

El crédito privilegiado en el Código civil

ANTONIO GULLON BALLESTEROS

Doctor en Derecho. — Profesor Adjunto de Derecho civil en la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. Sobre el privilegio en general.—1. Definición del privilegio.—2. Caracteres de los privilegios.—3. Clasificación de los privilegios.—4. Naturaleza jurídica: a) Teorías unitarias; b) Teorías pluralistas; c) Teoría procesalista; d) La cuestión en el Código civil.—5. Transmisión del privilegio.—6. Ejercicio del privilegio.—7. Extensión a los intereses y costas.—8. Los privilegios y el derecho de retención.—9. Extinción del privilegio.—II. Consideraciones sobre los privilegios mobiliarios.—1. Privilegio del crédito por construcción, reparación, conservación o precio de bienes muebles.—2. Privilegio del vendedor de cosas muebles; 3. Privilegio del acreedor prendario.—4. Privilegio del transportista.—5. Privilegio del posadero.—6. Privilegios por semillas y gastos de cultivo y recolección anticipados al deudor, sobre los frutos de las cosechas para que sirviera.—7. Privilegio del arrendador sobre los muebles introducidos en las fincas arrendadas por el arrendatario.—III. Consideraciones sobre los privilegios generales.—1. Privilegios por gastos de justicia.—2. Privilegios funerarios.—3. Privilegios por gastos de la última enfermedad.—IV. Colisión entre privilegios.

I. SOBRE EL PRIVILEGIO EN GENERAL

1. *Definición del privilegio.*

Como es sabido, el artículo 1.911 del Código civil consagra el principio de la responsabilidad universal del deudor frente a sus acreedores. Estos pueden tener como garantía de sus créditos el conjunto de bienes que forman el patrimonio del sujeto pasivo de aquéllos, o bien, y además de los mismos bienes, pueden gozar de una afección mayor o menor sobre algunos de ellos. Así, los acreedores hipotecarios o pignoraticios y privilegiados, aunque, como veremos más adelante, no puede hacerse una rígida separación entre estas categorías de acreedores, ya que algunas veces coinciden; el artículo 1.922 del Código civil, en su número 2, otorga un privilegio al acreedor pignoraticio.

¿Qué es el privilegio? Ante todo hemos de centrar la noción para ulteriores resultados, y nada mejor que empezar por decla-

rar que el privilegio en el sentido que lo vamos a utilizar nada tiene que ver con aquel otro que significa una excepción a una norma de carácter general. Hace solamente referencia a la facultad de cobro preferente que algunos acreedores poseen. Desde luego, significa una excepción o derogación también a una norma general; la igualdad de todos los acreedores para el cobro de sus derechos. Pero tiene una naturaleza y estructura totalmente distinta.

Esta noción, que encuentra su consagración primera en el Derecho romano (1), supone necesariamente un conflicto de acreedores. Para determinar la preferencia en el cobro se acude a la investigación, bien de la naturaleza del crédito, bien de la persona que es titular del mismo. Surge así la distinción entre *privilegia causae et personae*. Los primeros se otorgan en consideración a la cualidad del crédito, y los segundos, como su mismo nombre indica, a la cualidad del acreedor. Precisamente esta distinción ha de ser la base en que se apoyan las definiciones legislativas del privilegio.

En efecto, la evolución de esta institución jurídica se dirige en uno de sus aspectos a la supresión de los privilegios por razón de las personas, sin tener en cuenta la naturaleza intrínseca del crédito. Poplawski, el autor que, a nuestro juicio, ha estudiado con más rigor y perfección el desenvolvimiento de la materia en cuestión, destaca como una de las cualidades fundamentales de los privilegios en el antiguo Derecho francés la tendencia a la no admisión de privilegios que no estuvieren fundados en la cualidad del crédito (2). Ya Domat señalaba en su tiempo esta característica. Al definir el privilegio decía que era «el derecho eminente que da la cualidad del crédito para ser preferido a otros acreedores, aun los hipotecarios, aunque sean anteriores» (3).

Diversas vicisitudes corrió el privilegio en la obra legislativa de la revolución francesa hasta que por fin encuentra su colocación definitiva en la codificación napoleónica. La Ley de 28 de Ventoso del año 12 muestra el alojamiento del legislador revolucionario de las ideas dominantes en los primeros momentos de la abolición del Ancien Regimen, radicalmente negadoras del privilegio, por suponerlo un residuo de la época que se quería abolir. Dicha ley fué incorporada al Code civil y sigue conservando el principio restrictivo de los privilegios personales. Treilhard, al exponer los motivos del título XVIII, del libro III del Código civil, afirmaba que el privilegio era un derecho que deriva de la

(1) VAN WETTER: *Cours Élémentaire de Droit Romain*. tomo II. Gan-París, 1876, pág. 66.

(2) *La notion de privilège en droit romain et en droit civil français*. Burdeaux, 1913, pág. 153 y ss

(3) *Lois civiles*, t. 1, 1.ª parte libro III, título I, sección V, *Des privilèges des créanciers*. París, 1777.

cualidad y naturaleza del crédito, no significando en modo alguno un favor personal, sino un derecho adquirido sobre una justicia rigurosa (4).

De ahí que la definición del Código de Napoleón obedezca a estos precedentes históricos. El artículo 2.095 dice: 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 italiano de 1865, con mayor sencillez, lo conceptuaba en el artículo 1.952 como «un derecho de prelación que la ley acuerda en relación a la causa del crédito».

