

CONSIDERACIONES DE DERECHO CIVIL ACERCA DE LA RELACIÓN EXISTENTE, EN SISTEMAS JURIDICOS CONTINENTALES, ENTRE LA REGLA “PAR CONDITIO CREDITORUM” Y LOS PRIVILEGIOS CREDITICIOS

FRANCISCO JAVIER ARELLANO GÓMEZ
Prof. Titular E.U. de Derecho civil
Universidad de Huelva
javierarellano10@hotmail.com

ÍNDICE: 1 Introducción conceptual básica. 1.1. Advertencias preliminares en una aproximación a la disciplina de los privilegios en general. 1.2. Inserción de los privilegios en el sistema de las garantías crediticias. 1.3. Noción y teoría acerca de la figura del privilegio crediticio. 1.4. Formulación de algunos aspectos básicos que vertebran en la actualidad la categoría de los privilegios en general. 2. Problema funcional y correlativo ensayo de respuesta alternativa que presenta la figura de los privilegios en general en el mercado crediticio contemporáneo. 2.1. Exploración de la cuestión examen. 2.2. Concepción funcional de los privilegios como un instrumento de igualdad sustancial y de solidaridad social. 2.3. Deformaciones que la práctica detecta en el uso del mecanismo del privilegio, y antidotos incorporados por el ordenamiento jurídico. 3. Conclusión.

INDEX: 1. Basic conceptual introduction. 1.1. Preliminary warning in a approach to the privileges in general. 1.2. Insertion of the privileges in the system of the credit guarantees. 1.3. Notion and theory about the figure of the credit privilege. 1.4. Formulation of some basic aspects that vertebran at the present time the category of the privileges in general. 2. Problems functional and correlative test of alternative answer that presents the figure of the privileges in general in contemporary credit market. 2.1. Exploration of the question examination. 2.2. Functional conception of the privileges like an instrument of substantial equality and social solidarity. 2.3. Deformation that the practice detects in the use of the mechanism of the privileges, and incorporated by the legal ordering. 3. Conclusion.

PALABRAS CLAVE: Privilegio crediticio • Regla “*par conditio creditorum*” • Autonomía de la voluntad • Justicia distributiva • proliferación de privilegios.

WORDS KEY: Credit privilege • Rule “*par conditio creditorum*” • Autonomy of the will • Distributivity justice • Proliferation of privileges.

1. INTRODUCCIÓN CONCEPTUAL BÁSICA

1.1. *Advertencias preliminares en una aproximación a la disciplina de los privilegios en general*

En sentido riguroso del término se designa jurídicamente por privilegio crediticio a aquella figura por la que se atribuye a un crédito una causa de preferencia de origen legal, constituyendo una excepción ó derogación al principio general de igualdad ó tratamiento paritario entre los acreedores: en virtud del privilegio, un determinado acreedor adquiere el derecho de satisfacer su crédito con preferencia respecto de otros acreedores del mismo deudor¹.

¹ Aunque en nuestro sistema jurídico no consta una definición de privilegio, a diferencia, por ejemplo, como veremos más adelante, de ordenamientos como el francés, ó el portugués, e incluso, en versión pretérita, el italiano, las aportacio-



La funcionalidad de todo privilegio sólo se manifiesta en el caso de concurrencia con otros acreedores del deudor común. Es precisamente en el momento en el que el patrimonio del deudor resulta insuficiente, cuando el acreedor insatisfecho hará valer los privilegios que, en su caso, acompañen a su crédito, para anteponerse a los restantes acreedores del deudor común. Los privilegios constituyen, por tanto, excepciones ó derogaciones a la aplicación de la regla “par conditio creditorum” (en nuestro ordenamiento jurídico son significativos en este punto las regulaciones contempladas en los arts. 1.925 y 1.929.3 del C.C.):² llegado el momento en que el pasivo patrimonial del deudor es superior a su activo, el acreedor privilegiado no soporta el riesgo de impago de forma proporcional al valor de su crédito, conforme a la ley del dividendo, sino que goza de un derecho al cobro preferente. Es así, por consiguiente, que el legislador ha agrupado bajo el común manto de la

nes doctrinales, por el contrario, son diversas. A título de inventario, y sin ninguna pretensión de exhaustividad, haremos sólo un breve elenco de algunas de ellas: M^o Rosario Valpuesta Fernández, voz “privilegio”, *E.J.B.*, Madrid, 1995, págs. 5.135 y ss.; L. Díez- Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, págs. 751 y ss.; A. Gullón Ballesteros, “Comentarios al Código Civil”, Ministerio de Justicia, T.II, Madrid, 1991, págs. 2.055 y ss.; id., *La prelación de créditos en el Código Civil*, edit. Bosch Barcelona 1962, págs. 15 y ss.; id., *El crédito privilegiado en el Código Civil*, A.D.C., 1958, págs. 435 y ss.; Álvarez Caperochipi, *Curso de Derechos reales*, T. II, Madrid, 1987, págs. 116 y ss.; La Cruz Berdejo, Sancho Rebullida, Delgado Echevarría, Rivero Hernández, *Elementos de Derecho Civil II*, “Derecho de Obligaciones”, V.I, 1986, pág. 388. *Grosso modo* es fiel con el pronunciamiento enunciado en el texto la formulación conceptual, ya más elaborada y perfeccionada, plasmada por P.Gaetano en I privilegi, “Trattato di diritto civile italiano”, dirigido por Vasalli, Vol.XIV, T.I, 1956, págs.33 y ss.: “... El privilegio del crédito comporta una modificación de aquél 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 encuentran con él en concurso en el momento de la distribución del precio producto de la ejecución de la cosa sujeta al privilegio.”

² Vid. Planiol, Ripert, Becque, “Tratado Práctico de Derecho Civil francés”, T. XII, edic. en castellano, La Habana, 1948, págs. 1 y ss.; Gullón Ballesteros, *La prelación de créditos...*, *op. cit.*, págs.16 y ss.; Álvarez Caperochipi, *op. cit.*, pág.116; Díez- Picazo, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág.751; id., “Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores, La Reforma del Derecho de Quiebra” – *Jornadas sobre la Reforma del Derecho Concursal español*, Forum Universidad – Empresa, Edit. Civitas, Madrid, 1982, págs. 293 y ss.; E. Cordero Lobato, *El privilegio del crédito refaccionario*, Edi. Tecnos, 1995, págs. 21 y ss.; V.L.Montés Penadés, “Derecho de Obligaciones y Contratos”, AA.V.V., coordin. M^o R. Valpuesta F., Valencia 1995, págs. 273 y ss., quien explica que “... la insolvencia en su acepción más estricta, como insuficiencia patrimonial del deudor...genera la necesidad de ordenar una liquidación del patrimonio, a fin de salvaguardar, en lo posible, los créditos concurrentes, evitando que los acreedores más ágiles ó más rápidos ó más hábiles consigan cobrar en perjuicio de los demás... La concurrencia de varios acreedores sobre el patrimonio de un único deudor se organiza sobre la base de una idea central: son todos de la misma condición. Los acreedores, titulares de un derecho de crédito, no gozan de prioridad como ocurre con los titulares de derechos reales, en los que rige el principio “prior tempore, potior iure”, con función excluyente ó con función de mayor rango. Los titulares de los créditos son, en principio, igualmente partícipes del soporte básico de la garantía de su derecho, que es el patrimonio del deudor, al que pueden agredir en caso de incumplimiento. Ese patrimonio ha de satisfacer a todos los acreedores, pero si es insuficiente, los acreedores concurren a la satisfacción repartiéndoselo entre ellos con arreglo a lo que se denomina dividendo, concepto que expresa realmente la reducción proporcional que sufre un crédito por razón de la insuficiencia de los bienes disponibles para el pago...Sin embargo, por diversas razones, unas de política legislativa y otras de valoración históricamente consagrada de la necesidad de protección de ciertos intereses, el principio de igualdad ó “par conditio creditorum”, por más que constituya un auténtico principio general del sistema, sufre numerosas excepciones. Los créditos en cuyo favor se ha dispuesto la excepción se denominan créditos privilegiados y privilegio la cualidad de un crédito que goza de un trato especial y no queda sometido a la “par conditio creditorum.”; J.M^o. Garrido, *Tratado de las preferencias del crédito*, edit. Civitas Madrid. 2000, Págs. 29 y ss., así como 75 y ss.

categoría de los privilegios a figuras jurídicas dispares (privilegios establecidos a favor de créditos cuyo cumplimiento está garantizado con prenda ó hipoteca, y otros que han sido instituidos a favor de otros créditos cuyo cumplimiento no está garantizado por medio de un derecho real), pero que tienen en común el guardar una íntima conexión con el sistema de distribución del riesgo de insuficiencia patrimonial que el legislador³ ha diseñado.

Otra cuestión que hemos de resaltar, “a priori”, es lo delicado de la materia a tratar que resulta ya de un examen a primera vista de las disposiciones que la regulan (“mutans, mutantis”, y visualizado desde el tronco común que para nosotros representa el C.C., cfr. L.IV, T.XVII, Cap. II y III, arts. 1.921 a 1.929), y de donde resulta una notable irregularidad en la categoría, tal y como se encuentra recogida expresamente por la ley⁴: se encuentran privilegios que se extienden a todo el patrimonio del deudor, y privilegios que recaen sobre singulares objetos; se dan privilegios sobre inmuebles y privilegios sobre muebles; privilegios que gravan bienes del deudor, y otros que recaen incluso sobre bienes de terceros; privilegios ligados a condiciones que en otros no se encuentran; privilegios cuya eficacia está determinada de modo particularizado por la ley, y otros, por el contrario, para los cuales la palabra de la ley no es precisa; incluso la fórmula con la que convencional y/o legalmente se define al privilegio crediticio como “derecho de prelación” “es tan amplia que se adapta a figuras de las que se predica una diversa naturaleza. La dificultad del problema se comprueba incluso por la divergencia de opiniones que en torno a su naturaleza reina en la doctrina: desde la teoría que ve siempre en el privilegio un derecho real⁵, a aquella opuesta que lo define como pura cualidad del crédito⁶, e incluso toda una gama de opiniones intermedias⁷, que aseguran

³ Las normas de clasificación de créditos dispuestas por el legislador para resolver el conflicto ó incompatibilidad entre derechos de crédito podrá instrumentalizarse, ó bien haciendo uso del expediente procesal de concurso de acreedores ó bien sirviéndose de la técnica también adjetiva ó procesal de la tercera de mejor derecho, operando, pues, tanto dentro como fuera de un proceso concursal: Gullón Ballesteros, *La prelación de créditos...* op. cit., págs.21 y ss.; De Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, edic. facsimil de 1971, Madrid 1985, pág. 258.

⁴ Significativo, y extrapolable a nuestro Derecho, son las apreciaciones ya clásicas de Pietro Germani, “Sulla natura jurídica dei privilegi”, *Rivista di Diritto agrario*, 1934- XII, págs. 539 y ss.

⁵ En la doctrina italiana, por. eje., entre otros, Pacifi- Mazzoni, “Dei privilegi e delle ipoteche”, I, n.13; Bianchi, “Dei privilegi”, 1916, n.66 y ss.; Barassi, *Istituzioni di Dir. Priv.*, 1933, pág. 191; referencia bibliográfica más amplia, P.Gaetano, “Privilegi”, *Novissimo Digesto Italiano*, Vol.XIII, 1966, pá. 962 En la doctrina francesa, entre otros, Troplong, “*Des privilèges et hypothèques*”, París 1835, n.23 y ss; Laurent, “*Principes de Droit Civil français*”, París, Bruselas, 1878, vol. XXIX, n. 314; Poplawski, “*La notion de privilège en droit romain et en droit civil français*”, 1913, págs. 298 y ss; referencia bibliográfica más amplia en Marcel Planiol, “*Tratado Elemental de Derecho Privado*”, trad. de la 12.ª ed. francesa, Puebla (México), 1948, págs. 95 y ss.; Ripert y Boulanger, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, edic. en castellano Tomo VII, *Los Derechos reales – 2ª parte*, La Ley, Buenos Aires, 1965, págs.67 y ss., e igualmente págs. 661 y ss.

