

pre una traición y, como observa un autor de la época Ming, en el mejor de los casos, sólo puede ser el reverso de un brocado: todos los hilos están presentes, pero falta la sutileza del color y el dibujo» (Kakuzo Okakura, *El libro del té*, traducción J. Fibla, ed. Martínez Roca, Barcelona, 1999, p. 80).

Hasta aquí, este epítome del contenido del Código civil japonés, en la versión que ahora se presenta. Resta la pregunta que acaso guarde el inquieto lector que inició el breve viaje jurídico de esta recensión y del propio texto legal: ¿se han asentado en la sociedad japonesa los principios y reglas occidentales que la labor comparatista incorporó al Código civil de un pueblo oriental, con otras pautas vitales? La respuesta puede encontrarse en un mito con muchas manifestaciones diarias en el Japón de hoy mismo: la reticencia de sus gentes a litigar, la búsqueda de conciliación y arbitraje al margen de las normas jurídicas. Como explican Zweigert y Kötz (*An introduction to comparative law*, 3.ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 301-302), las disputas familiares se resuelven al margen de los tribunales, por encargos a intermediarios que buscan la reconciliación; el divorcio es un acuerdo *inter partes*, en el que no intervienen abogados, ni siquiera para regular sus consecuencias, también encomendadas a arbitradores; las disputas de vecinos o por razón de arrendamientos, suelen resolverse por arreglo amical, lo mismo que la ejecución de los contratos, con una mentalidad de transacción y reconocimiento de deudas ulteriores que el juez no puede ponderar; incluso para los accidentes de tráfico existen oficinas especiales de mediación. Sin embargo, las recientes leyes sobre responsabilidad objetiva parecen haber globalizado igualmente la fiebre litigiosa, en un país siempre atento al Derecho comparado.

Sergio CÁMARA LAPUENTE
 Profesor Titular de Derecho Civil
 Universidad de La Rioja

MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M.ª Dolores: *Garantías del constructor: el crédito refaccionario*, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, 472 pp.

Es difícil encontrar, hoy en día, obras jurídicas que traten sobre temas clásicos y no sobre las últimas reformas que se van produciendo o sobre temas estrella. La monografía de la doctora Mezquita, por el contrario, no trata un tema de rabiosa actualidad, sino una institución de firmes raíces romanas, de un tema «de Código» y por ello de enorme valor formativo.

Por otro lado, el tema mismo —el crédito refaccionario— no es objeto de un tratamiento o de una atención constante de la doctrina. Más bien al contrario, salvo algún reciente trabajo monográfico sobre el particular, el crédito refaccionario ha venido siendo, hasta el momento, una institución sumida en el olvido, situación de la que la propia autora encuentra sus causas. En efecto, los civilistas apenas reparan en los manuales en la importancia del crédito refaccionario y sólo cuando en materia hipotecaria se observa el abundante número de normas que a él se dedican, surge una perplejidad de la que se pretende huir pensando que será una figura en desuso, si bien con cierto arraigo en la época en la que se dictó la LH.

En fin, la autora tiene el mérito de redescubrir el crédito refaccionario y de reconquistarlo para la civilística, aportando todavía algo de innegable valor: su propia tesis, es decir, la defensa de que de su investigación se deriva una determinada propuesta jurídica de enorme relevancia práctica.

Primera parte: El crédito refaccionario en la historia jurídica. 1. El origen y la fundamentación de la figura.—A pesar de que el lector práctico pretenderá escapar pensando que esta es la inevitable parte histórica de una tesis doctoral, no puede concebirse esta obra, ni en su trayectoria, ni en su hilo conductor, ni en sus conclusiones sin el seguimiento desde su origen de este tipo de crédito, ni siquiera en su propuesta final. En efecto, la actual regulación —tanto codificada como registral— del crédito refaccionario cobra sentido cuando se revela su devenir histórico y las sucesivas funciones para las que la calificación de refaccionario ha ido sirviendo.