En contraste con sus modelos antes citados, nuestro Código 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 capítulo II del título XVII, al hacer la clasificación de los créditos para su graduación y pago. En él, no obstante, se puede advertir fácilmente cómo el legislador está haciendo referencia al objeto de nuestro estudio. Teniendo como finalidad la derogación del principio de la igualdad de rango de todos los acreedores para el cobro sobre el patrimonio del deudor, ello es, aunque con otras palabras, lo que vienen a decir los artículos 1.921 y siguientes.

Doctrinalmente, De Buen define el derecho de preferencia como el derecho que tienen ciertos créditos de ser pagados antes que otros con el producto de la venta de algunos bienes o de todos los del deudor (5).

Esta definición contempla la finalidad del privilegio, pero es incompleta, ya que lo mismo puede predicarse del derecho de hipoteca o prenda. Más correcto nos parece indicar algo sumamente importante; el carácter de favor, de excepción, que la ley otorga a algunos créditos. De este modo se destaca el matiz exclusivamente legal que el privilegio tiene. Esta sustraído a la convención de las partes, a diferencia de lo que sucede en la hipoteca o prenda, cuya preferencia, originada por la constitución de derechos de garantía, depende exclusivamente en su nacimiento de sus voluntades. Como dice Luzzati, el privilegio tiene su único fundamento en la ley. Ella sólo puede atribuirlo a un determinado crédito. La ley declara añadido el privilegio a una causa del crédito, y donde falta a este objeto la voluntad de la ley, no puede suplirla la voluntad de las partes (6).

(4) *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'Etat et du Tribunat et discussion particulière de ces deux Corps avant la rédaction définitive de chaque projet de loi*, tomo I, París, 1876, pág. 759.

(5) Notas a la traducción española de A. COLÍN y H. CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*. Madrid, 1925, tomo V, pág. 220.

(6) *Dei privilegi e delle ipoteche*, vol. I, Torino, 1884, pág. 132.

2. Caracteres de los privilegios

La doctrina generalmente señala en ellos los siguientes rasgos característicos:

1.º Ser exclusivamente legales en el sentido antes indicado.

2.º Estar taxativamente determinados, destinados a garantizar ciertos créditos en razón a su causa.

3.º Ser accesorios de un crédito, de tal manera que si no se transmite el mismo no puede cambiar de titular—artículo 1.528.

4.º Ser de interpretación estricta. Ni el juez ni las partes pueden crearlos por muchas razones de analogía que existan entre el supuesto determinado y el marcado por la ley. Además, este carácter veda la atribución de una extensión mayor a los términos en que se expresa la ley, atribuyéndole un grado de prelación superior al querido por el legislador.

5.º Para algunos autores, el privilegio tiene un carácter indivisible. Gaetano (7) cree que objetivamente (desde el punto de vista de la división de la cosa), y subjetivamente (desde el punto de vista de la división del crédito) el privilegio es indivisible, ya que, de modo análogo a la prenda e hipoteca, vincula la cosa en su integridad a la satisfacción del crédito.

Sin embargo, para Chironi, apenas se piense en la naturaleza del privilegio, se ve que no se le puede conceder el carácter de indivisible como el que se atribuye a la garantía real por ser distintos el privilegio y la hipoteca o prenda. El privilegio no da, respecto a la cosa sobre la que recae, un derecho especial, diverso del consentido por la ley a los acreedores, excepción hecha para el caso en el cual la razón del privilegio derive de una relación de seguridad real. Entonces podría mantenerse la indivisibilidad, no derivada del privilegio, sino del derecho real (8).

En realidad, la opinión negativa de la indivisibilidad del privilegio, al partir fundamentalmente de la diferencia entre esta figura jurídica y los derechos de prenda e hipoteca, plantea el problema erróneamente. Si bien es cierto que existen tales diferencias, no debe confundirse ello con la indivisibilidad que se predica de los derechos reales, de suerte que sólo puede existir cuando existan éstos. Se olvida que la indivisibilidad es un elemento natural y no esencial a los derechos de garantía como lo demuestra el hecho de que por la voluntad de las partes—artículo 123 de la L. H.—el crédito hipotecario puede distribuirse entre varias fincas.

Más segura nos parece la opinión positiva, basada en la función esencial que cumplen los privilegios: garantizar la satisfac-

(7) *I privilegi*. Torino, 1952, pág. 73.

(8) *Treatato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, vol. I. Torino, 1918, pág. 389.

ción de determinados créditos. El privilegio no es sólo la garantía genérica del artículo 1.911, sino algo más: un derecho de preferencia. En otras palabras, suponen un crédito del que son accesorios y al cual garantizan, si no de la manera de los derechos reales de garantía, sí con afección esencial de las cosas. Como señala certeramente De Buen, es un derecho *ad valorem* (9). Por tanto, no vemos inconveniente a que se refuerce mediante el requisito de la indivisibilidad.

3. Clasificación de los privilegios

Empleando la técnica corrientemente admitida en otras legislaciones, que arranca de la transformación de los privilegios en el antiguo Derecho francés, podemos hacer la siguiente división:

1.º Privilegios generales sobre todos los bienes del deudor, sean muebles e inmuebles. Son los enumerados en el artículo 1.924.

2.º Privilegios especiales sobre muebles: artículo 1.922.

3.º Privilegios especiales sobre inmuebles: artículo 1.923.