⁶ Vid. ilustrativamente, Chironi, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, 1917, Vol.I, n.77; Rocco, “Sulla natura del privilegio del venditore dimachini nell giudizio di fallimento”, *Riv. Dir. Comm.*, 1906, págs. 134 y ss; Ruggiero y Maroi, *Istituzioni di diritto privato*, II, Milano- Messina, 1950, pág. 531; refer. bibliogr. más amplia en P. Gaetano, op. cit. En la literatura francesa, Bonnecasse, T. V del “Suplement al Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du code”, París, 1930, págs. 478 y ss.; referencia bibliográfica más extensa en Marcel Planiol, op. cit. págs. 95 y ss., y en Ripert y Boulanger, op. cit., págs. 67 y ss., y también págs. 621 y ss.

En la doctrina italiana afirman debe distinguirse acerca de la naturaleza del privilegio, por ej. Luzzati, *Dei Privilegi e delle ipoteche*, 1884, n° 162 y ss., quien considera derechos reales los privilegios especiales mobiliarios e inmobiliarios, y simple razón de prelación los privilegios generales, Ferrara Fr. Sen., Concetto e tipi de diritti reli, *Annali della Facoltà di Peru-*

debe hacerse distinciones en la categoría para atribuir a las distintas especies de privilegios su propia naturaleza; hay quien, además, niega al privilegio la naturaleza de derecho sustancial, considerándolo como derecho procesal⁸.

Es por ello que, tal como refiere Vallet de Goytisolo a nosotros no nos interesa y compete ahora entrar en la discusión de la naturaleza jurídica⁹, sino que más bien lo que tratamos de subrayar es la constatación de que en la común denominación de privilegios se han agrupado derechos privilegiados de naturaleza y características muy dispar. Es llamativa la cuestión de figuras de prelación que de privilegio, en sentido estricto, sólo tienen el nombre, pero del que se apartan profundamente, sea por la preponderante función que desempeñan en ellas la voluntad de las partes, sea por su sujeción

gia, 1907, distingue entre privilegios especiales (derechos reales) y privilegios generales (razones de preferencia); en idéntico sentido, Coviello, *Delle ipoteche*, 1928, págs. 10 y ss.; Ferrara, jr., *L'ipoteche mobiliare*, 1932, n° 30 y ss. preconiza la naturaleza real de los privilegios especiales, y considera razones personales de preferencia los privilegios generales, y dentro de los primeros construye como como prenda legal e hipoteca legal domiciliada los privilegios mobiliarios especiales; P. Gaetano, *I privilegi*, "Trattato di diritto civile italiano", dirigido por Vasalli, Vol. XIV, T. I, 1.956, págs. 45 y ss.; Bigliuzzi, Breccia, Busnelli, Natoli, *Diritto Civile 3, Obligationi e Contratto*, Torino, 1989, págs. 229 y ss.

La doctrina francesa es aún más heterogénea, por eje.: Baudry – Lacantinerie et de Loynes, "Nantissement, des privilèges, et hypothèques", n° 277, T. I, París, 1.906, Aubry et Rau, *Cours de Dir. Fran.*, pág. 185, Vo. III, Estrasburgo, 1839; Zachariae – Crome (trad. Barassi), *Man. de Dir. fran.*, distinguen entre privilegios puramente personales (privilegios generales en cuanto se ejercitan sobre muebles y ciertos privilegios especiales), privilegios reales (privilegios generales sobre inmuebles y privilegios inmobiliarios especiales), y privilegios de naturaleza mixta (privilegios mobiliarios especiales que se fundan sobre una prenda expresa ó tácita. En términos similares, Beaudant, *Les sûretés personnelles et réelles*, 1900, pág. 264; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, París, 1948, n° 2.543 y ss., considera simple derecho de preferencia los privilegios generales, y verdaderas hipotecas privilegiadas los privilegios inmobiliarios especiales, así como que en cuanto a los privilegios mobiliarios especiales entiende que son derechos de origen vario, algunos de los cuales tienen naturaleza real. En parecido tono, si bien con alguna variante, Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit Civil*, Vol. II, págs. 788 y ss.; Thézard, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, 1880, n° 267, 369, 591, distingue los privilegios especiales, que son todos derechos reales, de los privilegios generales que están privados de realidad; Planiol, Ripert, y Becque, *op. cit.* afirman la naturaleza real de los privilegios especiales inmobiliarios, y en general de los mobiliarios, pero no se pronuncian acerca de los generales; vid. entre los autores más actuales, por todos, Cobrillac et Mouly, *Droit des sûretés*, París, 1990, págs. 392 y ss.

Por ej., Carnelutti, "Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni", n° 35 in *Studi in onore di Chiovenda*, 1927, 2 Il processo di esecuzione", I, pág. 392; Andrioli, *Dei privilegi*, "Comentario del Codice Civile", a cargo de Scialoja y Branca, Libro VI, *Tutela dei Diritti*, 1945.

Juan Vallet de Goytisolo, "Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento", *R.D.P.*, 1953, pág. 518. La doctrina española, por su parte, se aparta de las tendencias expuestas al entender de forma mayoritaria, que los privilegios carecen de sustantividad propia, es decir, no constituyen derechos ni personales ni reales, sino meras cualidades del crédito que facultan a su titular para reclamar un pago preferente respecto de (ó frente a) otros acreedores: vid. por todos, A. Gullón, *La prelación de créditos...*, *op. cit.* págs. 15 y ss., y 157 y ss.; id., "Comentarios a los arts. 1.911 a 1.929 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigido por Albadalejo, XXIV, Madrid, 1984, págs. 689 y ss.; L. Díez- Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, pág. 753; Díez- Picazo y Gullón Ballesteros, *Sistema de Derecho Civil*, T. II, Madrid, 1986, pág. 244; Cossío y Martínez y León- Castro Alonso, *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, 1981, pág. 394; Alvarez Caperochipi, *op. cit.*, págs. 116 y ss.; M^{ra} R. Valpuesta Fernández, *op. cit.*, págs. 5.125 y ss. No obstante lo que precede, representan posiciones minoritarias en el panorama doctrinal español la tesis de López Alarcón, *El derecho de preferencia*, Murcia, 1960, págs. 93 y ss., quien ha defendido el carácter real del privilegio especial mobiliario, ó la de García de Haro, *El salario como crédito privilegiado*, Pamplona, 1960, págs. 205 y ss., que ha enfocado el problema de la naturaleza del privilegio desde el punto de vista de la eficacia ofensiva de las relaciones obligatorias frente a terceros.

a especiales formalidades exigidas por la ley¹⁰. Abundando en esta última idea reseñada Germani reflexiona, en cuanto al Codice Civile de 1.865, que éste daba una simple noción general de privilegio como “diritto di prelazione che la legge accorda in riguardo alla causa del credito”, la cual es desmentida al examinar la lista de figuras que son recogidas¹¹, bajo aquella amplia noción, en la categoría concreta de los privilegios mobiliarios: en efecto alude Germani a que, junto a hipotecas mobiliarias supervivientes, se encuentran además la prenda expresa, que no es verdadero privilegio, y la prenda tácita, por lo que resulta aquí (en este preciso caso de los llamados privilegios mobiliarios) una categoría híbrida, en la que coinciden todos los derechos que derogan, por una u otra razón, la regla general de concurso entre acreedores, cualquiera que fuese su intrínseca naturaleza y su origen, añadiéndose la consecuencia inmediata de extender a todos ellos lo que era característica propia de los privilegios en el Derecho Romano: la clasificación en orden a la cualidad del crédito, y no en orden al tiempo en que el mismo hubiera surgido.

1.2. Inserción de los privilegios en el sistema de las garantías crediticias

El instituto del privilegio, tal como ha cristalizado en las legislaciones de tipo continental¹², ha adquirido una precisa y definitiva fisonomía: venir encuadrado en el ámbito de las causas legítimas de prelación y, por tanto, inserto en el sistema general de las garantías de crédito¹³; así es que 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 preferencia¹⁴. Es en este sentido en el que se argumenta, por parte de la doctrina especializada, que 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 tutela¹⁵.

Es esclarecedor de lo expresado en el texto, vgr. los n° 2, y 3 de nuestro art. 1.922 del C.C., e igualmente el art. 1.923 del mismo texto legal, comentados, entre otros, por: A. Gullón, “La prelación de créditos...”, *op. cit.*, págs. 46 y ss., págs. 81 y ss., y 159; I. Díez-Picazo, “Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores”, en *la Reforma del Derecho de Quiebra – Jornadas sobre la reforma del Derecho Concursal español*, edit. Civitas, 1.982, págs. 300 y ss.

De parecida fisonomía a la que se pergeña en el texto, pero matizándola, Roca Sastre, *Derecho Hipotecario*, T. IV, Vol. 2º, Barcelona, 1979, págs. 810 y ss., que, a grandes rasgos, considera que hay ocasiones en que el privilegio se une a un derecho especial de garantía (d. real de prenda, hipoteca voluntaria ó hipoteca legal tácita), en cuyo caso la “realidad” del derecho no deriva del privilegio, sino del carácter que tiene la garantía a la que el privilegio se adhiere.

¹¹ P. Germani, *op. cit.* Págs. 548, 549, 554.

¹² Sebastiano Ciccarello, *Privilegio del credito e ughaglianza dei creditori*, Milano. 1983, pág. 5.

¹³ Héctor Cámara, “La disciplina de los privilegios concursales en el derecho argentino”, *homenaje a Jorge Barrera Graf, T.I*, Universidad Autónoma de México- Instituto de investigaciones jurídicas, Mexico, 1989, pág. 304: “... el éxito y desenvolvimiento del crédito- espina dorsal de la actividad económica – deriva de una buena estructuración de los privilegios y garantías, que deben conjugarse con la seguridad estática de la propiedad y posesión de los bienes y la seguridad dinámica del comercio jurídico, ponderando los intereses en juego que cada uno de ellos representa en aras de la explotación económica...”; Planiol, Ripert y Becque, *op. cit.*, págs. 1 y ss.

¹⁴ Remisión al texto adjunto a la nota 1 y a su correspondiente pie de página

¹⁵ J. Garrido, *op. cit.*, pá., 29, denomina “tutela conflictual del crédito” a aquella técnica ó institución jurídica que persigue proteger al crédito frente al riesgo de insatisfacción que se le presenta al sujeto titular de ese derecho de crédito, que se encuentra ante una situación de conflicto ó concurrencia de varios ó muchos créditos, cuyas pretensiones de cobro chocan frontalmente con las de aquél acreedor individualmente considerado; S. Ciccarello, *op. cit.*, pág 21; por tanto no es

Ahora bien, para llegar a la precitada consecuencia hemos de partir de una clara concepción de las garantías en general y de sus diferentes tipos ó formas para, a continuación, estar en condiciones de insertar adecuada y sistemáticamente la institución del privilegio .

La garantía, en sentido propio, consiste¹⁶ en un refuerzo del crédito a efectos de seguridad. Algo que se añade al crédito mismo y amplía el poder del acreedor, con lo que gana seguridad el derecho de crédito. La garantía es técnicamente una facultad ó un derecho que se yuxtapone ó añade al crédito para asegurar su satisfacción. Sería por ello más exacto, como señala el prof. Díez- Picazo, hablar de derecho ó facultad en función de garantía: ese nuevo derecho ó esa nueva facultad queda subordinado al crédito, que funciona como derecho principal, en una relación de accesoriedad . Por consiguiente, se dice, pues, que la garantía consiste en un derecho accesorio .