Desde su aparición en Roma, el Derecho ha ido encontrando supuestos prácticos en los que se ha considerado que era de justicia otorgar una protección legal especial a determinados créditos, los cuales debían separarse del principio *par conditio creditorum*, y que en la época inicial fueron los surgidos del préstamo de dinero para la reconstrucción de un edificio y del surgido para construir, armar o comprar una nave. En estos créditos el *privilegium* encontraba fundamento en la equidad y en la relación de causalidad existente entre el aumento de valor del patrimonio del deudor y el crédito privilegiado: en el mayor valor que éste introduce en el patrimonio del deudor común, del que deriva un aumento de la garantía genérica que corresponde a todos los acreedores en general.

Como dato especialmente relevante, que posteriormente tendrá mucha influencia en Derecho español, ha de resaltarse que el otorgamiento de este privilegio de los refaccionarios se unió conceptualmente al concepto de carga real o de derecho real. Privilegio e hipoteca, conceptos que, en principio, llevaron vidas paralelas, acabaron por unirse con el fin de que los créditos garantizados con garantía real no postergaran a los privilegiados. La forma de mejorar el privilegio será la hipoteca legal. De esta forma se reforzó la garantía de ciertas personas cuyos créditos ya estaban asegurados por medio de un privilegio, reconociéndoles un derecho de hipoteca o prenda legal.

Semejante conexión conceptual supuso un lastre importante en la evolución posterior, tanto en la fase de recepción del Derecho romano, como en la evolución caecida hasta la Codificación. Esta amplia etapa histórica es descripta, en cuanto al tema que nos ocupa, con enorme esfuerzo sintético y conceptual. Entre los siglos XII y XVIII y hasta la Codificación se manifiesta enormemente significativa la regulación que las Partidas hicieron de forma muy fiel a la regulación recibida del Derecho romano. De esta manera, la preferencia de los dos créditos refaccionarios recibidos de Roma —los surgidos del mutuo otorgado para la construcción de edificio o nave— se funda en la ostentación de un derecho de hipoteca en garantía de su crédito, aunque no lo hayan pactado. Dicha hipoteca es, además, privilegiada frente a los demás acreedores hipotecarios, entroncando así con la tradición romana. Por otro lado, el legislador castellano configuró la preferencia con carácter de derecho real y la calificó sin ambages de privilegiada.

Quien presta un dinero para la reconstrucción, restauración o conservación de un edificio tiene una hipoteca legal y un privilegio que le permite ostentar un derecho de prelación sobre el edificio, a costa del dinero que prestó. En idéntica situación preferencial se encuentra quien suministró dinero al

contratista por encargo del dueño o pagó al constructor el salario de los obreros y las materias primas necesarias para la reconstrucción

Para la constitución legal de esta hipoteca refaccionaria era requisito que la inversión se hubiera realizado verdaderamente sobre el objeto gravado con aquélla, y que se hubiera destinado a alguno de los supuestos de los que justifican el privilegio, demostrando dicho extremo.

En suma, puede decirse que la situación doctrinal y legal de los créditos refaccionarios hasta el siglo XIX se caracteriza por su consideración generalista: en todos los supuestos en que se produce un aumento de valor del patrimonio del deudor concretado en una cosa determinada en beneficio de un acreedor, la doctrina considera que deben ser tratados dichos créditos de modo favorable o de manera privilegiada. Y cuando la refacción recae sobre inmuebles, el privilegio frente a los demás acreedores se une a la hipoteca (legal o pactada), pero siempre privilegio superpuesto a un derecho real de garantía que altera el principio de *prior tempore* en el rango hipotecario y que, además, tiene como límite el objeto mismo de la preferencia, pues más allá de su valor no hay preferencia respecto a los demás acreedores.