Nuestro Código presenta una novedad en relación con el francés e italiano en materia de privilegios generales. En el primero, los privilegios generales recaen sobre todos los bienes muebles del deudor, y sólo a falta de ellos, o de insuficiencia, se extiende a los inmuebles—artículos 2.101, 2.104 y 2.105—. En el Código italiano de 1865 recaían sobre los bienes inmuebles —artículos 1.955 y 1.956—. Por el contrario, el artículo 1.924 dice que objeto del privilegio general son tanto los muebles como los inmuebles.

La razón de ser de la distinción reside en la distinta cualidad del crédito. En el caso de los privilegios generales es la mayor utilidad de un crédito respecto a otro, motivos de equidad y justicia, etc., los predominantes, por ejemplo, los gastos de enfermedad, de suministro de alimentos, gastos judiciales, etc. Es la garantía más amplia que se puede conceder, y por ello, la causa de que la ley los enumere taxativamente.

Sin embargo, la mayor parte de los privilegios especiales, concretamente sobre los inmuebles, obedecen, como señalaremos al estudiarlos particularmente, a un motivo histórico; haber sido considerada la relación existente entre el crédito y la cosa mueble como una prenda e hipoteca legal. En muy pocos casos la ley considera la utilidad que reporta al deudor el crédito privilegiado sobre la cosa misma. Precisamente esta marcada separación en cuanto a la necesidad de dotar de un privilegio general o especial a ciertos créditos, es lo que lleva a algunos autores a afirmar la prevalencia, en caso de conflicto, de los privilegios generales sobre los especiales, ya que, según ellos, son superiores siempre los motivos de humanidad a las consideraciones materiales o de técnica jurídica.

(9) Ob cit., pág. 221.

4. *Naturalesa jurídica*

De acuerdo con los caracteres que le hemos asignado al privilegio podemos preguntarnos: ¿Tiene o no alguna relación con la cosa del deudor hasta el punto de poder fundar sobre ello un derecho de garantía?

La exposición de la teoría del privilegio en el Derecho romano nos sirve fundamentalmente para ver hasta qué punto el privilegio que conocemos en la actualidad no es sino el que existía en la época romana con las transformaciones—sustanciales—que el antiguo Derecho francés operó en la noción primitiva.

En las fuentes encontramos diversas expresiones al lado del nombre «privilegio», tales como *privilegium quod inter personales actiones veritatur* (D. 23, 3, 74), *privilegia quae personalibus actionibus competunt*. No era más que un simple derecho de preferencia que se ejercitaba cuando se vendían los bienes de un común deudor insolvente. El acreedor privilegiado tenía preferencia solamente sobre los bienes existentes en el patrimonio del deudor en el momento de la *missio in possessionem*, no disponiendo, por tanto, de ningún medio especial para impedir la enajenación que pudiera haberse llevado a cabo por el titular del patrimonio, fuera de los medios del derecho común, como el interdicto fraudatorio y la acción pauliana.

Otros de los inconvenientes graves de los *privilegia exigendi* era la preferencia que para el cobro tenían sobre los mismos los acreedores dotados de garantías reales (10).

Para no hacer ilusoria la mayoría de las veces las facultades dadas a los acreedores privilegiados, de tal manera que su derecho de preferencia se ejercitase sólo frente a los acreedores quirografarios o comunes, se concede en determinados supuestos un derecho de garantía legal, con lo que se produce una doble consecuencia: los beneficiarios no sólo eran preferidos respecto a los acreedores comunes, sino también a los hipotecarios (11). Lo mismo podemos afirmar de las hipotecas llamadas privilegiadas, como eran la del Fisco por sus tributos, la mujer por su dote y la que posee quien ha realizado un gasto sobre una cosa para conservar, restaurar o mejorar la misma (12). Ello procuraba a sus titulares un beneficio inmenso, cual era la no aplicación de la regla básica en los derechos en cuestión *prior tempore, potius*

(10) Código 8, 18, 9: *Eos, qui acceperunt pignora, quum in rem habeant actionem, privilegii omnibus, quae personalibus actionibus competunt, praeferrere constituit.*

(11) Vid. WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, trad. italiana, vol. II. Torino, 1925, pág. 78, nota 2; POPLAWSKI: *Ob. cit.*, pág. 72 y ss.; *I privilegi dei creditori in diritto romano* «Diritto e Giurisprudenza», Nápoles, 1913, núm. 2 y 3.

(12) WINDSCHEID: *Ob. cit.*, vol. I, pág. 891.

jurc. Se atribuye la creación de la hipoteca privilegiada a Justiniano. Este, dice Poplawski (13), tuvo el mérito de precisar y de hacer aparecer la noción en un texto célebre, la constitución «Assiduis» (C. 8, 17, 12), al mismo tiempo que hacía una aplicación concreta creando la hipoteca privilegiada de la mujer casada, existente antes de él (Novela, 97, 3).

En resumen, con la aparición de la hipoteca privilegiada, cuya influencia ha de ser decisiva en tiempos posteriores, podemos ver perfectamente las dos vertientes que tiene el privilegio: una que hace referencia a los simples acreedores quirografarios, y sobre los cuales, solamente sobre ellos, tiene una prelación el titular del mismo, y otra, respecto a los derechos de garantía para resolver la preferencia en caso de colisión. No se confunde de ningún modo y en ningún momento el privilegio con el derecho de garantía. No forma un tono único y distinto. Con agudeza se ha dicho que para evitar confusiones mejor es decir que la ley reconoce un privilegio a una determinada hipoteca, en vez de afirmar que la ley concede a un acreedor una hipoteca privilegiada (14).