Con unos parecidos términos dialécticos redunda en idéntico diseño dogmático Amorós Guardiola¹⁷, quien, además, se explaya considerando que mediante el reforzamiento de la posición normal del acreedor, se realiza la seguridad crediticia a través de los fenómenos de la responsabilidad y de la garantía . En todo derecho de crédito el acreedor, por el mero hecho de serlo y de la protección que el ordenamiento otorga a la relación jurídica base, tiene una pretensión de cumplimiento frente al deudor: dicha pretensión actúa en forma voluntaria mediante la colaboración voluntaria, ó en forma necesaria mediante la conversión de su patrimonio en dinero. Salvo en algún supuesto excepcionalísimo, que no hace más que confirmar la regla, la afección del patrimonio del deudor como objeto de responsabilidad, para el caso en que aquél no quiera pagar, es inseparable de la actual noción del derecho de crédito: en garantía del propio acreedor, el deudor responde subsidiariamente con todo su patrimonio . Ahora bien, resulta que la responsabilidad patrimonial universal puede que no sea suficiente, ya en cuanto al resultado (posible impago), ya en cuanto a su previsión (posible insolvencia sobrevenida, inseguridad). Para remediar esa posible inseguridad, cabe reforzar la situación del acreedor, darle mayores seguridades de cobro, y precisamente en ese reforzamiento consisten y estriba la esencia de las las garantías.

extraño que nos encontremos con autores que, con este planteamiento de la cuestión, se refieren al privilegio como una forma de garantía: por ej., V. Simoncelli, "Instituzioni di diritto privato italiano", Spoleto, 1914, pág. 341; también como forma de garantía, aunque en un sentido genérico, Chironi, *op. cit.*, pág. 141, ó en un sentido amplio, Pratis, C.M. "Della tutela dei diritti", en Commentario al c.c. magistrati e docenti, Torino 1976, pág 5; Parente, Nuevo ordine dei privilegi e autonomia privata, Bari 1981, pág. 5: "... Los privilegios como causa legítima de preferencia (art. 2.741.2C.C.) 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.

¹⁶ V.L. Montés Penadés, *Derecho de Obligaciones y. op. cit.* pág. 241; E.Roca Trías "Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía", en U. Nieto Carol y J.I. Bonet Sánchez (coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, I, Madrid, 1996, págs.127 y ss.; Díez- Picazo- Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, III, 6ª ed.reim., Madrid, 1990; Marty, G, Raynaud, P, y Jestaz, Ph, *Les sûretés. La publicité foncière*, París, 1987, pág. 1; C.M. Pratis, *op. cit.* pág. 5; M.Amorós Guardiola, "La garantía patrimonial y sus formas", *R.G.L.J.*, 1.972, T. LXIV, págs. 561 y ss. Sin duda, como se recuerda al comienzo del subepígrafe en el texto, y, tanto en un sentido estricto como en un sentido amplio, en cualquier caso, toda garantía se caracteriza por un reforzamiento de la acción ejecutiva que aumenta las probabilidades del creador de ser satisfecho (vid. M. Fragali, voz "Garanzia e diritti di garanzia", en *Enciclopedia del Diritto*, XVIII, Milano, 1969, págs. 453 y ss).

¹⁷ M.Amorós Guardiola, *op. cit.*, pags.567 y ss.

¿Cuáles son, se pregunta a renglón seguido Amorós Guardiola, esas posibles formas de garantías?. Responde que fundamental y estructuralmente dos: O se garantiza el crédito primitivo mediante la afectación de un nuevo patrimonio ó responsabilidad patrimonial, ó se vincula una cosa concreta y determinada. Con ello, prosigue este reseñado jurista, no se agota, sin embargo, la complejidad de las posibles formas de garantías jurídicas; son más ó menos tangenciales, pero sin encajar plenamente en ninguno de los dos grupos citados: la cláusula penal convencional, las arras pactadas en el contrato de compraventa, y el privilegio ó cualidad de un crédito por virtud de la que este crédito debe ser satisfecho con preferencia a otros del propio deudor. Específicamente, en cuanto a este último (el privilegio) entiende, por vía de una elaboración lógica, que si la garantía en sentido amplio es un reforzamiento de la posición del acreedor garantizado frente al acreedor común, parece claro que la preferencia derivada del privilegio es una posible forma ó exteriorización de garantía: La ley, en efecto, concluye Amorós Guardiola, dota a ciertos créditos de preferencia en el cobro precisamente para obtener una mayor seguridad del acreedor, si bien la garantía se logra aquí no por vía de la vinculación del objeto, sino de la exclusión de otros acreedores.

1.3. *Noción y teoría acerca de la figura del privilegio crediticio*

El privilegio en sentido estricto, tal y como apuntamos en el primer subepígrafe de este primer apartado al iniciar el presente artículo se concibe, en su normal y más tradicional concepción codicística¹⁸, como una específica garantía articulada sobre la peculiar cualidad del crédito reconocida como tal por la ley y al que, en principio, sólo se le confiere por ésta una prioridad ó prelación en el cobro frente a otros créditos¹⁹. Para S.Ciccarello, la ley, la causa, y la prelación están referidos,

¹⁸ S. Ciccarello, *op. cit.* pág.5. Aparte, es de tener en cuenta que la mayoría de las legislaciones es ajena a la preocupación por definir el privilegio. Tan sólo el C.C. francés ofrece una definición, que omite cualquier alusión a los privilegios por razón de las personas (una de las distinciones características de los privilegios en el derecho romano, que tendieron a ser suprimidas en el antiguo derecho francés). El art. 2.095 del Código de Napoleón reza: “El privilegio es un derecho que la cualidad del crédito otorga a un acreedor de ser preferido a otros acreedores, aun los hipotecarios”. El Código Civil italiano de 1865, claramente influido por el Códice francés, lo conceptuaba, con mayor sencillez que aquél, como “un derecho de prelación que la ley acuerda en relación a la causa del crédito” ; por su parte el Códice Civile vigente de 1942 opta por no definirlo expresamente, aunque de hecho se viene considerando al art. 2.745 del texto civil legal como el definitorio de la figura jurídica (“El privilegio es acordado por la ley en consideración a la causa del crédito”), y, en cualquier caso, suele estimarse que la noción de privilegio válida a efectos de hermenéutica sigue siendo la del art. 1952 del viejo y derogado C.C. (cfr., por todos, Andrioli, “dei Privilegi”, *op. cit.*, págs. 23 y ss). El Derecho Civil portugués, en el art. 733 C.C. sí define el privilegio como “un derecho conferido a ciertos acreedores de ser pagados con preferencia, en atención a la naturaleza de sus créditos, independientemente de inscripción” (Vid. J.Varela y De Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, II, 5ª ed., Coimbra, 1992, pág. 565).

En contraste con sus modelos contemporáneos, nuestro Código Civil de 1889 no contiene una definición del privilegio; es más, ni siquiera emplea la palabra privilegio en el lugar en que debería hacerlo, es decir, en el Capít. II, del tít. XVII, L.IV, al clasificar los créditos para su graduación y pago, si bien, no obstante, en él se advierte fácilmente cómo el legislador está refiriéndose a la institución que es objeto de nuestro análisis (Cfr., Gullón Ballesteros, *op. cit.*, págs 17 y 18)

¹⁹ Vid. nº de nota anterior (18), así como referencia bibliográfica puntual, en cuanto se refiere a la literatura jurídica española especializada, aunque por descontado no es exhaustiva y pueda acaso resultar incompleta en cuanto a su volumen e importancia, notas nº 1 y 9 de este trabajo. Para el resto de la doctrina continental, en especial la italiana y la francesa, y con igual matiz de mención inconclusa y de consciencia de lo limitado de la cita bibliográfica, cfr. notas n. 1, 4 a 8 y 15 del presente artículo.

respectivamente, a la fuente, a la razón justificativa y a la función del instituto²⁰. Así resulta, para este autor, que el privilegio es causa legítima de prelación: en este preciso dato algún comentarista italiano (en concreto V.Andrioli)ha querido encontrar una puntual definición del instituto, en dicho ordenamiento jurídico, fundada sobre la descripción de los efectos del mismo, si bien, como de inmediato aclara Ciccarello, es de subrayar cómo ese mismo legislador más que definir el concepto ha tratado sólo de indicar los aspectos más destacados ó sobresalientes. Un segundo dato significativo, como elemento descriptivo del fenómeno, está configurado por el fundamento, razón ó causa justificativa del privilegio: su importancia no puede ser aquella que en el contrato viene atribuida al elemento causal, que en el ámbito de la autonomía negocial juega un papel primario con referencia a la programación de los intereses de las partes²¹, sino que por el contrario,cuando hablamos en términos de privilegio crediticio, aquélla (la causa) está tomada en consideración por la ley en tanto que el legislador la eleva a razón justificativa de una graduación ó colocación preferencial de los créditos.

Ahora bien siendo certero el enfoque analítico al abordar la categoría en cuestión,si queremos comprender en su íntegra dimensión la sustantividad poliédrica de este específico instrumento de refuerzo del crédito, se hace perentorio completar su perspectiva operativa entre los acreedores de un mismo deudor, conjugándolo simultáneamente con otras condiciones de ejercicio²², las cuales todas juntas presuponen determinadas notas comunes de funcionamiento para toda suerte de privilegios, además de aquellas otras particulares que fuesen requeridas por algunos de ellos: estamos aludiendo a la transformación de la cosa del deudor en el precio correspondiente, sin el cual los acreedores no podrían encontrar su satisfacción, y la insuficiencia de tal precio para satisfacer íntegramente a todos los acreedores.

En un párrafo precedente nos hemos referido a la causa de los privilegios. Noción de notable importancia por la función que asume²³,la principal causa de favor acordada a no pocos créditos se reconduce a la denominada “versio in rem”, es decir en una ventaja que un cierto crédito ha procurado en beneficio de toda la masa de acreedores, y que por eso justifica el derecho de preferencia concedido al crédito mismo en su confrontación con otros créditos; más causas de preferencia se encuentran en la exigencia financiera del Estado u otras entidades menores; en la particular relación entre la cosa y la persona del deudor ó la esfera de su actividad patrimonial; en consideraciones de humanidad; ó en el concurso de varias de estas razones, etc... . Todo lo cual no excluye que, en alguna situación, el conferimiento del privilegio haya sido otorgado en base a consideraciones de oportunidad, de las cuales el legislador no siempre es fácil pueda escapar ó ser ajeno en sus trabajos

²⁰ S. Ciccarello, *op. cit.*, págs. 21 y ss.: “...el privilegio proviene de la ley; su razón justificativa es ofrecida por” la causa del crédito “que se quiere tutelar; el mecanismo al que se recurre es la prelación, en consecuencia, la preferencia con respecto a los comunes acreedores quirografarios y la graduación entre aquellos asistidos de privilegio...”

²¹ Vid. Encarna Lobato, *op. cit.* pág.68, quien, a su vez, cita a De Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, ed. Facsimil de 1971, Madrid, 1985, pág. 259.

²² P. Gaetano, “Privilegi”, *Nuevo Digesto...*, *op. cit.*, pág. 963; E. Lobato, *op. cit.*, págs. 68 y 69; L.Díez- Picazo, “Los créditos privilegiados en el...”, *op. cit.*, págs. 294 y 295.

²³ P.Gaetano, id. nota anterior,pág. 965.

legislativos. De hecho, como acota con acierto J.M.Garrido²⁴, generalmente, la disposición legal responde a una valoración axiológica de la relación en la surge un crédito determinado; no obstante lo cual debe evitarse una visión excesivamente idealizada de los privilegios, ya que en algunos de ellos es difícil, por no decir imposible, percibir cuál sea la concepción de justicia en virtud de la cual el legislador ha procedido a la concesión de un derecho de preferencia.

