

MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, María Dolores. *Garantías del Constructor: El Crédito Refaccionario*. Centro de Estudios Registrales. Madrid 2000

El libro de la profesora Mezquita García-Granero que acaba de aparecer en el mercado, *opera prima* de esta jurista basada en su recientemente defendida tesis doctoral, es un trabajo marcado por la madurez y acreditada experiencia de su autora en el ejercicio de la abogacía. En efecto la obra, redactada y presentada en rigurosa sujeción a los más tradicionales cánones científicos y académicos, rezuma por todos sus poros una obsesiva inquietud por tratar de problemas ciertos de la vida en sociedad, aportando vías de solución a los mismos, que es propia del operador jurídico que llega a la investigación tras vivir su experiencia como profesional del Derecho. Estamos ante un trabajo de impecable factura intelectual que no se aleja un ápice de la realidad cotidiana, de la que se parte, a la que se mira en todo momento y a la que se se destina todo el esfuerzo de la autora en encontrar soluciones. María Dolores Mezquita conoce bien la realidad de los problemas a que se enfrenta, y los trata con la cercanía del abogado que se implica en su resolución con entusiasmo, a la par de la escrupulosidad y asepsia del científico del Derecho que, con rigor y disciplina a veces no bien comprendidas por otros, no se permitirá en ningún momento saltar uno solo de los controles que la lógica en el razonamiento impone al investigador.

**I. La trayectoria histórica de los créditos refaccionarios.** He querido decir lo anterior porque quien acuda al índice de la obra verá que sus primeras ciento cuarenta y cuatro páginas (de las cuatrocientas treinta y siete de que consta) están dedicadas a la trayectoria histórica de los créditos refaccionarios, y puede caer en la precipitada y errónea conclusión de que nos encontramos ante la publicación de una obra de investigación adecuada —por erudita— para la colación del grado de doctor de la autora, pero de poco interés para quien busque solución a un problema concreto sobre créditos refaccionarios. Muy por el contrario: la solidez de la línea argumental del trabajo comentado y las evidentes soluciones prácticas que el mismo aporta precisan para ser tales del trabajo introductorio referido que es base firme sobre la que trabajar. No en vano nos encontramos ante un instituto jurídico que ancla sus raíces en el Derecho romano y evoluciona a través de la historia en sinuosos y a veces no demasiado claros cauces legislativos en cuya comprensión están las claves para entender el fenómeno en nuestros días. Es decir: más allá del ilustrado preámbulo que en cualquier trabajo de investigación constituyen los llamados *antecedentes históricos* de la cuestión, la autora nos sitúa con esta primera parte de su obra en la comprensión de las ideas nucleares con que contó el legislador al regular los créditos refaccionarios, en la primera Ley Hipotecaria y en el Código civil, ofreciendo así, como he dicho, las claves para comprender el alcance actual de los privilegios refaccionarios. Por la especial idiosincrasia de los créditos refaccionarios, pocas veces estará tan justificado un amplio estudio de los antecedentes históricos como en este caso.

Parte el trabajo examinado de la idea de privilegio usada por los romanos para designar un derecho singular, como opuesto al derecho ordinario o común y, con otro significado, como la cualidad del crédito que confiere al mismo preferencia para el cobro cuando existan varios acreedores y el deudor no tenga bienes bastantes como para satisfacer completamente a todos ellos, de tal modo que algunos de entre los mismos serán preferidos, no teniendo que concurrir con los demás. Pues bien, en el Derecho romano clásico los que prestaban su dinero para la reparación de un edificio, además de para fabricar, comprar o equipar una nave, así como el vendedor de la nave gozan, entre otros, de tal privilegio.