En el Derecho antiguo francés, los privilegios *inter personales acciones* del Derecho romano experimentan una transformación. Existe una tendencia poderosa hacia su supresión como tales, es decir, con la poca eficacia que tenían en las fuentes. Esta ineficacia se vería aumentada dada la existencia de un gran número de hipotecas generales que gravaban todos los muebles del deudor, y que procedían de la realización de los contratos por medio de actos notariales. Era sumamente frecuente en los mismos la inserción de una cláusula en virtud de la cual el deudor se obliga con todos sus bienes, y la práctica hizo que omitida ésta en los documentos notariales, se sobrentendiera (15).

Pero la evolución no queda en lo expuesto. La jurisprudencia francesa anterior a la codificación interpretó mal la división que los doctores del derecho común hicieron en los privilegios romano—personales, que eran aquellos que se otorgaban en consideración a la persona del acreedor, y reales, que miraban de modo exclusivo a la cualidad del crédito—(16).

Los autores y la jurisprudencia designaron con el nombre de privilegio real al privilegio añadido a los créditos hipotecarios privilegiados. La hipoteca, pues, se convierte en un elemento del privilegio real. Poplawski (17) explica este hecho por una confusión del lenguaje. Todo el crédito privilegiado constatado en acto auténtico tiene por ello mismo una hipoteca. El privilegio pro-

(13) Ob. cit., pág. 74.

(14) POPLAWSKI: Ob. cit., pág. 75.

(15) ESMEIN: *Etudes sur les contrats dans le tres ancien droit français*, París, 1883, pág. 200 y ss

(16) Vid. CHIRONI: Ob. cit., págs. 149 y ss. y notas 4 de la pág. 154.

(17) Ob. cit., pág. 142.

viene de la causa del crédito, desde luego, y la hipoteca de la forma dada al contrato. Coexisten privilegio e hipoteca. La comodidad del lenguaje, al incluir ambas instituciones en un término sintético, llega a hacer pensar que la afección real resultante de la hipoteca a la cual el privilegio está unido provenía del privilegio mismo y era un efecto de su propia naturaleza. La garantía real ya no es una institución distinta del privilegio propiamente dicho, sino uno de sus caracteres esenciales.

De este modo, la "realidad" del privilegio no designa ya la naturaleza del derecho al cual se une, sino el carácter de garantía real que aquél tiene. El mismo Loyseau, que sigue manteniendo más bien en el terreno de los puros principios la doctrina romana, no puede sustraerse a la corriente dominante en su tiempo, y por ello afirma que la hipoteca privilegiada puede llamarse también privilegio real (18). No es de extrañar, pues, que a la vista de estos antecedentes el Código de Napoleón considere a los privilegios especiales sobre bienes inmuebles dotados de un derecho de persecución—artículo 2.166—.

La doctrina moderna se apoya principalmente en la división de los privilegios en generales y especiales para resolver la cuestión de la naturaleza jurídica. A nuestro juicio, la clasificación de las teorías debe hacerse partiendo de un dato: la unidad o diversidad. Es decir, doctrinas que afirman tener un mismo carácter toda clase de privilegios, o bien, las que distinguen cada uno de ellos en particular, a fin de atribuirles una naturaleza que puede ser idéntica o no.

a) *Teorías unitarias*.—Máximos representantes de la misma son Poplawski y Bonnacase. Para el primer autor citado, todos los privilegios son derechos reales, incluso los generales (19). Reconoce, sin embargo, que en estos últimos la cuestión puede aparecer como más dudosa, por no recaer sobre objetos determinados. Pero no cree que el carácter real del privilegio depende del número de cosas a las cuales afecte. El acreedor privilegiado se presenta a cobrar sobre el precio de los bienes vendidos, importando poco que este precio se obtenga de la venta de un bien o de varios. Por otra parte, consideraciones de orden histórico, como el cambio sufrido en la naturaleza de los privilegios *inter personales acciones* romanos, y otras deducidas del examen de los trabajos preparatorios del Código de Napoleón, permiten apoyar esa conclusión. Además, el legislador de Brumario vino a consagrar la tradición antigua y consideró a los privilegios generales sobre inmuebles como hipotecas privilegiadas, engendrando el derecho de persecución.

(18) Du droit des offices, libro III, capítulo VIII, núms. 19 a 21. París, 1660 cit. por POPLAWSKI, ob. cit., pág. 109.

(19) Ob. cit., págs. 278 y ss.

Respecto a los privilegios especiales sobre muebles, se basa también en el examen de los trabajos preparatorios del Código para mantener su carácter general. A su juicio, hay un dato importante que permite deducir la idea del legislador; la rúbrica que encabeza el título XVII del Código, *Des privilèges et hypothèques*. No es un ligamen puramente formal el que existe entre estas dos figuras, sino que obedece a que tienen la misma naturaleza. Caso contrario, el legislador hubiera hecho en títulos distintos el examen de las hipotecas y de los privilegios. Para Bonnecase, el mejor medio de dar una solución satisfactoria al problema que plantea la naturaleza del privilegio es el seguido por Poplawski, aunque difiere profundamente de él (20). El privilegio no es un derecho, sino una cualidad, una «propiedad» inherente ya a un derecho de crédito, ya a un derecho real de garantía, que se traduce invariablemente por un rango específico de preferencia. Ello lo juzga evidente, desde el momento en que por la ley, al definirlo, se le considera poseedor de un grado superior a la hipoteca, cosa que no ocurriría si el privilegio fuera sólo un derecho real. Se vería expuesto entonces a la ley de la antigüedad para poder alcanzar esa preferencia que se le concede.