Y es que, recapitulamos en sintonía con E. Lobato²⁵, en aplicación del aforismo "privilegia non ex tempora aestimatur, sed ex causa", en caso de incompatibilidad entre derechos es necesario clasificarlos entre sí jerárquicamente, según su causa: Así, para la atribución de privilegios, el Derecho atiende a la "causa concreta "del negocio, según la finalidad perseguida" ²⁶ (en nuestro C.C., el transporte, art. 1.922.4º; la industria hotelera, art. 1.922.5º; el cultivo, art. 1.922.6º; la finalidad refaccionaria, arts. 1.922.1º y 1.923.3º y 5º; la enfermedad, art. 1.924.2C alimentos, art. 1.924.2G...). En efecto, el mecanismo operativo de la ley funciona individualizando un determinado fenómeno al que, a su vez, atribuye una concreta regulación jurídica unitaria; individualización que se lleva a cabo mediante la elección soberana de una serie de elementos y datos peculiares.

La división fundamental entre los privilegios se realiza usualmente según la extensión de su base material: el privilegio general asegura al acreedor un derecho de preferencia, cualquiera que sea el bien vendido del deudor (recayendo, pues, sobre todos sus bienes), sin facultad de perseguir en concreto ninguno de ellos frente a terceras personas, y siendo de destacar en ellos la mayor utilidad ó cualidad de un crédito respecto a otro u otros; en tanto que el privilegio especial sólo se aplica ó afecta a un bien determinado, sí goza de ese derecho concreto de persecución, y resalta en ellos la vinculación existente entre el crédito y la cosa misma sobre la que recae el privilegio²⁷. En muy estrecha conexión con esta ordenación científica, se ha discutido de antiguo si revisten naturaleza de un derecho real ó simplemente de la de un derecho de crédito, por lo cual, y en la medida en que ello, como es evidente, rebasa nuestras pretensiones, soslayamos su tratamiento, resultando satisfactorio, pues, en esta ocasión, facilitar escuetas noticias de ellas.

²⁴ J.M. Garrido, *op. cit.*, pág. 76. En cualquier caso (cfr., entre otros autores y comentaristas a Planiol, Ripert, Becque, *op. cit.* págs. 6 y 7), debiéramos descartar la creencia, fundada en la fuerza de la palabra privilegio, de que se trata de una concesión arbitraria del legislador y que entraña una desigualdad injustificada: hemos de apreciar que cada privilegio es, en realidad y en sentido estricto, la garantía legal motivada en una consideración de interés general ó de equidad. Cuando el legislador establece un privilegio, no se preocupa en saber quién es la persona del acreedor, sino que únicamente atiende a la calidad, causa ó razón justificativa del crédito, que, en atención a su naturaleza y con abstracción de la persona de su titular, le merece ser pagado antes que los restantes: si no fuere así habríamos de concluir que nos hallábamos ante una desnaturalización del significado y sentido técnico-jurídico de la figura.

²⁵ E. Lobato, *op. cit.*, págs. 68 y 69.

²⁶ O, en palabras de L. Díez-Picazo, "Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores", *op. cit.*, págs. 293 y ss.: "...algunos créditos, por razones de política económica, ó de política social, es justo que sean antepuestos a los demás... La causa debe ser tenida en cuenta para clarificar teleológicamente la razón de ser del privilegio y para interpretarlo siempre en relación con su fundamento último ó razón de ser".

²⁷ La obras, tratados y artículos especializados que versan sobre el tema de los privilegios en general suelen recoger, en mayor ó menor medida, dicha categorización técnica, así como sus simétricas connotaciones en cuanto a la naturaleza jurídica de los privilegios, por lo que parece oportuno remitirnos a lo que sobre el particular refieren las mismas: Cfr. relación bibliográfica comprendida en la presente colaboración en las notas nº 1 a 9.

En el derecho romano no había sino privilegios generales, concebidos como un simple trato de favor a un derecho de crédito (“*privilegium inter personales actiones*”), y que recaían sobre todo el patrimonio del deudor. Los privilegios especiales fueron creándose paulatinamente en el antiguo derecho francés y se formaron lentamente bajo el influjo de los cambios ocurridos en otras instituciones, de modo que ya en la época codificadora aparece la institución de los privilegios, sobre todo en el modelo que representa el Código de Napoleón, claramente delimitada y confeccionada: Se trata, por lo tanto, de una clasificación esencial, que arranca de los precedentes históricos del instituto, prosigue con una profunda elaboración doctrinal a lo largo del tiempo, y desemboca en la sustancial distinción que, como anticipamos líneas atrás, únicamente nos hemos limitado a esbozar.

A) Formulación de algunos aspectos básicos que vertebran en la actualidad la categoría de los privilegios en general

A continuación, y consecuente con los subepígrafes que han sido previamente expuestos, destacamos algunos rasgos catalizadores de la disciplina ó esfera de los privilegios en general. En primer lugar, la legalidad:

En efecto, el privilegio postula una idea de ley concebida y realmente operante “super partes”, sensible de forma preponderante a las instancias de la colectividad (los intereses generales, esto es, en este caso, el desenvolvimiento dinámico de la actividad económica y del comercio jurídico), y proporcionalmente menos expuesta, por tanto, a las demandas prevalentes de grupos de presión más interesados acaso en la defensa de intereses corporativos; mas sin embargo, cuando esta perspectiva pueda aparecer en concreto paulatinamente superada por la realidad socio-económica de una sociedad contemporánea cada vez más compleja e interdisciplinar, es legítimo cuestionarse si el legislador actual está hoy en condiciones de asegurar que la graduación de valores económicos en liza²⁸, sobre cuyos cimientos se justifica la razón de ser de la tutela jurídica privilegiada de un singular y característico crédito respecto de los demás concurrentes, es en la actualidad el resultado de una serena y objetiva ponderación de los intereses estructurales en conflicto, y no tanto más cuanto que una progresiva y arrasadora cesión a las presiones socio-económicas de las corporaciones ó grupos de poder financieros y profesionales, por ende, con una mayor capacidad de influencia en la pugna dialéctica con las fuerzas políticas²⁹

²⁸ Los derechos de preferencia son, por su propia naturaleza, relativos. Efectivamente, el crédito tutelado goza de preferencia respecto 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. 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. ... 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. J. M. Garrido, *op. cit.*, págs. 42,46, y nota 40).

²⁹ S. Ciccarello, *op. cit.* págs. 5, y 112 a 117., y apuntes bibliográficos allí aportados. Además, constatamos que este peligro ya viene siendo advertido por la doctrina desde hace tiempo: cfr. por todos Georges Ripert y Jean Boulanger *Tratado de*

La fuente del privilegio está, por consiguiente, en la ley, en el sentido que es causa productora del contenido del mismo; lo cual coloca su fundamento inmediato en la voluntad del legislador, y cuya consecuencia directa es la imposibilidad de recurrir, en esta materia, a la técnica instrumental de la analogía³⁰. En correlación con lo que venimos sosteniendo, el privilegio debe tener por objeto posiciones jurídicas bien individualizadas y diferenciadas en el ámbito de un número suficientemente cerrado y acotado, ya sea porque bajo un perfil lógico un favor no sería tal si fuese indiscriminadamente generalizado, ya sea, sobre todo, porque en términos axiológicos, en una graduación de valores reconocido, no puede darse privilegio sin una expresa norma legal que lo autorice³¹. Así pues, en la lógica de la construcción codicística continental, sin duda, el valor preeminente es el de la igualdad, al menos formal, entre los acreedores, no siendo posible, por tanto, alterar este orden de valores si una ley de modo expreso no adopta, para una determinada situación concreta, la decisión

Derecho Civil, según el Tratado de Planiol, T. VII, “Los Derechos Reales “- 2ª parte- La Ley, Buenos Aires, 1965, pág. 71 (“... existe un peligro en acordar un privilegio a ciertos acreedores, debido a su situación personal... y es que cada categoría reclama un privilegio a su favor.”).

³⁰ Es unánime y pacífico el sentir de los especialistas en cuanto a que el principio de legalidad, y el consecuente de tipicidad, exigen que sea la ley la que establezca los privilegios, y, por consiguiente el mismo concepto de privilegio excluye y descarta por definición y sustancia (“de suyo “, genéticamente) la integración analógica.

El enunciado de la exclusión de la creación analógica del derecho de preferencia en general y de los privilegios en concreto, no debiera excluir la posibilidad de interpretar extensivamente las causas de preferencia ya existentes, porque mediante la interpretación extensiva se persigue la búsqueda del verdadero sentido de las palabras del legislador, de manera que se propicia que el operador del Derecho pueda corregir un defecto normativo extendiendo la letra de la norma (vid. por todos, J.M. Garrido, *op. cit.*, págs. 45, 46). Sobre la distinción entre interpretación extensiva que persigue averiguar el verdadero sentido atribuido a las normas, y la analogía, como método de integración de las lagunas legales por vacío del material normativo, Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp. de Rodríguez Molinero, Barcelona, 1980, págs. 350 y ss.; favorable también a una interpretación extensiva, en relación a los privilegios de derecho común, por ej., Tucci, “I Privilegi”, en *Trattato di Diritto Privado*, dir. por Resigno, Vol. XIX, Tutela dei diritti, t.I, Torino, 1985. Nosotros afirmamos también que las normas no extensibles por analogía señalan solamente las que se refieren a la tipología de los privilegios, es decir, las institutivas de los mismos, puesto que son éstas las que se constituyen en general como excepcionales a la regla “par conditio...” ó de paridad de trato, común para todos los privilegios; salvado este escollo, como postula, entre otros, Carmen Alonso Ledesma (“Los privilegios marítimos “, Madrid, 1995, pág.292), no apreciamos especial dificultad para que otras normas, en el propio campo de los privilegios, sí sean susceptibles de una interpretación extensiva.

Esta misma idea está presente en nuestra jurisprudencia y es admitida por Díez- Picazo y Gullón Ballesteros, en *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 1986, pág. 244, en donde aparece rectificada la postura más rígida mantenida en “La prelación de créditos...”, Gullón Ballesteros, *op. cit.*, pág. 19; Gullón Ballesteros, “Comentarios al Código Civil...”, *op. cit.*, pág. 2.065. También de ese flexible parecer son partidarios, entre otros, J.L. Lacruz Berdejo, F.A. Sancho Rebullida, J. Delgado Echevarría, y F. Rivero Hernández, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1º, Barcelona, 1985, pág. 391. Por el contrario, otra corriente de pensamiento propicia una interpretación estricta, restrictiva, de las causas de preferencia, y por tanto de los privilegios, debido al carácter de excepcionalidad de esas normas que las configuran, ya que suponen una derogación de la regla “par conditio creditorum ...”: así, vgr., en la doctrina italiana, Luzzati, *op. cit.*, I, pág. 132, Bianchi, *op. cit.* pág. 145, Gaetano, “I privilegi “, en *Trattato Vassalli*, pág. 41; entre los autores españoles son representativos de esta corriente de opinión, vgr., Cabanillas, voz “preferencia y prelación de créditos “, en *E.J.B.*, III, Madrid, 1995, págs. 4.994 y ss, Mª Rosario Valpuesta Fernández, voz “Privilegio “, *op. cit.*, págs. 5.125 y ss.

³¹ S. Ciccarello, *op. cit.*, págs. 28 y 29.

de proteger otro valor con una mayor preeminencia, y en cuanto tal, pues, merecedor de una superior tutela.

Al ser prescrita directa e inmediatamente por la ley la preferencia que proporciona el privilegio, ello deja sin espacio alguno el juego de la autonomía de la voluntad: De aquí emana una característica diferenciadora básica 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 (también las garantías reales tienen el rasgo de la legalidad, aunque ésta sea indirecta ó atenuada)³²: las partes no tienen el poder de atribuir un privilegio a una determinada relación crediticia, ni tampoco el poder de determinar convencionalmente el contenido ó las modalidades de un privilegio, ya que el contenido de los privilegios siempre está rígidamente determinado por la ley. Los privilegios son al decir de J.M.Garrido³³, 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 en la relación crediticia; desde esta perspectiva político- jurídica, las garantías reales se presentan de modo muy diverso, en tanto que 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, ó dicho de otro modo, el legislador reconoce un espacio notable a la autonomía privada como fuerza creadora de derechos de preferencia, para que de esta manera los particulares puedan proveer a sus necesidades de financiación.