2. *El crédito refaccionario y el Registro de la Propiedad.*—Llegados a este punto, es sin duda el análisis de la situación jurídica, creada a partir de la entrada en vigor de la LH, el elemento que da a la obra que comentamos mayor relevancia. Esta norma supuso un punto de inflexión en el devenir de la institución de la refacción, y de ella somos herederos hoy en día. La inseguridad con la que se encuentra el prestamista que concede crédito para la adquisición de inmuebles y convienen una hipoteca, deriva de la imposibilidad de conocer el rango de la garantía pactada, habida cuenta de la multitud de hipotecas ocultas que podían recaer sobre el inmueble y de la incerteza de cuál de ellas era privilegiada y en qué rango. Este era precisamente el caso de los créditos refaccionarios.

La llegada de la LH, motivada fundamentalmente por la necesidad de incentivar el crédito territorial, tuvo como consecuencia inmediata la abolición de las hipotecas legales, entre ellas la hipoteca oculta del acreedor refaccionario. Tras la entrada en vigor de esta Ley, las hipotecas legales antiguas continúan existiendo como hipotecas legales, siempre que resulten inscritas; por lo que se refiere a las hipotecas que se constituyan ya no hay hipoteca legal, sino que deberá pactarse expresamente.

La LH, en su primera redacción, abolió la hipoteca legal de los créditos refaccionarios. Es a partir de entonces cuando estos créditos podrán ser objeto de anotación preventiva practicada en el folio de la finca refaccionada y por las cantidades que anticiparen los acreedores, surtiendo entonces los mismos efectos que la hipoteca. Nos encontramos ahora con que la anotación preventiva, cuya constitución puede exigir el acreedor, es en el fondo una hipoteca legal, pero ahora pública y no oculta. Desde luego, si el acreedor no anota no sólo pierde la hipoteca, sino también el privilegio y pasará a ser un simple acreedor común. A partir de ahora, cuando el acreedor refaccionario concorra con otros acreedores hipotecarios anteriores éstos tendrán mejor rango hasta el valor de la cosa antes de la refacción, pero por el mayor valor de la finca hipotecada tras la realización de la obras, será preferente a todos el acreedor refaccionario.

A juicio de la autora, la supresión de la hipoteca legal del acreedor refaccionario no era ni precisa ni deseada, pero la oscuridad de la Ley y la confusión doctrinal condujeron, paradójicamente, a que cuanto más se perfecciona-

ba la hipoteca convencional menos clara quedaba la situación de los antiguos acreedores hipotecarios legales, entre los que los refaccionarios obtuvieron un trato preferente en la LH. La situación de los antiguos créditos refaccionarios quedó desdibujada y terminó en la obsolescencia.

La práctica judicial se hizo eco de la nueva concepción de estos créditos que ahora se ven rodeados del cumplimiento de una serie de requisitos, formalidades y pruebas de los que carecían con anterioridad. En las resoluciones judiciales, a partir de 1880, se va abriendo camino la doctrina que niega efecto real a los créditos refaccionarios no inscritos o no anotados, aunque fueran anteriores a la entrada en vigor de la LH. De ser un crédito hipotecario que se anteponía a otros más antiguos de la misma clase, ha pasado a ser un crédito simplemente quirografario que carece, incluso, de privilegio personal. De ahí que el prestamista de dinero para la refacción prefiera la constitución de una hipoteca convencional para la garantía de su crédito que acudir a una anotación en base a una refacción difícil de demostrar en sí y en su utilidad y cuyas ventajas no acaba de adivinar.

La simplicidad con la que todo este proceso histórico-jurídico (con el trasfondo filosófico que subyace) es trazado por la autora, coloca al lector en condiciones tales como para poder adentrarse en la estructura y el funcionamiento interno del los créditos refaccionarios.

Segunda parte: El tratamiento legal de los créditos refaccionarios. 1. Delimitación conceptual del crédito refaccionario.—Partiendo de la indefinición legal del concepto y de las diferentes opciones doctrinales mantenidas sobre su configuración, la obra ofrece un esquema conceptual a partir de la revisión crítica de los distintos subconceptos implicados: la propia refacción, el objeto refaccionado, el nacimiento u origen del crédito refaccionario (el contrato de mutuo u otros posibles orígenes...) ...