Paralelamente al privilegio, se refuerza la seguridad del crédito con las garantías reales que llevan aparejado igualmente un derecho de preferencia con respecto al resto de créditos quirografarios. El siguiente paso será reconocer la categoría de hipoteca

tácita o legal, entre otros, al privilegio del acreedor refaccionario. Parece indiscutido que, como consecuencia de un desbordamiento del Tiber que destruyó una parte de Roma, el emperador Marco Aurelio, queriendo incentivar la reconstrucción de los edificios afectados y con el objeto de facilitar los préstamos para este fin, otorgó un *privilegium exigendi* a favor de los que prestaron dinero y de los que, a instancias del propietario, pagaban directamente al contratista. Por su parte, un senadoconsulto del tiempo del mismo emperador Marco Aurelio reconoce a tales acreedores un derecho real de hipoteca legal sobre la casa reconstruida, hipoteca privilegiada que otorga una preferencia especial al que presta dinero para la reconstrucción al ser excepción al orden cronológico de las hipotecas. A partir de aquí, privilegio e hipoteca van a ser los dos referentes en el tratamiento del crédito refaccionario a lo largo de la historia y hasta nuestros días.

Y aquí la autora nos aclara, con nitidez absoluta, algo que será la base para el futuro establecimiento del orden de los acreedores en el cobro de sus créditos: en el grado inferior los quirografarios, pagados con arreglo a la regla del dividendo entre sí con lo que sobre de la atención a acreedores de clases superiores; antes los quirografarios privilegiados, graduados entre sí por su causa y no por la antigüedad del crédito; en el tramo superior los pignoratícios e hipotecarios, con rango entre sí determinado por la regla *prior tempore, potior iure*; y en la cúspide, con preferencia a cualquier otro crédito, los acreedores con hipoteca privilegiada, graduándose igual que los privilegios, por su causa y no por su fecha. Sólo los acreedores llamados de dominio, con su derecho a reivindicar la cosa, triunfan sobre todos.

Tras este punto de partida la profesora Mezquita va describiendo de manera sencilla y detallada el devenir histórico del privilegio, anotando el distinto alcance que va a tener en cada momento la hipoteca oculta en que en muchas ocasiones consiste, haciendo especial incidencia en las Partidas, hasta llegar al s. XIX en que, en servicio de los principios de especialidad y publicidad, va a ver la luz la primera Ley Hipotecaria y, unos años más tarde, el vigente Código civil. Resulta singularmente atractiva para el estudioso de la materia la descripción que la autora hace del tratamiento que a la misma dieron los sucesivos proyectos y anteproyectos de código civil, describiendo la graduación de créditos en el Derecho español anterior a la codificación, y en los que se hallan claves para comprender la posterior solución dada al asunto en la vigente Ley Hipotecaria y en el Código civil. En definitiva que, con un profundo análisis de las condiciones en que la Ley Hipotecaria de 1861 trata a los créditos refaccionarios, sacándolos de la categoría de las hipotecas legales ocultas –que quedan definitivamente abolidas– y trayéndolos al mundo de los libros registrales a los que se incorporarán rompiendo parcialmente –en cuanto se haga valoración de la finca antes de la refacción– el principio *prior tempore potior iure* al menos por el valor de la finca que exceda su valor primero.

**II. Las garantías de los créditos refaccionarios en el Derecho español vigente.** La segunda y última parte del libro consta en realidad de dos, a saber: los capítulos IV a VII, ambos inclusive, que analizan los créditos refaccionarios en el actual Derecho español, y el capítulo VIII dedicado al crédito del comprador de un piso en construcción. A este último me referiré luego.

Esta parte central de la obra arranca con una serie de atinadas consideraciones acerca de los privilegios en el Código civil, para formular la tesis de la inexistencia de un principio general en la ley que imponga la ley del dividendo, con un desarrollo de esta idea que, participemos o no de la conclusión de la autora, hace convenir en lo argumentado de su desarrollo y lo lógico de su planteamiento. La idea de que el legislador español ha establecido claramente la desigualdad de los acreedores, otorgando distintos grados de preferencia que refuerzan la seguridad del crédito, no implica sin embargo un trato discriminatorio sino re-equilibrador de las desigualdades de partida. Y la razón la encuentra la doctora Mezquita en la justicia distributiva y la seguridad

del tráfico jurídico que propicia una especial diligencia del acreedor, llegando así a la formulación del principio general que prohíbe enriquecerse a costa de otro como fundamento del crédito refaccionario.