³² Se entiende así la crítica suscitada a la inclusión del derecho real de prenda entre los privilegios, entendidos éstos en el sentido técnico y riguroso del término. Cfr., de manera que visualiza y sirve de referente al estado de opinión ampliamente compartido por los autores que se han ocupado del tema, Planiol, Ripert, Becque, *op. cit.* págs. 9, 10, 17, 140: "... La prenda voluntariamente constituida no tiene la naturaleza de los privilegios, en el sentido exacto de la palabra: En primer lugar, el privilegio no puede constituirse más que por una ley, mientras que la prenda voluntaria constituye una garantía convencional, obra de la libre voluntad de los particulares, que la ley se limita a sancionar; en segundo lugar, el privilegio, en sentido estricto, va unido por la ley a la calidad del crédito, por el contrario la prenda es independiente de la condición del crédito garantizado, ya que un acreedor puede exigir la constitución de la prenda por su deudor sea cual fuere la causa de su crédito...". Esta reflexión ha sido refrendada con profusión por los especialistas en la materia, y ha llevado, por ejemplo, a Gullón Ballesteros a sentenciar con rotundidad que "...no dudamos en calificar la inclusión de este privilegio en el art. 1.922 (C.C. español) como desafortunada" (Vid. Gullón Ballesteros, *La prelación de créditos...*, *op. cit.*, pág. 46). Sirva de muestrario: V.M. Fragali, voz "Garanzia e diritti di garanzia", en *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, 1969, pá.457; V.G. Pandolfelli, G.Scarpello, M.Stella Richter y G.Dallari, *Codice Civile, libro della tutela dei diritti*, Milano 1943, pág. 94; R. Franceschelli, *Scritti civilistici e di teoria generale del diritto*, Privilegio, Milano, 1975, pág. 297; G. Gorla, *Le garanzie reali d'obbligazione. Parte Generale*, Milano, 1935, pág. 9; Bianchi, *op. cit.*, pág. 492; Andrioli, *op. cit.*, pág.60; C.M. Pratis, *op. cit.*, pág.117, etc...; por parte de la doctrina francesa más reciente, sirva de compendio M. Cabrillac y C. Mouly, *op. cit.*, pág.381.

Demarcada con claridad la bipartición entre privileg. y garantías reales, sólo reseñar que no explica la diversidad de figuras existentes en el Derecho de la tutela del crédito, por ejem. las llamadas garantías reales de origen legal, que en el Derecho español se manifiestan como "hipotecas legales" (a su vez, existen distintos tipos de hipoteca legal: hipoteca legal tácita, hipoteca legal tácita privilegiada): con ello se incurre en una contradicción con los conceptos que hemos manejado. Esta paradoja se resuelve confiriendo a las garantías reales de origen legal la condición de privilegio, en la medida en que aquéllas desempeñan una función idéntica a aquél, y es explicado, además, por la propia evolución y desenvolvimiento histórico de dichas figuras, en la que no podemos entrar ahora.

³³ J.M. Garrido, *op. cit.*, pág.58

En segundo lugar atendemos a la dispar fundamentación jurídica de los privilegios, pero ya particularizando en nuestro Código Civil.³⁴ A) Los privilegios mobiliarios especiales se clasifican a su vez en distintos grupos:

a-1) Privilegios que reposan sobre la base de un contrato de prenda expresa, en donde la preferencia no deriva de la existencia del privilegio, sino que es una consecuencia inmediata de la creación por las partes de un derecho real de garantía; para Díez- Picazo, además de esta razón de ser formal ó dogmática, debe buscarse el fundamento en conveniencias de política económica, que se concretan en la necesidad de fomentar este tipo de medios de financiación (art. 1.922, n.2, 3, puestos en relación con los arts. 10 y 66 de L.H.M., y las disposiciones que al efecto prevé la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles).-

a-2)) Privilegios fundados en una prenda tácita, en los que, como resultado de una muy definida deriva histórica, el derecho real de garantía se constituye en aglutinador del derecho de preferencia, y en donde la ley, que sobreentiende un contrato de dación en garantía conforme al uso general ó a las intenciones de las partes, afecta ciertos bienes en garantía del acreedor (es el caso del privilegio del arrendador de un inmueble, ó del privilegio del transportista, art. 1.922, n.7,4) .

a-3) Privilegios que radican en un derecho de retención, el cual sirve en este caso como causa ó razón de ser de la garantía crediticia, y conferida por la ley (privilegio del posadero ó de la industria hotelera, art. 1.922, n.5 .

a-4) Privilegios basados en la idea de evitar un enriquecimiento injusto y en la conservación y producción de un mayor valor de los bienes, cuya idea matriz parece ser la de que, cuando lo obtenido en la relación obligatoria creadora del derecho de crédito se ha invertido en la conservación ó en la producción de un mayor valor de los bienes del deudor, el acreedor cuyo crédito recibió esa inversión debe ser retribuido con preferencia, en razón a que con su crédito se benefició no sólo el deudor sino el resto de los acreedores; por tanto, el privilegio aquí es una cualidad de esos créditos personales (privilegios refaccionarios mobiliarios y de venta de bienes muebles, y los de semillas y gastos de cultivo y recolección; art. 1.922, n.1, 6).

B) Los Privilegios inmobiliarios especiales, cuya disciplina ha quedado en muy buena medida obsoleta y superada por la nueva regulación dictada desde la vigencia del Código, sobre todo en materia tributaria (ejemplo, Ley General Tributaria, Reglamento General de Recaudación, Ley General Presupuestaria...):

b-1) Privilegio a favor del Estado e instituciones de Derecho Público, de las entidades aseguradoras, y privilegios hipotecarios (art. 1923, n. 1, 2, 3), derivan de un derecho real inmobiliario, esto es, del carácter de hipoteca legal ó voluntaria que la L.H. reconoce en estos casos a favor de los beneficiarios de los mismos; Díez- Picazo, por su parte, distingue con claridad el privilegio a favor del Estado e instituciones de Derecho Público, del de las entidades aseguradoras, pues si bien, respecto a las primeras, su fundamento hay que encontrarlo en el interés ó destino en el interés ó

³⁴ En esta exposición, a la fuerza inequívocamente esquemática, pero suficiente de cara a la aspiración sondeada, nos ha servido de fiel basamento Gullón Ballesteros, "La prelación de créditos...", *op. cit.*, págs.31 a 130, y 159 a 163; Díez- Picazo, "Los créditos privilegiados en el...", *op. cit.*, págs.300 y ss.

destino a la realización de fines públicos que las deudas tributarias llevan siempre consigo, por el contrario el seguro sobre inmuebles puede considerarse tras más de un siglo suficientemente fomentado, por lo que este privilegio carece de sentido hoy en día, amén que, con Gullón, el derecho real de hipoteca que la L.H. reconoce es de todo punto innecesaria, dada la gran cantidad de recursos que las compañías aseguradoras se reservan en las pólizas para la eventualidad del incumplimiento del asegurado al asegurador (respecto al crédito hipotecario, remisión al párrafo precedente del texto de la presente colaboración, marcado con la signatura a-1).

b-2) Privilegios refaccionarios inmobiliarios (art. 1923,n.3): remisión a la mención rotulada a-4.

b-3) Privilegio cuya preferencia respecto a otros créditos sobre bienes inmuebles deriva de una anotación preventiva de garantía en virtud de mandamiento judicial (art. 1.923, n.4).

b-4) Privilegio, en el que la preferencia es una mera cualidad del crédito, cuando recae sobre inmuebles refaccionarios no anotados ni inscritos (art. 1923,n.5), y en el que por lo tanto se detecta una equivalencia con la apostilla a a-4.

C) Los privilegios generales: Art. 1.924 del C.C., precepto rebasado en la actualidad por normas tributarias (como L.G.T., el R.G.R. ó la L.G.P.), normas laborales y de Seguridad Social (como el Estatuto de los Trabajadores, ó la Ley General de la Seguridad Social), así como por normas acerca de Propiedad Intelectual. Para Gullón, todos ellos no son más que manifestaciones de la misma idea: falta de sustantividad del derecho de preferencia. Es una cualidad de los créditos enumerados en el art. 1.924 ser preferidos a los comunes, pero no se transforman en créditos garantizados con prenda ó hipoteca. Para abreviar, pudiéramos considerar que tienen un fundamento indiscutible: en razones de política laboral, ya que es claro que este tipo de créditos están muy directamente entroncados con las necesidades y los medios de subsistencia de sus acreedores; en motivaciones de humanidad, y en razones de orden práctico y buen sentido, que tratan de favorecer la preservación de los derechos del deudor común. Agréguese los llamados gastos de justicia y de administración del concurso, cuya razón justificativa se encuentra en el hecho de que se realiza el gasto “en interés común de los acreedores”; los privilegios de los créditos llamados escriturarios, quirográficos, y aquéllos otros que consten por sentencia firme, todos los cuales son incorporados al grupo de créditos consignados en el apartado G del nº 2ª del art. 1.924 C.C., por mor de la especial cualificación que se presupone a las personas que intervienen fehacientemente en ellos.

Y por fin, en tercer lugar, la cuestión que subyace en la cuestión objeto de estudio es la línea de debate, ya presentada por investigadores y estudiosos multidisciplinarios, y en el que se percibe la influencia del análisis económico del Derecho³⁵, del acceso preferente al mercado de garantías³⁶, de

³⁵ Por todos, Luis Rojo Ajuria “Las garantías mobiliarias (Fundamentos del Derecho de Garantías Mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América), A.D.C.,t.LXII, fac.3, 1.989, págs. 717 y ss, bibliografía allí citada, y, en particular, pág.,. 732, y notas 42 a 46; E. Lobato, *op. cit.*, págs. 14 a 62, y bibliografía allí citada

³⁶ Rojo Ajuria, *op. cit.*, pág.732:... “Y es que no podemos olvidar que, además de otros aspectos, la garantía supone que un deudor está dando un derecho de prioridad a un acreedor a expensas de otro ...”.

quién dispone de unas más amplias oportunidades para ello, y en qué términos y condiciones las ejercita su titular³⁷.

En concreto, como escribe E. Lobato,³⁸ el establecimiento de privilegios supone que el riesgo de insolvencia patrimonial es soportado por los acreedores simples, y es aquí, por lo tanto, donde el estudio del fundamento jurídico de cada privilegio específico, como pusimos en evidencia un poco más arriba, resulta indispensable: sólo en la medida en que exista esa razón jurídica, estaría justificado que el acreedor privilegiado disfrute de una ventaja gratuitamente concedida para el cobro de su crédito, que le permite anteponerse a los restantes acreedores simples, y que le coloca a un nivel similar a otros acreedores que, haciendo uso de alguno de los medios de aseguramiento del cumplimiento de las obligaciones que el ordenamiento prevé, tuvieron que satisfacer determinados costes de transacción para adquirir alguna garantía que les protegiese contra el riesgo de insolvencia de su deudor (por eje. El acreedor hipotecario). Como criterio general es admisible la idea de que no deben ser favorecidos por el privilegio aquellos acreedores que, para cubrirse del riesgo de insolvencia de su deudor, puedan acudir al mercado de garantías a un coste no desproporcionado³⁹: Se trataría, como concluye E. Lobato, de interpretar los privilegios de acuerdo con la restricción impuesta por el principio de imposibilidad de acceso al mercado de garantías⁴⁰.

