos sobre ella, justo al revés de lo que sucede en las causas de preferencia especial. Por si fuera poco, en estas causas atípicas de preferencia no existe un verdadero derecho de preferencia, sino una situación de preferencia. En efecto, no existe ningún derecho del acreedor frente a los demás acreedores, sino un derecho real que puede oponer a todos los terceros, incluyendo a los acreedores, y al propio deudor, siempre que éste incumpla los términos del contrato de crédito. Es decir, la preferencia deriva de la eficacia *erga omnes* de los derechos reales, pero no de la existencia de un derecho de preferencia, cuya eficacia, como se ha visto, se circunscribe necesariamente a la esfera de los acreedores del deudor común.

Es conveniente examinar la licitud de estas técnicas, y sus perturbaciones sobre el sistema de tutela del crédito, pero ya desde este momento puede afirmarse que las causas atípicas de preferencia interfieren gravemente en el sistema de tutela del crédito, ya que no existen normas que las regulen, y sobre todo, no existen normas que regulen las relaciones entre estas causas atípicas de preferencia y los créditos verdaderamente protegidos por voluntad del legislador.

III. LA AUSENCIA DE PREFERENCIA Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Fuera del derecho de preferencia y sus diversas manifestaciones, los acreedores ordinarios disponen de los instrumentos comunes de tutela del crédito. De entre ellos, destaca la acción ejecutiva, que procura la satisfacción del crédito mediante la ejecución del patrimonio del deudor. Cualquier acreedor, por el hecho de disponer de un derecho de crédito, puede dirigirse a los tribunales y obtener el pago de las cantidades que el sujeto incumplidor le adeude. Cada uno de los acreedores puede obtener un pago completo a través de la acción ejecutiva, y con ello no hace sino ejercer el derecho que le reconoce la ley. Sin embargo, cuando varios acreedores concurren en la ejecución del patrimonio del deudor y ninguno de ellos tiene atribuido un derecho de preferencia, se presenta la cuestión de la distribución del producto de la ejecución entre los acreedores (acreedores comunes, u ordinarios). Obviamente, si el producto de la ejecución basta para satisfacer por completo los créditos concurrentes, no existe problema alguno. La situación es bien diversa cuando el producto de la ejecución no es suficiente para lograr esa satisfacción plena, bien por la insuficiencia del patrimonio del deudor, bien por el ejercicio de los derechos de preferencia de otros acreedores.

En esa situación, a falta de derechos de preferencia, ningún acreedor puede ostentar un derecho frente a los demás, ni puede, por lo tanto, considerar a ninguno de los demás acreedores como sujeto pasivo de un derecho a él atribuido²³⁰. Cada acreedor tiene un derecho de crédito frente al deudor, pero todos ellos carecen de derechos que les permitan obligar a los demás acreedores a soportar la satisfacción completa de ese crédito²³¹. De aquí se colige que todos los acreedores pueden actuar contra el deudor en ejercicio de su derecho de crédito, y ninguno de ellos puede impedir que los demás acreedores ejerzan ese mismo derecho. Aparentemente, pues, todos los acreedores ejercen igualmente las acciones para reclamar el pago de sus respectivos créditos y han de obtener un pago igual. Sin embargo, el concepto de «igualdad» puede recibir interpretaciones muy diversas. En realidad, el Derecho concursal se dedica a regular el ejercicio de la acción colectiva de los acreedores ordinarios, obligando a éstos a acumular todas sus pretensiones, formando el «pasivo concursal ordinario». La canti-

²³⁰ Por ello, la situación es justamente la inversa a la descrita por López Alarcón: «la ley del concurso conduce, por excepción, al derecho de preferencia» (M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., p. 33). En realidad, la ausencia de derechos de preferencia conduce a la aplicación de la regla proporcional.

²³¹ Así, el principio de proporcionalidad tiene una doble vertiente: del lado negativo, el principio se aplica fundamentalmente por la ausencia de causas de preferencia; del lado positivo, se trata de la norma que ha de regir la concurrencia de acreedores ordinarios en el concurso.

dad compuesta por el pasivo concursal ordinario habrá de confrontarse con la cantidad obtenida en la liquidación del patrimonio del deudor, una vez satisfechos los créditos contra la masa y los créditos con preferencia. De la confrontación entre una cantidad y otra se obtendrá el cociente que servirá de medida para la satisfacción de todos los créditos ordinarios²³². Éste es el mecanismo que denominamos regla de reparto proporcional, expresión máxima, como es obvio, del principio de proporcionalidad²³³.