La tesis de Bonnecase, aunque el autor la desarrolla con su brillantez característica, tiene precedentes importantes en la doctrina italiana. Así, Chironi (21) distingue dos fases en la vida del privilegio: antes de la realización del valor de la cosa a la que afecta y después. En el primer caso no es un derecho especial. No tiene, como los derechos reales, la facultad de poderse realizar mediante la ejecución especial. Es sólo una cualidad del crédito al cual se une y que la da una especial consideración. En el segundo momento, sí puede hablarse de un derecho real al valor de la cosa, ya que entonces el patrimonio o la cosa son transformados en valor. En análogos términos se expresa Rocco (22), si bien aclara que ese derecho real que recae sobre el valor de la cosa no es más que el derecho al precio, que cualitativamente no difiere del derecho de todo acreedor.

Bianchi sostiene también una tesis unitaria. El privilegio, sin distinguir si es general o especial, tiene el carácter de derecho real (23).

(20) *Elementos de Derecho civil*, trad. esp., vol. II, págs. 616 y ss. Opinión bien difícil de sostener en el Derecho francés, donde el privilegio sobre inmuebles tiene expresamente derecho de persecución, además de que la evolución histórica de la institución en el mismo se ha orientado siempre a la atribución de la naturaleza real.

(21) Ob. cit., págs. 161-162.

(22) *Sulla natura del privilegio del venditore di macchine nel giudizio di fallimento*, «Rivista del Diritto Commerciale», 1906, 2, pág. 137.

(23) *Dei privilegi*. Napoli-Torino, 1924, págs. 126-128 y 137-140.

b) *Teorías pluralistas.*—1) Privilegios generales. Son, según la generalidad de los que sostienen tales teorías, derechos de preferencia sin derecho de persecución, característica de los derechos reales. Falta en ellos un objeto cierto, por lo que el derecho real no surtiría la plenitud de sus efectos. Los privilegios en cuestión no serían más que el derecho de prenda general de los acreedores sobre los bienes del deudor reforzado por ese derecho de preferencia (24). Sin embargo, cuando el privilegio general se ha de ejercitar sobre bienes inmuebles, se afirma por ciertos autores su carácter real (25).

2) Privilegios especiales. La dificultad principal se centra en los que recaen sobre bienes muebles, a causa del principio del artículo 464. Precisamente por ello se niega por cierto sector doctrinal que puedan tratarse de verdaderos derechos reales, al no darse el derecho de persecución, excepción hecha del privilegio del arrendador (26).

Laurent refuta esta opinión. A su juicio, todos los privilegios especiales sobre los muebles son derechos reales. Están dotados de persecución por recaer sobre cuerpos ciertos, y nada obsta a ello la regla del artículo 2.279. La propiedad tampoco puede ser reivindicada contra un tercer poseedor que se hace de la cosa mueble, sin que por ello pueda dejar de decirse que la propiedad mobiliaria no es un derecho real (27).

Modernamente, el Código italiano de 1942 se inclina por el carácter real del privilegio especial, siguiendo en esto a la mayor parte de la doctrina anterior, si bien no de una forma directa,

(24) AUBRY ET RAU: *Cours de Droit civil français*, tomo III, París, 1900-1902, pág. 186; COLÍN Y CAPITANT: *Ob. cit.*, pág. 141; BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES: *Traité théorique et pratique de droit civil*, tomo I, París, 1906, págs. 271-273; GAETANO: *Privilegi*, «Nuevo Digesto Italiano», tomo X, pág. 469; FERRERA junior: *L'ipoteca mobiliare*. Roma, 1932, pág. 102 y ss.

(25) AUBRY ET RAU: *Ob. y loc. cit.*; BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES: *Ob. y loc. cit.*

(26) AUBRY ET RAU: (*Ob. y loc. cit. supra*) sostienen que los privilegios especiales sobre muebles, que están ligados a una prenda expresa o tácita, presentan un cierto carácter de realidad, en tanto son susceptibles de ser invocados contra un tercer adquirente aún no puesto en posesión de las cosas a las que el privilegio afecta. Sin embargo, no pueden ser ejercitados por vía de persecución contra terceros detentadores; BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES: *Ob. cit.* Según estos autores sólo gozan de derecho de persecución los privilegios especiales sobre inmuebles, las hipotecas y los privilegios generales sobre inmuebles. Presentan un carácter completo de realidad.