El lacónico acogimiento que el Código civil hace de los créditos refaccionarios (sólo utiliza el término en relación a créditos sobre determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, en los artículos 1923 y 1927), ha venido inquietando a la doctrina y a la jurisprudencia para quienes se hace preciso conocer a qué tipos de créditos alcanza, de modo que hoy en cuestión tan antigua no existe unanimidad al determinar el número y clase de las prestaciones ajenas que gozarán del privilegio de ser excepción a la regla o ley del dividendo entre los acreedores. Primera gran cuestión pues de la que se ocupa el libro: partiendo de la incontrovertida condición refaccionaria del crédito dinerario para rehacer —*refacere*, de ahí refacción— un inmueble, la doctora Mezquita procede a estudiar otras figuras contractuales y no contractuales que enriquecen al dueño de la cosa para cuya realización o reparación, conservación o custodia otro aporta materiales, dinero o actividad personal. Incluso también se ocupa del que ha vendido la cosa y tiene pendiente el percibo del precio y su posible encuadre en el grupo de los acreedores refaccionarios. Todo ello sin perder de vista ni un momento la más abundante regulación que la Ley Hipotecaria hace de la refacción inmobiliaria cuando accede al Registro.

Paralelamente examina la autora cada uno de los supuestos de créditos sobre bienes muebles recogidos en el primer apartado del artículo 1922 Cc., a los que el legislador no ha querido calificar explícitamente de refaccionarios pero que, por virtud del privilegio que les confiere el artículo 1926, no cabe duda de que han de ser comprendidos en el grupo de tales.

Resulta apasionante para el estudioso seguir el *iter* del razonamiento de la autora en cuestión tan clásica cual es la calificación refaccionaria o no del crédito del vendedor que recibe muy distinto tratamiento en la venta de muebles (artículo 1922-1º Cc) respecto a la venta de inmuebles, en la que seguimos preguntándonos, como lo hacía Morrel y Terry hace ochenta años, para qué obliga la Ley Hipotecaria que en la inscripción conste el aplazamiento del pago y la forma y plazos en que se debe pagar, si los terceros no se van a ver perjudicados por saber que el precio no se pagó. Su defensa, recogida en las páginas 267 y siguientes, de la condición refaccionaria del crédito del vendedor podrá ser discutida, pero habrá que convenir en que es una aportación importantísima para la configuración del ámbito de los créditos refaccionarios.

Pero si importante resulta determinar la condición de refaccionarios de unos u otros tipos de crédito, no menos lo es establecer el alcance del privilegio del acreedor refaccionario en lo que supone de excepción a la *par conditio*, así como el juego de preferencias que tal privilegio y en su caso la hipoteca inherente a la anotación registral del crédito refaccionario, van a llevar aparejadas.

Las conclusiones son sorprendentes, aunque rigurosas: el grupo de los créditos refaccionarios alcanza, además del derivado del contrato de mutuo, a un gran número de supuestos, tanto en los bienes inmuebles como en los muebles. Y todo ello en supuestos de créditos contractuales, como en otros de génesis extracontractual.

**III. Los adquirentes de un piso futuro.** El capítulo VIII, bajo el título «*La calificación refaccionaria del crédito como garantía: una aplicación práctica. Los adquirentes de un piso futuro*», si bien es tratado como uno más entre los capítulos que conforman la segunda parte del libro, constituye en sí mismo una parte autónoma dentro de la obra, de la que es colofón, y que justifica por sí sola el interés despertado por el trabajo que comento.

Parte la Dra. Mezquita de la constatación del hecho de que muchas personas adquieren un inmueble cuando éste es un bien futuro, con vida sólo en los planos de un proyecto. La necesidad que tiene el promotor de contar con financiación hace que se

propicien habitualmente estas ventas que, permitiendo percibir cantidades a cuenta del precio final, amarran de paso a ese adquirente que, en cuanto ha entregado mucho dinero a cuenta del precio final, será fiel en adelante a sus compromisos.