A mi juicio, si algo debiera resaltarse de esa revisión conceptual es el estudio que la autora realiza sobre la existencia de créditos refaccionarios de origen no contractual. El análisis de supuestos concretos en los que, sin mediar convenio de las partes, el crédito merece la calificación de refaccionario es especialmente revelador de las posibilidades que ofrece la refacción como fuente de preferencia en el cobro. Así, por ejemplo, el crédito que tiene su origen en las obras realizadas por un poseedor en virtud de los gastos que éste ha realizado en la conservación y mejora del objeto, el que ostenta el usufructuario por obras de reparación extraordinarias (art. 502 CC), supuestos en los que la ley ordena la restitución de provechos, o los créditos que tienen su origen en la gestión de negocios ajenos sin mandato.

Se separa así la autora del tópico conceptual y estricto que considera como refaccionario exclusivamente al mutuo de dinero para la construcción, construyendo su ámbito al del privilegio inmobiliario. El concepto que la obra diseña de este crédito es enormemente plástico y expresivo: todo crédito que se haya generado como consecuencia del adelanto de una prestación con la consecuencia de haber incrementado el patrimonio del deudor en una cosa concreta, o de la realización de una labor de construcción de mejora útil en cosa ajena. Este crédito podrá nacer como consecuencia de una labor de conservación, reparación o construcción de una cosa del deudor, pero también de haberse transmitido la propiedad del objeto vendido sin percibir el precio y, a estos efectos, será indiferente la naturaleza mueble o inmueble del objeto.

2. *¿Qué razón hay para dar preferencia en el cobro a los créditos refaccionarios?*—El Código civil contempla el crédito originado por gastos de conservación o construcción de una cosa como uno de los supuestos de preferencia que recae sobre un objeto en especial. Y, ante ello, cabe preguntarse, ¿cuál es esa diferente relación del constructor y/o conservador con esa cosa objeto de su actividad que le hace merecedor de un trato distinto y preferencial?

No hay duda de que ese sujeto ha aportado una plusvalía al patrimonio del deudor de la que —sin su actuación— no se hubieran beneficiado los otros acreedores y que dicho crédito ha producido a toda la masa de acreedores una ventaja al aumentar la garantía genérica de su deudor. Desde otro punto de vista, y en cierto modo contradictorio con lo anterior, aunque de no haber mediado actividad constructiva no podrían contar los demás acreedores con la cosa en el patrimonio del deudor, sí que contarían con el valor económico que significa el precio por esa construcción.

Todos estos planteamientos y otros más detallados son revisados por la doctora Mezquita, aportando su propia visión sobre la necesidad y el fundamento de la preferencia de la que gozan este tipo de créditos. Con ocasión de los argumentos expuestos por las diferentes doctrinas y al hilo de las mismas, logra construir una auténtica teoría, basada fundamentalmente en el principio general del enriquecimiento sin causa.

El ordenamiento —afirma— considera justo devolver a cada uno lo suyo, pero cuando esto es imposible porque se ignora qué es de cada cual, no hay más remedio que repartir entre todos lo que hay. Así, cuando es posible demostrar que ciertos bienes no pertenecen al deudor, se separan del patrimonio de éste para que su propietario los recupere. De no ser así, pasan a la masa y se reparten entre los acreedores que demuestren su derecho, dando preferencia a aquellos que aporten mayor certeza. Con este razonamiento, puede decirse que sí hay una diferencia sustancial entre los acreedores refaccionarios y los demás: los primeros son acreedores precisamente por haber mantenido o aumentado el valor de cierta cosa existente en el patrimonio del deudor, y esa es la razón de que se les conceda un privilegio especial sobre la cosa misma. Y es también por esa razón por la que la preferencia se limita al valor de la cosa refaccionada; de esta forma, los demás acreedores no se verán perjudicados, porque ninguno de ellos debe contar con cobrar a costa de un valor que no existía en el patrimonio del deudor antes de la intervención del acreedor refaccionario.