(27) *Principes de Droit civil*, Bruxelles, 1878, tomo XXIX, pág. 357; POPLAWSKI: *Ob. cit.*, pág. 292 y ss.; BIANCHI: *Ob. cit.*, pág. 114; GERMANI: *Sulla natura giuridica dei privilegi*, «Rivista di diritto agrario», 1934, 4) tribuye carácter real a los privilegios que van acompañados de la detención material de la cosa por el acreedor o basados en una situación especial de la misma.

en cuanto que esta conclusión es deducible de la oponibilidad del mismo a los derechos adquiridos por terceros con posterioridad al nacimiento de aquel—art. 2.747—. Esta es la opinión de autores como Gaetano (28) y Barassi (29). Posición original mantiene sobre la naturaleza de los privilegios especiales sobre muebles Ferrara, junior. A su juicio, son derechos reales de garantía, formas embrionarias de hipotecas mobiliarias, con una gran publicidad de hecho, dependiente de la situación local de la cosa sometida a garantía (30). Afirma que los privilegios mobiliarios especiales eran conocidos en el derecho romano bajo el aspecto de verdaderos derechos de garantía, y cita como ejemplo el privilegio del arrendador y la hipoteca por los gastos de conservación. La objeción que se hace corrientemente contra la naturaleza real de estos privilegios—la falta de derecho de persecución—es inoperante. Basta recordar el privilegio del arrendador. Además, el derecho de persecución no es un carácter esencial del derecho real, ya que entonces la prenda no sería un derecho real, porque carece de derecho de persecución. El derecho de persecución significa que la ley concede una protección absoluta al derecho, subordinada a ciertas condiciones. La posesión de la cosa vinculada es esencial para la existencia de la prenda. En los privilegios cumple la misma función que este requisito la colocación de la cosa en una situación determinada, el *status loci*.

c) *Teoría procesalista*.—Carnelutti (31) sostiene que el privilegio no es una cualidad o modalidad del derecho de crédito, sino una cualidad procesal, no material del crédito. Frente al deudor no existe diferencia entre los acreedores comunes y los privilegiados. Está obligado a pagar a ambos con todos sus bienes. Ni siquiera frente a los demás acreedores se puede reconocer al acreedor privilegiado un derecho si el término correlativo de derecho es la obligación. Es solamente el Estado quien tiene la obligación de entregar a los acreedores privilegiados el importe de la obligación antes que a los acreedores comunes. La acción ejecutiva privilegiada—afirma el maestro italiano—sería como una acción de primera clase.

Siguiendo esta misma línea, Garbagnati ve en todo privilegio «una particular cualidad de la acción ejecutiva, en méritos de la cual el acreedor privilegiado tiene, frente al órgano jurisdiccional, el derecho a que el resultado de la expropiación sea atribuido a él antes que a los acreedores quirografarios» (32). Gorla, re-

(28) *I privilegi*, cit., pág. 50.

(29) *Instituciones de Derecho civil*, trad. esp., tomo II, Barcelona, 1955, pág. 503. En igual sentido, ANDRIOLI: *Privilegi* (*Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*), Bolonia-Roma, 1954, pág. 64.

(30) Ob. cit., págs. 116 y ss.

(31) *Diritto o processo nelle teoria delle obbligazioni*, en «Studi di diritto processuale», vol. II, Padua, 1928, pág. 280.

(32) *Il concurso di creditori*, 1938, pág. 285.

chazando la tesis procesalista respecto de la hipoteca y prenda, la mantiene para los privilegios. El privilegio para él hace referencia solamente al momento procesal ejecutivo, no siendo más que ejecución más enérgica (33).

d) *La cuestión en el Código civil.*—El problema de la naturaleza jurídica del privilegio de nuestro Derecho se ve dificultado por varias razones. Por una parte, nuestro legislador, aunque inspirado en el modelo francés y en el Proyecto de 1851, ha copiado de modo un tanto arbitrario los privilegios enumerados en ambos cuerpos legales como veremos en su momento, dando lugar a una confusa redacción que puede ser la causa de que se mantenga una determinada tendencia de las señaladas anteriormente. Por otra parte, el sistema de los privilegios inmobiliarios difiere profundamente del francés (34).

Como argumentos que fundamentarían el privilegio especial como derecho real—ya que el general no hay duda que constituye un simple derecho de preferencia sin ninguna otra especialidad—, indicamos los siguientes:

a) La relación directa e inmediata con la cosa, de tal manera que desaparecida ésta, se extingue el privilegio. El mismo Código, al referirse a los privilegios especiales, habla de *determinados bienes muebles* o de *determinados bienes inmuebles*. No deja tampoco de mencionar en el articulado concreto del 1922 a las *cosas* como objetos de la preferencia.

b) La concesión por el núm. 7 del 1922 del derecho de persecución al privilegio del arrendador.

Sin embargo, un análisis detenido de tales argumentos nos muestra su endeblez.

En efecto, aunque la expresión del Código en este punto sea causa de que se estime la existencia de una verdadera afectación de la cosa, ello hay que atribuirlo a la impropiedad del lenguaje

(33) *La garanzia reali dell'obbligazione*. Milán, 1935, pág. 9-10.

(34) El Derecho francés conoce—artículo 2.103—: el privilegio del vendedor de inmuebles; el de los coherederos o copartícipes sobre inmuebles de la herencia para la garantía de las participaciones y de la equivalencia de lotes, e igualmente para el pago del precio de los inmuebles sacados a licitación; el privilegio de los arquitectos, contratistas y albañiles y demás obreros sobre el incremento del valor experimentado por el inmueble con motivo de los trabajos realizados por ellos. El artículo 2.111 concede el llamado privilegio de separación de patrimonios a los acreedores hereditarios y legatarios. La aceptación pura de la herencia por el heredero hace que se confundan el patrimonio del difunto y el suyo con riesgos de los acreedores del difunto y legatarios de no cobrar si el heredero tiene acreedores personales. Por ello se le concede a aquéllos el derecho de solicitar la separación del patrimonio del difunto del patrimonio del heredero. En nuestro Derecho, por el contrario, el estudio de la preferencia en los inmuebles se hace en Derecho hipotecario. No se reconocen estos privilegios de manera independiente. Por ello omitimos su examen en este trabajo, dada la gran elaboración de la materia, que puede verse en cualquier tratado de Derecho hipotecario.