La norma de reparto proporcional constituye una medida de tutela del derecho de crédito que beneficia a todo acreedor. Con esta norma se impide que los acreedores que cuentan con un derecho de la misma naturaleza puedan imponerse a los demás, disminuyendo así el daño que la insolvencia produce a los acreedores ordinarios. De todos modos, como norma de tutela instituida a favor de los acreedores, es renunciable (acuerdos de subordinación)²³⁴.

No están claras las razones por las que el Derecho ha adoptado este sistema de resolución del conflicto entre los acreedores ordinarios: a pesar de que se trata de un dato jurídico comúnmente aceptado, existe un gran desconocimiento sobre las causas que provocaron la adopción de esa regla²³⁵. Además, aunque existe una fuerte ten-

²³² Se trata de una operación aritmética extraordinariamente simple: si existe un pasivo ordinario de 100.000.000 de euros, y la cantidad obtenida en la ejecución concursal es de 40.000.000 de euros, cada crédito ordinario será satisfecho en un 40 por 100.

²³³ Así, J. DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., I, p. 133. El artículo 604.1.º del Código Civil portugués contiene una interesante descripción del fenómeno: «Não existindo causas legítimas de preferência, os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando ele não chegue para integral satisfação dos débitos».

²³⁴ En efecto, los acuerdos de subordinación consisten en «una renuncia irrevocable, por parte de los acreedores que los suscriben, a su derecho de paridad de tratamiento respecto de los demás acreedores ordinarios» (G. B. PORTALE, «“Prestiti subordinati” e “prestiti irredimibili”», en *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, I, pp. 1 ss., p. 5; M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours*, cit., p. 36). Como renuncia a un derecho por parte del acreedor, se trata de un acto perfectamente válido, salvo que con ella se intente perjudicar los intereses de terceros: *vid.* G. A. PENN-A. M. SHEA-A. ARORA, *The Law relating to Domestic Banking*, London, 1987, p. 152).

²³⁵ En este sentido, indagar sobre el porqué de la existencia de la regla proporcional puede parecer similar a averiguar por qué el agua es transparente: es decir, se trata de un hecho comúnmente aceptado, pero el conocimiento de las causas del fenómeno suele ser inexistente. Es más, se diría que es más fácil encontrar personas que sepan por qué el agua es transparente que encontrar juristas que estén en condiciones de justificar la norma de reparto proporcional. De hecho, existen construcciones jurídicas sorprendentes que tratan de explicar la regla de la proporcionalidad (más conocida como principio de igualdad de los acreedores): entre esas construcciones jurídicas, llama la atención la elaborada por Grégoire, que afirma que al abrirse el procedimiento concursal, el Juez decreta un embargo sobre todos los bienes del deudor, lo que la autora interpreta como el surgimiento de un derecho real. Ese derecho real vincula todo el patrimonio del deudor y beneficia a todos los acreedores concursales. Como la regla en materia de derechos reales es el principio de prioridad temporal, y en este caso el derecho real de los acreedores surge al mismo tiempo, se deduce que todos ellos deberán ser tratados igualmente (*vid.* M.

dencia a concebir la regla proporcional como la única solución posible al problema del concurso, no es así; se puede argumentar incluso que ni siquiera constituye la solución más lógica ²³⁶. Así, el problema del concurso podría resolverse estableciendo un pago igual de todos los acreedores; o podría establecerse el pago en primer lugar de los créditos de importe menor, o a la inversa, satisfacer en primer lugar los créditos de mayor importe revelan ideas diferentes de justicia. Será preciso, por tanto, explorar en detalle cuáles han sido las causas, históricas y económicas, que han forjado la regla de reparto proporcional.

Fuera de la resolución del conflicto entre acreedores ordinarios, la regla proporcional se aplica también a aquellas situaciones en las que un acreedor no puede hacer valer un derecho de preferencia frente a otro, porque este último tiene un derecho de preferencia de igual fuerza. Esta situación puede darse en todas las causas de preferencia: así, por ejemplo, en el caso de varios trabajadores que reclaman sus respectivos créditos salariales, o en el caso de concurrencia de dos acreedores escriturarios cuyos derechos de preferencia tengan la misma fecha de nacimiento.

GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours*, cit., pp. 26 ss.). Esta teoría merece señalarse como una perfecta muestra de los vanos intentos de justificar jurídicamente la regla proporcional. En este caso, Grégoire confunde la causa (la existencia de una regla sustantiva de tratamiento proporcional) con el efecto (la necesidad de proteger procesalmente la eficacia de la regla proporcional, mediante la ocupación de los bienes del deudor), aparte de que no puede aducirse, desde el punto de vista dogmático, que surja un derecho real con el embargo de los bienes del deudor, salvo que esta teoría se trate, como bien pudiera ser, del último paso en la tendencia hacia la suplantación de las normas de Derecho de obligaciones por las de los derechos reales (aunque en este caso sean coincidentes). Además, no sería posible explicar, con arreglo a la teoría mencionada, la regla de la proporcionalidad en los procedimientos en los que no existe un embargo de los bienes del deudor (como el *Chapter 11* estadounidense, la suspensión de pagos, y los demás procedimientos funcionalmente equivalentes en otros países).

²³⁶ Está muy extendida la opinión de que la regla proporcional, o, en la terminología que se ha impuesto en la doctrina, la *par condicio creditorum*, no es sino «un reflejo lógico» de la norma del artículo 1911 del Código Civil (así, p. ej., E. ROCA TRÍAS, «Rasgos básicos...», cit., p. 155). Sin embargo, la regla de la proporcionalidad no es en absoluto la única posible, ni está avalada por razones lógicas, sino exclusivamente económicas. De hecho, desde el punto de vista lógico, habría que concluir que el ejercicio de la acción ejecutiva de los acreedores ordinarios puede ser simultáneo. Si se acepta, entonces, que el ejercicio de dichas acciones puede ser simultáneo, como lo es en un procedimiento concursal, el desarrollo de esa ejecución depararía el siguiente resultado: cada acreedor recibiría la primera peseta obtenida en la ejecución, y el producto de la ejecución se iría distribuyendo entre todos los acreedores conforme se fuesen obteniendo las cantidades líquidas. Esto resultaría en una distribución igual (que no proporcional) entre los acreedores, que a su vez significaría que los pequeños acreedores cobrarían íntegramente su crédito, mientras que los grandes acreedores verían satisfecho su crédito sólo en una mínima parte en una situación de insolvencia, ya que ellos soportarían por completo la pérdida derivada de la insolvencia.

La aplicación de la regla de reparto proporcional a estas hipótesis revela su valor como norma residual ²³⁷. La regla proporcional debe aplicarse siempre que no pueda afirmarse la existencia de un derecho de preferencia de un acreedor frente a otro u otros. Por tanto, el principio de proporcionalidad actúa como cierre del sistema, incluso en un Derecho saturado de causas de preferencia, como el español ²³⁸.

²³⁷ De hecho, la norma de reparto proporcional es utilizada por el Derecho español en otros ámbitos diferentes del de la tutela de los créditos en conflicto: así, p. ej., en materia de imputación de pagos, el artículo 1174 del Código Civil utiliza como última regla de imputación el prorrateo entre todos los créditos, como «último escalón supletorio» (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentario al CC* [Ministerio de Justicia], II, cit., pp. 239 ss., p. 241; v. también art. 1145.3.º del CC). «La igualdad existe sólo entre los acreedores sin título público, y es residual y subsidiaria» (J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *El Registro de la Propiedad...*, cit., p. 128).

²³⁸ Por ello, es de la máxima gravedad que los acreedores puedan utilizar mecanismos técnicos para lograr el resultado de la preferencia de un crédito, al margen de las causas típicas de preferencia que establece el Ordenamiento jurídico. Admitir la posibilidad de creación de causas atípicas de preferencia equivale a agravar irremediablemente la erosión del principio de proporcionalidad. Otra cuestión, bien diversa, es la de la distinción entre el uso lícito de todas las técnicas que el Derecho deja en manos de los particulares, y la creación de causas atípicas de preferencia.