Este fenómeno, tan común en el mundo inmobiliario, se agrava para la seguridad del futuro adquirente por la imposibilidad para el promotor de constituir hipoteca convencional que garantice tales entregas a cuenta ya que, de un lado, necesita reservar la primera hipoteca para la entidad de crédito que también le financia y, por otro, va a ver muy encarecido el precio final a virtud de los gastos que supone hipotecar el inmueble también en garantía de los adquirentes. Por otra parte, la garantía que ofrece al comprador de una vivienda futura la ley 57/1968 de 27 de julio, que deja fuera de su ámbito a los compradores de inmuebles como oficinas, consultorios profesionales, estudios, lonjas comerciales y demás que no sean viviendas, es limitada e insuficiente y ofrece una serie de defectos que hacen que en muchos casos el comprador de una vivienda futura crea estar amparado por la correspondiente garantía de compañía de seguros o entidad de crédito, cuando en realidad no lo está por haber entregado en mano al constructor o ingresado sus cantidades anticipadas en cuenta distinta a la que es objeto de garantía.

Pues bien el libro, tras desgranar las diversas aportaciones doctrinales producidas en refuerzo de la seguridad del comprador-financiador del piso futuro, sostiene con firmeza la calificación refaccionaria del crédito del comprador del piso futuro, defendiendo que, a pesar de la perfección de la venta de la cosa futura, el constructor-vendedor conserva la propiedad del piso vendido por no haberse llevado a cabo la entrega, con lo que cabe referirse al adquirente de piso futuro como refector de bienes ajenos, incluso en los casos de construcción colectiva o en comunidad. A partir de este planteamiento, sin duda valiente y que a buen seguro encontrará quien lo rebata, que toma como base la tradición histórica y la postura de una parte de la doctrina que defiende el carácter refaccionario del crédito nacido de la compraventa, aboga la autora por la anotación del crédito refaccionario del comprador como medio de, entre otras cosas, quebrar la buena fe del tercero hipotecario en supuestos de doble venta del piso o local, o incluso en los de venta de solar sin consentimiento del acreedor. En definitiva, la anotación del crédito de un modo habitual debería ser norma de actuación, siempre que, de *lege ferenda*, se impusiera al constructor la obligación de notificar fehacientemente al acreedor refaccionario que se ha producido la terminación de la obra, a efectos de obviar la dificultad –verdadero talón de Aquiles de toda la construcción, según la autora– derivada de la conversión de la anotación en inscripción, puesto que la anotación del crédito refaccionario caduca a los sesenta días de terminarse la obra, lo que obliga al acreedor refaccionario anotante a estar pendiente de tal momento para evitar la pérdida de su garantía.

La iniciativa de la profesora Mezquita me parece sensata por cuanto aboga por solucionar un problema cierto y que de vez en cuando trae zozobra e inquietud a los adquirentes de vivienda futura, sin por ello producir mayores cataclismos en el sistema económico del país. Pero a la par, la sugerencia de anotación del crédito del comprador es inteligente porque demuestra que con una muy pequeña reforma legislativa se podría conseguir un gran bien en servicio de la paz social. Además, su tesis de que en el supuesto de compra de vivienda futura con entrega anticipada de cantidades estamos ante una verdadera refacción, ayudará a más de un comprador en apuros a colocarse en una situación privilegiada frente a otros acreedores del constructor.

Como colofón me cabe decir que la obra va mucho más allá de lo que el título anuncia, pero que no cierra –porque no puede ni pretende hacerlo– cuestiones que forzosamente se han de desarrollar en un futuro, y para las que da pistas concretas. El trabajo pues, ha de continuarse en posteriores aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que sin duda se producirán tras este libro, libro que, al término de su lectura, he lamentado no haber podido leer hace veinticinco años.

**DR. FLORENCIO OZCÁRIZ MARCO**