usado. Los privilegios recaen sobre el precio que se obtiene de determinados bienes. Sobre esa cantidad se ejercita la preferencia implícita en el privilegio. Pudiera pensarse que la misma situación se da en la hipoteca o prenda. Sin embargo, existe en estos derechos una limitación o gravamen sobre la cosa que no se da en privilegio. Incluso autores que no dejan de afirmar para el privilegio la naturaleza de derecho real, no admiten esa relación con la cosa que se da en la prenda o en la hipoteca para el privilegio (35). Ahora bien, si la ley misma dota a un determinado privilegio como el de arrendador del derecho de persecución, ¿por qué no va a admitirse idéntica cosa para los demás privilegios? Gaetano, con referencia al Código italiano derogado, pensaba en la expansión de esta facultad del arrendador, porque, a su juicio, el legislador no podía haber creado dos clases de privilegios, unos dotados de derecho de persecución y otros no, lo que no parece admisible (36).

Desde un punto de vista de interpretación estrictamente literal parece dudoso el circunscribir al privilegio del arrendador el derecho que consigna el p. 2 del núm. 7. Con razón observaba Manresa que, colocado en párrafo aparte, lo mismo puede referirse al núm. 7 que como disposición relativa a todas las causas de preferencia (37). En lo que no estamos de acuerdo con el ilustre comentarista es en la posibilidad de una aplicación analógica a supuestos distintos del arrendamiento basado en que «la razón de derecho es la misma en todos los casos». Los precedentes históricos lo niegan.

En el Derecho romano se consideró que los muebles introducidos en los precios urbanos estaban afectados a un derecho de prenda tácito (38), del mismo modo que los frutos en los predios rústicos (39), derecho de garantía que no tenía más objeto que satisfacer en su momento los créditos del arrendador. Para la protección de éste se acuerda en un primer momento el interdicto Salviano, en cuya virtud podía tomar eventualmente posesión de los instrumentos de cultivo introducidos por el colono en el fundo. Un límite, sin embargo, se imponía a ese derecho: que los *inveicta e illata* se encontrasen en el fundo y no hubiesen pasado a manos de tercero. Posteriormente, con la *actio Serviana* se le concede contra cualquier tercero *una actio in rem* (40). La moder-

(35) Vid. BIANCHI: Ob. cit., pág. 127.

(36) *Privilegi*, en «Nuovo Digesto», cit., 470.

(37) *Comentarios al Código civil*, tomo XII, Madrid, 1921, págs. 731.

(38) Dice NERACIO (D. 20, 2, 4): *Eo iure utimur, ut quae in praedia urbana inducta, illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit; in rusticis praediis contra observatur.*

(39) Afirma POMPONIO (D. 20, 2, 7): *In praediis rusticis fructus, qui ibi nascuntur, tacite intelliguntur pignori esse dominio fundi locati, etiam si nominalim id non convenerit.*

(40) Vid. sobre esta materia, A. ASCOLI: *L'origine dell'ipoteca e l'interdictum Salvianum*, Livorno, 1887, especialmente págs. 53 y ss.

na doctrina, fiel a este precedente histórico, corroborado después en el antiguo derecho francés por Pothier (41), admite que el privilegio del arrendador se basa en una prenda tácita (42), o bien, con técnica más moderna, constituye una prenda legal sin desplazamiento, en la que la publicidad de la desposesión queda sustituida por el *status loci* (43).

Es decir, si el derecho de persecución se explica en virtud de esa relación de garantía, no cabe duda que no podrá surgir en aquellos casos en los que no existe tal derecho, aunque sea de forma tácita, como en los supuestos del núm. 1 y núm. 6, cuyo fundamento se encuentra únicamente en la idea de no permitir un enriquecimiento indebido. Y en los restantes, donde se puede percibir fácilmente un derecho de garantía tácito o expreso, observamos que el ejercicio del privilegio se *condiciona* a que las cosas se encuentren en poder del acreedor—privilegio del acreedor pignoraticio, del transportista, aunque se admite que dura treinta días después de la entrega. Con más claridad y precisión se expresa el nuevo Código italiano en este punto. No obstante conferir también ese privilegio persecutorio al arrendador, para los demás mantiene el principio general de que para su ejercicio la cosa afectada por él ha de encontrarse en una especial situación: los muebles en la posada, etc. Sólo así puede ser opuesto el privilegio a terceros.

(41) *Tratado de la locación-conducción*, trad. esp. Barcelona, 1814, páginas 111-127.

(42) AUBRY ET RAU: Ob. cit., pág. 226; BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES: Ob. cit., pág. 357; PLANIOL Y RIPERT: Ob. pág. 145; COLÍN Y CAPIANT: Ob. cit., pág. 159; BIANCHI: Ob. cit., pág. 325; LUZZATI: Ob. cit., pág. 406; LAURENT: Ob. cit., pág. 409. El B. G. B. en el párrafo 559 dice: El arrendador tiene en garantía de sus créditos derivados de la relación arrendaticia un derecho de prenda sobre las cosas del arrendatario introducidas.