El ordenamiento proporciona diversos medios de cobertura del riesgo de insolvencia patrimonial, que se unen a otros que las partes pueden pactar en el ejercicio de su libertad contractual: en este marco, el legislador, interviene con parámetros de eficiencia económica⁴¹ en el sistema de distribución del riesgo de insolvencia patrimonial entre los acreedores del deudor común, conforme al criterio que consiste, a grandes rasgos, en que el derecho patrimonial debe ofrecer aquellas normas que reflejan lo que las partes hubieran pactado si los costes de negociación hubieran sido nulos⁴². Así es que se pretende elaborar normas que permitan ahorrar costes de transacción, esto es, normas marcadas por criterios de eficiencia económica y que además persigan la justicia distributiva; y es que, en definitiva, aunque teóricamente siempre es posible pactar una garantía que asegure el cumplimiento de cualquier obligación, sin embargo esta posibilidad no deja de ser teórica en aquéllos supuestos en los que los costes totales de la garantía excederían el beneficio (el valor del crédito cuyo cumplimiento se asegura): es ahí, precisamente, cuando se hace necesaria la intervención del Estado en el sistema de distribución del riesgo de insolvencia patrimonial estableciendo privilegios para determinados créditos, siendo así que el legislador desplaza conscientemente el

³⁷ E. Lobato, *op. cit.*, págs. 21 a 30; Planiol, Ripert, Becque, *op. cit.*, pág. 3

³⁸ E. Lobato, *op. cit.*, pág. 21 y ss.

³⁹ E. Lobato, *op. cit.*, pág. 205

⁴⁰ E. Lobato, *op. cit.*, págs. Referidas en notas anteriores, y también en concreto, págs. 58 y ss. Entendemos que esta conclusión es perfectamente compatible con la consideración que hicimos más arriba al tratar acerca de la interpretación extensiva de los privilegios en concreto, cuando el intérprete u operador del Derecho manipula los términos normativos reguladores del privilegio específico y singularizado en cuestión: una consecuencia ó deducción no interfiere a la otra, puesto que actúan en planos distintos y diferenciados.

⁴¹ E. Lobato, *op. cit.*, pág. 205

⁴² E. Lobato, *op. cit.*, págs. 28 y ss.

riesgo de insolvencia hacia los acreedores no privilegiados⁴³. Por lo expuesto, se destila en síntesis las siguientes ventajas para las partes contratantes del empleo del sistema de garantía crediticio llamado privilegios: 1) el disfrute de un privilegio en sentido estricto, que por su propia naturaleza también es oculto, es decir, que a los restantes acreedores del deudor común les será oponible una obligación, (y sin que, por consiguiente, éstos tuviesen medio de conocer su existencia, ya que, al contrario, inversamente, por lo que se refiere a los derechos reales de garantía, la posesión de la cosa por el acreedor pignoraticio, la constancia en escritura pública ó póliza inscrita en el Registro H.M.P.S.D., y la inscripción en el Registro de la Propiedad de la hipoteca inmobiliaria, sí constituyen requisitos de necesario cumplimiento, que dotan a la obligación de garantía de publicidad frente a terceros) supone la obtención de una ventaja para el cobro del crédito (el derecho de preferencia), con un total ahorro de costes de transacción⁴⁴; 2) Las preferencias son útiles para el acreedor que lo hacen escapar a la ley del dividendo en caso de insolvencia del deudor, como también para éste, quien no encontrará crédito, confianza, cerca de eventuales contratantes, mas que si estos últimos están convencidos de que serán pagados al llegar el vencimiento⁴⁵; 3) al deudor le interesa el privilegio en cuanto que le sirva de vehículo para obtener un crédito que le sea más útil que otro, y, por añadidura, porque el acreedor legalmente privilegiado no le exigirá otra garantía⁴⁶

Tras lo anterior, en resumen, queda vista la conclusión resultante: supuesta la amplitud de posibilidades de obtención de garantías de que todo acreedor dispone, no estará justificado que el acreedor que pueda acceder al mercado de garantías a un coste no desproporcionado, goce de un privilegio gratuitamente concedido por el ordenamiento jurídico, quien se halla capacitado para emplear esta vía, entre otras variantes, para atender a la modernización y desarrollo de los sectores económicos (art.130.1 C.E.) ; esto último supondría, cierto es, una sobregarantía para este acreedor, en perjuicio de los acreedores simples⁴⁷. Ahora, eso sí, precisamente por ese razonamiento habrá de existir una razón que justifique la concesión gratuita de una ventaja crediticia a determinados acreedores, lo cual nos obliga a remitirnos a lo reseñado más arriba en cuanto a la causa ó fundamentación jurídica de cada privilegio en particular.

⁴³ Encarna Lobato, *op. cit.*, págs.34 y ss. No es ajena a la participación e ingerencia estatal y de los poderes públicos la previsión contemplada en el art. 128.2 CE: “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica”.

⁴⁴ Encarna Lobato, *op. cit.*, pág.37

⁴⁵ Hector Cámara, “La disciplina de los privilegios...”, *op. cit.*, pág. 303, en donde, además, en nota 10 cita a Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil (III), I, pág.10. También en págs. 304 y 305, el citado autor se hace eco de algunos de los motivos de impugnación que una parte de la doctrina ha apreciado en los privilegios, en la medida en que pudieran significar desventaja ó daño para el deudor (por ejemplo, quizás éste no obtuviese los medios necesarios para desarrollar sus negocios porque alejan la cooperación de los que pudieran auxiliarle), ya ora en la medida en lo embarazoso que pudiera suponer para el acreedor, porque aquél acreedor que ve destruido su crédito por la preferencia concedida por la ley a otro u otros con toda seguridad se volverá reacio en su otorgamiento, amén de la dificultad añadida, aludida en el texto, del ocultamiento “per se” de los privilegios, en sentido preciso del término, puesto que, sin duda, serán pocos los que podrán ser lo suficientemente versados en el conocimiento de la ley para alcanzar hasta dónde el crédito puede ser privilegiado y cómo éste les fuera a asegurar el pago de la deuda.

⁴⁶ Georges Ripert, y Jean Boulanger, Tratado de Derecho Civil..., *op. cit.*, pág.70

⁴⁷ E. Lobato, *op. cit.*, pág.55

2. PROBLEMA FUNCIONAL Y CORRELATIVO ENSAYO DE RESPUESTA ALTERNATIVA QUE PRESENTA LA FIGURA DE LOS PRIVILEGIOS EN GENERAL EN EL MERCADO CREDITICIO CONTEMPORANEO

2.1. Exploración de la cuestión a examen

Un motivo de reflexión⁴⁸ alimenta en la actualidad la atenta observación de la realidad normativa acerca de los privilegios crediticios: el notable incremento de hipótesis de créditos privilegiados, con base en disposiciones legislativas especiales, y que legitima la pertinencia de preguntarse si, y en qué medida, esta diversa incidencia cuantitativa es índice de una nueva cualificación jurídica del privilegio, ya que, en efecto, la proliferación de créditos protegidos por una especial tutela acaba por diluir sensiblemente el equilibrio, cristalizado tradicionalmente en la disciplina codicística del S.XIX, en los países del entorno continental, entre la regla general, esto es, la “par conditio creditorum”, y la excepción⁴⁹ a esta regla, es decir, el instituto del privilegio: Incluso, desde una perspectiva todavía más amplia y general sobre la materia institucional de los derechos de garantía, hay quien verosímelmente pone en duda que el principio de igual condición de los acreedores (en no otra cosa estriba la regla general consistente en que todos los acreedores deben tener el mismo trato a la hora de cobrar) sea de verdad una regla general⁵⁰. Ciccarello explica, en los términos expresados, y situando su descripción en el marco específico del Derecho italiano⁵¹, que desde hace algún tiempo ha comenzado a debilitarse el propio dogma de la “par conditio” que informaba toda la disciplina: sobre el plano de los intereses de los particulares, el sistema de garantía, aun siempre en el ámbito del privilegio, va basculando del patrimonio a un singular bien, legitimando, incluso, a veces, un particular estatuto en función de la cualidad del sujeto. Esta perspectiva, continúa Ciccarello, parece coherente con el fuerte aumento de privilegios, inherente a una dimensión social del ordenamiento; se explica, en suma, el retroceder del principio de la “par conditio”, por haber asentado el ordenamiento jurídico un distinto criterio de base: cada crédito tiene su peculiar razón de tutela según su causa (que se reconduce directamente, ó a la cualidad del crédito ó a la cualidad del acreedor).

⁴⁸ S. Ciccarello, *op. cit.*, págs. 5, y 112 a 117

⁴⁹ Héctor Cámara, *op. cit.*, págs. 302, 327, 328; P.Gaetano, voz “Privilegi”, en *Novissimo Digesto...*, *op. cit.*, pág. 963; Planiol, Ripert, Becque, *op. cit.*, págs. 1,2,6

⁵⁰ Héctor Cámara, *op. cit.*, pág.305, nota 14: “...La doctrina italiana propicia la limitación de los privilegios – Ghidini, “Proposte di riforma delle legge fallimentare”, *Riv. Dir. Comm.*, 1974, I, pág. 206 -, ratificado por el Simposio de Magistrados celebrado bajo el título “I privilegi nelle procedure concorsuali”, donde se atacó la prodigalidad legislativa; Silvestri afirmó que “por el vasto y heterogéneo material normativo, difícilmente reducible a un sistema único, el declamado principio de la par conditio creditorum es poco más que un mito evanescente...”; J.M. Garrido, *op. cit.*, pág. 33: “... 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 ó 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...”

⁵¹ S. Ciccarello, *op. cit.*, pág.115.; J.M.Garrido, *op. cit.*, págs. 31, 34, refrenda la misma idea.

Rojo Uría,⁵² pone de manifiesto que el ocaso de la garantía genérica, de la “par conditio creditorum”, es un dato que une a todos los ordenamientos actuales. No obstante, la derogación de la norma de la igualdad de los acreedores puede hacerse obedeciendo a muy distintas opciones de política jurídica, y por vías muy diversas. Se puede derogar permitiendo que los particulares puedan constituir un derecho de garantía sobre cualquiera de sus bienes para garantizar sus obligaciones, es decir, mediante la libertad contractual, es decir, que se reconoce en el libre juego de las leyes de mercado la razón de ser de la “par conditio creditorum”, en aras de una mayor eficiencia económica: Esta es una característica común a los ordenamientos alemán y americano. Por el contrario, la derogación puede ser parcial y controlada por el legislador, estableciendo, mediante leyes especiales, ciertas formas de garantía para garantizar determinados tipos de créditos: es la solución de los ordenamientos jurídicos de tradición romanista⁵³

2.2. *Concepción funcional de los privilegios como un instrumento de igualdad sustancial y de solidaridad social*

En último extremo las reflexiones que preceden desencadenan y propician, quizás, un enfoque del problema suscitado a lo largo de la presente colaboración, que nos ayude a superar el dilema neurálgico representado por una hipótesis actualizada del viejo criterio ó modelo codificador propio del S.XIX, condensado en la fórmula “par conditio creditorum”⁵⁴, esto es, una tesis que viniera a contraponer al ya anquilosado instrumento de la pura paridad formal crediticia, el cual justifica una concepción de crédito privilegiado como de situación excepcional conferida por la ley para gozar de un tratamiento diferenciado, y que aprovecha a un sujeto acreedor ó a una categoría de sujetos acreedores (precisamente quienes vienen mostrando, tanto antes como ahora, un mayor poder adquisitivo), a una concepción predominante y verdaderamente operativa y funcional que dé hoy en día un significado útil y revitalizado en el circuito de garantías crediticias a la expresión privilegio del crédito, concebido en este sentido más bien como un vehículo democrático a los principios constitucionales de solidaridad social y de igualdad sustancial⁵⁵, que sirvan como herramienta para articular la alteración de la desigual distribución de la riqueza, y que sitúan, en el máximo rango de nuestro ordenamiento jurídico, en los arts. 9.2 y 3, 10.1, 14,40.1, 128 y 130.1 C.E. los ejes de soporte articuladores de este itinerario. Los principios constitucionales a los que acabamos de aludir, junto con la salvaguarda y mantenimiento de otro de los principios cardinales que rigen los ordenamientos jurídicos modernos, el mencionado más arriba principio de legalidad (en nuestra norma

⁵² Rojo Uría, *op. cit.*, págs. 719 y ss.