3. *La preferencia de cobro en la refacción.*—Conforme al ordenamiento español, los créditos refaccionarios soportan una doble causa de preferencia. Por un lado, el artículo 1923-3.º CC, en relación con el artículo 59 LH, confiere efectos de garantía al crédito refaccionario anotado en el Registro de la Propiedad; por otro lado, los no anotados son meros privilegios, con la prelación que les otorga el artículo 1923-5.º CC.

La existencia de un crédito refaccionario y del privilegio que el mismo comporta, exige una serie de elementos que quedan desglosados en una exposición coherente con la propia concepción que la autora previamente ha adoptado. A ello se añade que, puesto que la refacción acarrea una distinta posición del crédito según recaiga dicha refacción sobre muebles o sobre inmuebles, y, en este último caso, según haya entrado en los libros registrales o no, la garantía refaccionaria ha de ser analizada según los distintos elementos que concurren.

En efecto, este tipo de garantías son objeto de exégesis desde la perspectiva registral, la cual, partiendo de la constitución registral de la hipoteca refaccionaria (con especial detenimiento en la anotación preventiva del crédito y en el procedimiento de inscripción), explica con claridad la conversión de dicha anotación en inscripción de hipoteca. Por otro lado, se analizan detenidamente otras posibles situaciones registrales en las que pueden encontrarse estas garantías, como son el crédito refaccionario no anotado y el simplemente anotado.

4. *Una propuesta más que una conclusión: ¿es titular el comprador de piso futuro de un crédito refaccionario?*—Doctrina y jurisprudencia han puesto de manifiesto la situación en la que queda el comprador que adelanta el pago del precio de vivienda a construir y que le permite al constructor o promotor una liquidez que, de manera directa, se materializa en la construcción de tal vivienda. La insuficiente protección que a este comprador le confiere la Ley de 27 de julio de 1968 para asegurar la devolución de las cantidades anticipadas hace que la autora se pregunte si, siendo el privilegio un medio legal de reforzar la seguridad de un crédito, ¿es posible considerar que el comprador de piso, que adelanta para la construcción cantidades a cuenta del precio, sea refaccionario?

Es evidente que el crédito del comprador-financiador es refaccionario en la medida en que nace de un contrato por el que se contribuye de modo directo al resultado de la construcción. Por otro lado, la legislación hipotecaria (art. 59 LH) impulsa y facilita esta interpretación al permitir que el comprador pueda exigir anotación preventiva sobre la finca refaccionada por las cantidades que anticipare, presentando el contrato que hubiera celebrado con el deudor.

Esta propuesta queda reforzada con la percepción de la incidencia práctica que pudiera tener el privilegio refaccionario del comprador en el proceso constructivo, es decir, en el posible entorpecimiento que semejante calificación pudiera suponer en una situación de concurrencia con otros acreedores que ostenten derecho preferente sobre el mismo objeto.

Para finalizar, ¿qué repercusiones tendría la anotación de un crédito refaccionario en la buena fe del tercer adquirente del piso? Sugiere la autora un interesante planteamiento desde la base de que la anotación de un crédito refaccionario no cierra el Registro a una inscripción de dominio posterior. Ello permite elucubrar sobre el caso de que una vez declarada la obra nueva y constituido el régimen de Propiedad Horizontal, se produzca la aparición de un tercero hipotecario que adquiera conforme al artículo 1473.2.º CC y sea protegido *ex artículo 34 LH*. Con independencia de que esta inscripción soporte la hipoteca en favor del comprador-refactor anotante, parece que la adquisición del dominio se consolidaría en el adquirente que primero inscriba.

Para evitar semejante situación, la autora propone que el contrato de compraventa sea considerado como título del que deriva el crédito refaccionario del comprador y así sea destruída la buena fe del adquirente posterior, impidiendo la aparición de un tercero hipotecario que adquiera la propiedad del piso financiado por el comprador-anotante. Las consecuencias favorables que a todos los efectos se derivarían de la admisión de la propuesta demuestran la habilidad de quien posee una sólida y cimentada formación jurídica.