⁵³ Rojo Uría, *op. cit.*, pág. 734: “... La visión de los ordenamientos latinos nos ha permitido descubrir la existencia de una política jurídica radicalmente opuesta a la que subyace en los ordenamientos americano ó alemán: el desarrollo de los privilegios, ó de las garantías mobiliarias limitadas a ciertos bienes y contratos, es un claro exponente de una economía dirigida y de intervención estatal en el mercado crediticio...”, y que, nosotros nos atrevemos a acotar ó señalar, es respaldado y constitucionalmente en los art. 128.2 y 130.1 C.E.

⁵⁴ S. Ciccarello, *op. cit.*, págs. 6,43,53, 54, 76, 96 a 98, y 112 a 117

⁵⁵ S. Ciccarello, *op. cit.*, pág. 141: “... es la aplicación del principio de igualdad sustancial la que admite, e incluso impone, estatutos diversos en la medida de la diferente “cualidad” ó “condiciones” de los sujetos, lo que justifica un recurso cada vez más frecuente al mecanismo del privilegio, quedando incongruente, en la dimensión propuesta, el criterio general de la “par conditio...””; E. Lobato, *op. cit.*, págs. 26 a 32, y 37 a 39

fundamental, art. 9.3 C.E.), harían posible, a nuestro juicio, la alteración del carácter más bien formalista tendencialmente asignado a la “par conditio”.

No otra cosa que ésta es lo que, a nuestro juicio, atestigua Díez- Picazo⁵⁶ cuando declara que para derogar excepcionalmente el principio de igualdad de trato de los acreedores, deben existir serias y fundadas razones de política económica y de política social que, de acuerdo con la conciencia colectiva, justifiquen el trato preferencial. En definitiva, se trata de encontrar la razón de la conveniencia de proteger de manera más rigurosa determinados créditos, porque la mayor seriedad y el mayor fundamento de tal tipo de créditos se considera útil para toda la colectividad y, por consiguiente, para el desarrollo económico general.

2.2.1. Deformaciones que la práctica detecta en el uso del mecanismo del privilegio y antidotos incorporados por el ordenamiento jurídico.

Este hilo argumental expuesto parece razonable, pero ello no exime de eventuales distorsiones del fenómeno frente a una demasiado amplia expansión de los créditos susceptibles de amparo ó protección privilegiada. Así pues, cabría preguntar en qué medida influye de modo contraproducente la proliferación de privilegios, en el correcto y beneficioso manejo de esta secular categoría jurídica: tendencia patológica⁵⁷ que encontraría explicación bastante, por un lado, en la propensión del legislador contemporáneo al empleo de la técnica instrumental del privilegio, y, por otro lado, en la incapacidad mostrada por aquél para resistirse a los nuevos requerimientos de los más dispares sectores sociales y económicos: esto es, como con claridad manifiesta Ciccarello⁵⁸, se corre el peligro de poner el Derecho al servicio de la parte social “*uti singuli*”, y no como expresión de la colectividad de la que es un componente, lo que, por otra parte, por sí mismo no basta para negar justificación a que determinados créditos (ó acreedores), de tal modo individualizados y cualificados, sean efectivamente merecedores de la particular tutela que con el privilegio se les concede.

En definitiva, este distinto enfoque por el que nos pronunciamos, desde una óptica propiciada y respaldada por el dato de la norma constitucional (en el caso del Ordenamiento Jurídico español

⁵⁶ Díez- Picazo, “Los créditos privilegiados en ...”, *op. cit.*, págs. 294 y 300. Otra vez nos topamos aquí con el principio rector constitucional, y que habrá de informar la legislación positiva y la actuación de los poderes públicos (art. 53.2 C.E.) de que “los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa...” (art. 40.1 C.E.), y el art. 128.1 C.E.: “Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”

⁵⁷ S. Ciccarello, *op. cit.*, pág.24. “... consecuencia patológica ó perversa por la que se llegaría a afirmar (al límite) que todo crédito, según la causa que lo ha determinado ó según la cualidad del acreedor, es diversamente protegido por el ordenamiento en base a una especial graduación de valores...”, e igualmente, vid. págs.7, 23, 39, 40,42 a47,52 a54, y 112 a 117.

⁵⁸ S. Ciccarello, *op. cit.*, págs. 112 y 113. “...en esta confrontación tienden naturalmente a prevalecer los intereses de aquellos que son portadores los grupos más organizados y, en consecuencia, más fuertes. Se ha observado que la sociedad pluralista es expresión de la forma más evolucionada de democracia, pero, en cuanto posición extrema, fatalmente no exenta de peligros y excesos... Es en esta dimensión de conflictividad en la que encuentra adecuada explicación la tendencia a calificar como privilegiados un siempre mayor número de créditos ...”. Este proceso de proliferación privilegiada y de hipertrofia del principio de preferencia es relatado también, coincidentemente, por J.M.Garrido, *op. cit.*, págs. 33 y 34

sobre todo, y particularmente, la enunciación Preámbulo y arts. 1, 9.2, 10.1,14, 40.1,128, 13 de la C.E.), vendría a demostrar cómo la atención del legislador, en el sector de los privilegios crediticios, superado el momento fundamentalmente objetivo, aunque no del todo exclusivo, de la época codificadora (en donde el peso recaía sustantivamente sobre la cualidad del crédito), se va trasladando en un mundo contemporáneo, cada vez más complejo e interrelacionado (globalizado), a la órbita de una cierta, aunque por motivos ontológicos en modo alguno exclusiva e imperante, propensión hacia la subjetividad (recayendo, así pues, una buena parte del peso específico de la elaboración legislativa en el ámbito de los privilegios crediticios sobre la cualidad y condiciones del acreedor), y ello, además, de una forma deliberada y progresiva. Así es que no ha de resultar extraño que una vez más acudamos a la ayuda de S.Ciccarello para razonar que en el ensayo de una reflexión global, crítica, y reconstructiva del instituto del privilegio⁵⁹ parece indispensable una valoración en términos subjetivos, y que, desde este prisma, se proponga un replanteamiento que parta del dato constitucional, comportando, cierto es, una innovación de carácter sustancial: de una concepción formalística y patrimonialística del individuo se ha pasado a una diversa concepción que recae esencialmente sobre el desenvolvimiento y desarrollo de la persona; en donde, en consecuencia, se demuestre prioritaria la preocupación por la persona humana, por el respeto a su dignidad, seguridad y a su igualdad sustancial.

Retomando las líneas iniciales de este subepígrafe, hemos de discurrir que, en principio, el equilibrio e integración propios del sistema privado civil entre el Derecho común (Código Civil), y el Derecho especial (leyes especiales), a cuenta, en este caso concreto, de la materia específica de los privilegios, no debiera verse turbado ni por exigencias nuevas ni por situaciones diversas, las cuales afloran con cierta frecuencia reclamando aquella tutela singular que la figura del privilegio otorga a determinados tipos de créditos; es esclarecedor en este punto lo que escribe Rodolfo Soto Vázquez⁶⁰, haciéndose portavoz de la experiencia doctrinal acumulada en España en la aplicación y manejo de nuestro Derecho, en el sentido de que la calificación de “laberíntica” que otorgaba Salgado Somoza a la presente materia no es sino una simple manifestación de la extraordinaria dificultad del tema: al sistema, seguido por el legislador ochocentista de otorgar preferencia en relación con la naturaleza de los bienes, se unen las que, desde un tiempo más ó menos largo, coexisten con los Códigos Civil y Mercantil (normas laborales, fiscales, relativas a la propiedad horizontal, créditos sobre aeronaves, hipoteca naval, créditos sobre la propiedad intelectual, etc.), constituyendo, entonces, una labor sumamente dificultosa y ardua establecer un orden coherente en este entramado de los privilegios prelación. De modo análogo, y complementario, Díez- Picazo⁶¹, quien ve incrementada la dificultad de comprensión de los privilegios por el hecho de que, en el Derecho Positivo vigente actual, tengamos dos regulaciones distintas, una para el concurso de acreedores en sentido estricto ó concurso civil, regulado en los arts. 1.922 y ss. del C.C. y otra en materia de quiebra, que

⁵⁹ S. Ciccarello, *op. cit.*, págs. 117 y 118, y págs. 138 y ss.

⁶⁰ Rodolfo Soto Vázquez, “Aspectos concursales del patrimonio del insolvente. - quiebras y concurso de acreedores”, Edit. Comares, Granada, 1.998, pág. 434. Remisión, no obstante, a la nota n. 62, en donde nos hacemos eco de palabras de E. Lobato en las que modula y precisa estas, en principio, veraces apreciaciones.

⁶¹ Díez- Picazo, “Los créditos privilegiados en el...”, *op. cit.*, págs.299 y 300.

se encuentra básicamente comprendida en el art. 913 C.C°, si bien aquí, en este aspecto, debe aclararse que las tendencias reformistas en marcha parecen prever un único sistema de concurso de acreedores, haciéndose imprescindible la refundición en una normativa coherente de la prolija ordenación que dimana de las dos regulaciones citadas.

En cualquier caso, el incesante incremento en las últimas décadas de leyes especiales han contribuido de manera decisiva por abrir una profunda brecha en la organización misma del instituto en cuestión: ha aparecido, en extracto, una suerte de peligrosa fiebre corporativa tendente a destacar la relevancia socio-económica de singulares créditos y, en consecuencia, a propiciar el empleo, en cierto modo indiscriminado del privilegio como forma vigorosa y eficaz de tutela jurídica del crédito⁶², siendo precisamente este crecimiento, en riesgo de precipitarse con dosis de desmesura, lo que en su grado extremo pudiera acabar por desvirtuar el carácter de excepción que de siempre la doctrina tradicional atribuyó al privilegio de créditos⁶³.

En el discurrir de este subepígrafe vamos descubriendo un hilo conductor que lo atraviesa, que se configura como el pivote sobre el que gira su descripción en las dos ramificaciones ó variables puestas de relieve, y que cristaliza en la funcionalidad del principio de igualdad en el Derecho Patrimonial Privado (por ej., en un determinado ámbito organizativo de la explotación económica – obra refaccionaria, hospedaje, transporte, arrendamiento, venta a crédito, explotación agraria, etc. – participan una diversidad de individuos, subjetivamente singularizados por la condición que ostentan de sujetos activos ó pasivos en la relación obligatoria específica de que se trate): de hecho, éste está sufriendo una profunda convulsión ó agitación crítica traducida en la reconversión orientada hacia un principio general de justicia distributiva que, de hecho, viene resumiéndose en la exigencia de “tratar de modo igual a los iguales, y de modo diferente a los desiguales”⁶⁴. Parece en

⁶² S.Ciccarello, *op. cit.*, págs. 38 a 41. Encarna Lobato (*op. cit.*, págs. 214 y ss) desdramatiza, y sitúa sin duda la incógnita ó dilema en su ajustada dimensión en nuestro ordenamiento jurídico, al explicar que “... A pesar de esta dispersión normativa, es posible encontrar una cierta coherencia que nos permite hablar de la existencia en nuestro ordenamiento de un sistema de prelación de créditos, cuya espina dorsal sería el Código Civil, cuerpo normativo básico en la materia...”, para mas adelante ordenar la materia con un criterio racional?”... A) En primer lugar, encontramos privilegios creados por leyes especiales (normativa no codificada) que son *integrados* en el régimen prelativo común, asignándoles la consecuencia jurídica de una norma codificada, esto es: al nuevo privilegio se le otorga uno de los grados de prelación establecidos en el Código Civil. Es lo que ocurre, por ejemplo con el párrafo 1º del art. 19 L.V.B.M.P. cuando se dice que “el acreedor, para el cobro de los créditos nacidos de contratos inscritos en el registro..., gozará de la preferencia y prelación establecidos en los arts. 1.922, nº 2 y 1.926.2º C.C. “. A pesar de que el acreedor a que se refiere el precepto citado no es el acreedor pignoraticio..., el legislador ha asignado a ambos supuestos la misma consecuencia jurídica... B) En segundo lugar, el legislador no sólo ha creado privilegios que no han sido integrados en el régimen codificado de prelación de créditos, sino que ha dispuesto privilegios especiales a los que ha asignado un régimen concurrencial especial. Esta técnica legislativa estará más ó menos justificada según los casos, aunque, en principio, una regulación de este tipo no tiene que hacernos temer (con Ríos Salmerón) por la desmembración de la regulación de la materia y la desarmonía del sistema...si al menos se respetan en la regulación especial los principios que inspiraron la elaboración de aquél, ó si se legisla conforme a otros principios de superior eficacia, de manera que, a pesar de la dispersión normativa, sea posible reconocer un sistema de distribución del riesgo de insuficiencia patrimonial respetuoso de la seguridad en el tráfico jurídico...”

⁶³ S.Ciccarello, *op. cit.*, págs.1, 18, 24, 42, 50

⁶⁴ S.Ciccarello, *op. cit.*, págs. 141 y ss.

suma, que el privilegio, en esta nueva dimensión, pasaría a jugar un papel moderador y reequilibrador del sistema económico, pero siempre y cuando, y en la medida, que no transgreda los límites institucionales en los que se inserta: Trátese, por tanto, de un problema de ponderación; ó aquí, otra vez más, en palabras del tan reiteradamente citado Ciccarello: “El canon fundamental de la igualdad sustancial se propone y presenta como vehículo que pueda ofrecer un criterio de racionalización de la disciplina de garantía del crédito”.

Por consiguiente, de esta forma recobra actualidad el pensamiento de Vallet de Goytisolo⁶⁵ al señalar que los problemas que plantea la intersección de las líneas de los intereses del crédito y del comercio jurídico no pueden ser resueltos desde un ángulo parcial, sino que hay que valorar todos los intereses en juego; no sólo desde el punto de vista individual de los sujetos en conflicto, sino especialmente con una visión amplia, objetiva, social⁶⁶.

Así es que, por lo tanto, desde esta sensibilidad, con la utilización del ya acentuado principio de justicia distributiva, el verdadero significado atribuible hoy en día a la dicción “par conditio creditorum” no sería otro que el de proveer paridad de tratamiento equitativo a los acreedores que se encontrase en una potencial situación homogénea en el mercado crediticio, de donde, en resumidas cuentas, derivaría que su consecuencia natural fuera precisamente el de escoger y practicar una diversa técnica aseguradora, como refuerzo de su crédito, a una diversidad de situaciones fácticas concretas que pudieran plantearse, lo cual acabaría por justificar el sentido que en la actualidad habría de asumir la correcta y adecuada función económico – jurídica del instituto del privilegio crediticio, desviándonos, entonces, con este proceder, del tradicional, y quizás en trance de superación, carácter excepcional de la figura cuya actualización propugnamos, asumiendo ahora, más bien, el papel predominante de corrector del criterio de igualdad formal⁶⁷.

Con la formulación que hemos descrito, el verdadero límite y excepción establecido al principio de la “par conditio” estaría constituido únicamente, en realidad, por la facultad asignada al sujeto de alterar voluntaria y libremente, y no en prioritaria consideración a la causa del crédito, el mencionado equilibrio: así es como se explican la prenda y la hipoteca voluntarias que, con el aval del ordenamiento jurídico, consienten por virtud de la autonomía de la voluntad, la ruptura de este módulo de proporción (justicia distributiva) que auspiciamos constituyendo, pues, aquellos derecho reales de garantía los auténticos motivos derogadores del principio de la “par conditio creditorum”⁶⁸.

⁶⁵ Vallet de Goytisolo, *op. cit.*, págs. 494 y 497

⁶⁶ De este sentir participa Hector Cámara, *op. cit.*, pág.304, cuando expresa: “...por ende, el éxito y desenvolvimiento de éste (del crédito) - espina dorsal de la actividad económica _ deriva de una buena estructuración de los privilegios y garantías, que deben conjugarse con la seguridad estática de la propiedad y posesión de los bienes y la seguridad dinámica del comercio jurídico, ponderando los intereses en juego que cada uno de ellos representa en aras de la explotación económica”.

⁶⁷ S.Ciccarello, *op. cit.*, págs. 43 a 47, 53, 54, 76, y 96 a 98. Pensamos, a mayor abundamiento que de paso, a este planteamiento expositivo se le atribuiría la virtud de reequilibrar un mecanismo sólo formalmente igualitario, el de la “par conditio”

⁶⁸ Propuesta que cobra virtualidad al socaire de reflexiones, discernimientos y aportaciones doctrinales varias: por todos, nuevamente, S. Ciccarello, *op. cit.*, págs. 30, 45, 46, 76...

3. CONCLUSIÓN

La regla paridad de tratamiento, ó de rango, en la que se traduce la máxima “par conditio creditorum”, es fórmula que indica ó prescribe bien a las claras, en la disciplina crediticia vigente en la realidad económica dominante, cómo debe operarse jurídicamente ante un evento determinado de confrontación ó concurrencia de créditos que pretenden ser cobrados en su integridad, presuponiendo, de un lado, ó bien una hipotética homogeneidad de comportamientos humanos y económicos merecedores de respuestas legales asimismo homogéneas, ó bien, por el contrario, una supuesta diversidad de aquéllos que haya de preconizar en la práctica soluciones asimismo equitativamente diferenciadas, haciendo uso de una compleja dialéctica en la que, parafraseando a J.M. Garrido, los principios de preferencia y proporcionalidad se necesitan naturalmente, a pesar de representar polos contrapuestos desde el punto de vista lógico. La previsión y graduación de los créditos privilegiados, siempre que supere un cierto límite, qué duda cabe que habrá de menoscabar ó cercenar no sólo la regla general, sino también, como efecto reflectante, el concepto mismo de privilegio, ya que éste, para merecer el nombre de tal, debiera estar necesariamente circunscrito a una esfera bien acotada de situaciones crediticias privilegiadas: en este sentido una cierta variación cuantitativa operada por la ley no parece vaya a constituir motivo de perplejidad, siempre y cuando los créditos, ó acreedores, de tal modo cualificados por la ley, con esa particular tutela crediticia, sean efectivos portadores de los predominantes intereses generalistas y aspiraciones mayoritarias de la colectividad, y que, por ende, se asientan en los progresistas y democráticos valores proclamados en nuestra Constitución (igualdad sustancial, no sólo formal; justicia y solidaridad social y económica ...).

Por último, terminamos anunciando que, en un próximo artículo, comprobaremos empíricamente la medida en que son asumidas por el más reciente Anteproyecto de Ley Concursal, que en estas fechas acaba de ser remitido por el gobierno, para sus preceptivos informes, al C.G.P.J. y al Consejo de Estado, las propuestas genéricas de intervención estatal sugeridas en esta materia específica de los privilegios.

RESUMEN: El privilegio crediticio es aquella figura jurídica por la que se atribuye a un crédito una causa de preferencia de origen legal, constituyendo, pues, una derogación al principio general de tratamiento paritario entre los acreedores, y vieniéndose a insertar, por lo tanto, en el sistema general de las garantías de crédito.

La funcionalidad de todo privilegio sólo se manifiesta en el caso de concurrencia con otros acreedores del deudor común. Precisamente en el momento en el que el patrimonio del deudor resulte insuficiente, es cuando el acreedor insatisfecho hará valer los privilegios anteponiéndose a los restantes acreedores del deudor común.

Llegado el momento en que el pasivo patrimonial del deudor es superior a su activo, el acreedor privilegiado no soporta el riesgo de impago de forma proporcional al valor de su crédito, conforme a la ley del dividendo, sino que goza de un derecho al cobro preferente. Ahora bien, es de constatar que, en la común denominación de “privilegios”, se han agrupado por el legislador derechos privilegiados de naturaleza y características muy dispar: es llamativa la cuestión de figuras de prelación que del privilegio, en sentido estricto, sólo tienen el nombre, pero del que se apartan profundamente, sea por la preponderante función que desempeñan en ellas la voluntad de las partes, sea por su sujeción a especiales formalidades exigidas por la ley.

Como criterio general es admisible la idea de que no deben ser favorecidos por el privilegio aquellos acreedores que, para cubrirse del riesgo de insolvencia de su deudor, puedan acudir al mercado de garantías a un coste no desproporcionado: es ahí, precisamente, cuando se hace necesaria la intervención del Estado en el sistema de distribución del riesgo de insolvencia patrimonial estableciendo privilegios para determinados créditos, siendo así que el legislador desplaza conscientemente el riesgo de insolvencia hacia los acreedores no privilegiados. Se observa empíricamente, además, que desde hace algún

tiempo ha comenzado a debilitarse el propio dogma de la “par conditio creditorum”, lo que parece coherente con el fuerte aumento de privilegios en las últimas décadas, inherente, por otra parte, a una dimensión social del ordenamiento jurídico. Se propugna una tesis que viniera a contraponer al ya anquilosado instrumento de la pura paridad formal crediticia, que justifica una concepción de crédito privilegiado como de situación excepcional conferida por la ley para gozar de un tratamiento diferenciado, y que aprovecha a un sujeto acreedor o a una categoría de sujetos acreedores, a una concepción predominante y verdaderamente funcional que dé hoy en día un significado útil y revitalizado en el circuito de garantías crediticias a la expresión privilegio del crédito, concebido en este sentido más bien como un vehículo democrático a los principios constitucionales de solidaridad social y de igualdad sustancial, y que sirvan como herramienta para articular la alteración de la desigual distribución de la riqueza.

ABSTRACT: The credit privilege is that legal figure by which on a credit a cause of preference of legal origin constituting then, in the beginning general derogation of paritario processing between the creditors, and coming to insert, therefore, in the general system of the guarantees of the credit.

The functionality of all privilege is only pronounced in the case of concurrence with other creditors of indebted the common one. Indeed at the moment at which the patrimony of the indebted one is insufficient, it is when the creditor unsatisfied will make be worth the privileges putting in front itself to the deserving rest of indebted the common one.

Arrived the moment at which the patrimonial liabilities of the indebted one are superior to its assets, the privileged creditor does not support the risk of non payment of proportional form to the value of his credit, according to the law of the dividend but that enjoys a right to the preferred collection.

However, it is to state that, in the common denomination of privileges, they have been grouped by the legislator right privileged of very different nature and characteristics: it is showy the question of figures and preference that of the privilege in strict sense only have the name, but from that they separate deeply, be by the preponderant function which they carry out in them the will of the parts, is by its subjection to special formalities demanded by the law.

As general criterion is permissible the idea that they do not have of being favored those creditors who, to cover themselves with the risk of insolvency of their indebted one, can go to the market of guarantees to a cost nondisproportioned: he is, indeed, when the intervention becomes necessary of the system of distribution of the risk of patrimonial insolvency establishing privileges for certain credits being there so the legislator consciously moves the insolvency risk towards the creditors nonprivileged.

It is observed empirically, in addition, that for some time has been beginning to debilitated the own dogma of the “par conditio creditorum”. What it seems coherent which the fort increase of privileges in the last decades, inherent, on the other hand, to a dimension of the legal ordering.

One is advocated tesis that came to oppose to already ankylosed instrument of the pure credit formal parity, that justifies a conception of credit privileged like of exceptional situation conferred by the law to enjoy a differentiated processing, and that takes advantage of to an deserving subject or a category of deserving subjects, to a predominant conception and truly functional that nowadays gives a meaning useful and revitaliced in the circuit of credit guarantees to the expression privilege of the credit, conceived in this sense, rather like a democratic vehicle to the constitutional principles of social solidarity and substantial equality, and that serve like tool articulate the alteration of the unequal distribution of the wealth.