El problema fundamental que plantea esta concepción es el de explicar cómo puede existir prenda si no hay desplazamiento de la posesión ya que el arrendatario que introduce los muebles sigue siendo poseedor de ellos. PLANIOL Y RIPERT (ob. cit., 144) estiman que existen dos posesiones: la del arrendador de forma indirecta, y la del arrendatario, limitada por el derecho de prenda de aquél. Esta dificultad de conciliar las dos posesiones es lo que lleva algunos autores a ver en el privilegio del arrendador un caso de hipoteca mobiliaria: CHIRONI: Ob. cit., págs. 253 y ss., ve en la acción del arrendador para perseguir los muebles una especie de medida conservativa de aquella parte del patrimonio del arrendatario sobre la cual podrá ejercitar el privilegio. Pero como no puede hacerla derivar de un derecho de prenda, ni de hipoteca, ni de retención—porque a su juicio no se dan los elementos necesarios para ello—se ve obligado a afirmar que se trata de un residuo histórico, en vista que desde el Derecho romano el arrendador gozaba de ella.

(43) VALLEY DE GOYTISOLO: *Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento*, «Revista de Derecho Privado», 1953, tomo XXXVII, pág. 512; GAETANO: *Il privilegio cit.*, pág. 123, considera el privilegio del arrendador como un caso de hipoteca legal sobre muebles.

Por otra parte, el Código francés—artículo 2.102, núm. 1—y el Código italiano de 1865—art. 1.958, núm. 3—colocan esta facultad de persecución del arrendador al regular su privilegio, de acuerdo con los precedentes históricos. A nuestro juicio, la confusión se produce por haber redactado nuestro legislador el privilegio dotado de esta facultad en el último lugar, pudiendo hacer pensar que no es un párrafo íntimamente vinculado con el primero del núm. 7, sino con todos los anteriores casos. No encontramos ninguna razón para afirmar que el Código ha querido apartarse de todos los precedentes históricos y legislativos para dar una norma de tanta trascendencia como la reipersecutoriedad de los privilegios mobiliarios. Quizá pudiera pensarse en que la regla que privó de eficacia reipersecutoria a los privilegios en el antiguo Derecho francés, *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* (44), no juega en la actualidad desde el momento en que se admite la hipoteca mobiliaria. Pero, ¿pensó el legislador de 1889 en esta realidad actual y previéndola quiso mantener un criterio totalmente distinto al que se había seguido hasta entonces? No nos cabe duda de la negativa.

Pero vamos, por un momento, a prescindir de todas estas poderosas razones y explicar el privilegio especial como un derecho real. ¿Cómo entonces podríamos conciliar esta teoría con el número 4 del artículo 1.926 por el cual los créditos privilegiados que no son los enumerados en los tres párrafos anteriores de ese mismo artículo han de concurrir a prorrata para su satisfacción? Si se tratase de derechos reales, la misma estaría en relación con la regla fundamental en estos derechos: *prior tempore, potius jure*. Pudiera tal vez objetarse que, rigiendo en nuestra materia el principio general *privilegia non ex tempore aestimantur sed ex causa*, no cabe la aplicación de esa norma de preferencia entre los derechos de garantía. Pero si esto es cierto, no lo es menos que debe aplicarse cuando se trate de varios privilegios sobre una misma cosa, cuyo orden de graduación se establece teniendo en cuenta su causa, pero no cuando existen unos mismos privilegios con igual causa. La aplicación de la mencionada regla ya la hace el artículo 1.926 en sus tres párrafos anteriores.

A nuestro juicio hay que hacer tres divisiones fundamentales en los supuestos contemplados en el 1.922 para poder averiguar la naturaleza del privilegio, según estén ligados o no a un derecho de garantía.

1.º Privilegios que tienen por base un derecho de prenda expreso: los números 2 y 3, es decir, los créditos garantizados con prenda o fianza de efectos o valores constituida en establecimiento público. En ellos se dan las características de los derechos

(44) Vid. sobre esta materia, VALETTE: *De la règle que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque*, en «Rev. de Droit français et étr.», 1845.

reales: preferencia y persecución. Pero notemos cómo el privilegio en este caso no tiene sustantividad. La preferencia es una consecuencia de la creación por las partes del derecho real. En una palabra, constituye una cualidad del derecho real que garantiza el crédito.

2.º Privilegios fundados sobre un contrato de prenda tácita. Así se considera por la doctrina el crédito del porteador—número 4—y del arrendador—número 7—. Tiene estos créditos privilegiados un derecho de persecución de distinta naturaleza según estudiaremos en lo relativo al plazo y a la protección de terceros de buena fe. El privilegio no cambia por ello de naturaleza, convirtiéndose en un derecho real. Supone una cualidad de ese derecho de prenda.

3.º Privilegios que reposan sobre un derecho de retención. El ejemplo de ellos es el del hotelero—núm. 5—. El crédito por hospedaje de naturaleza personal tiene una preferencia sobre los muebles introducidos en la posada. Para poder hacer efectiva esa preferencia el hotelero goza de un derecho de retención sobre esos objetos.

4.º Créditos privilegiados basados en la idea de evitar un enriquecimiento: los supuestos de los números 1 y 6. En ellos aparece el privilegio simplemente como derecho de preferencia.

De todo ello resulta que el artículo 1.922 considera el privilegio como algo sin sustantividad, sin formar un derecho personal ya sea personal o real. Los créditos favorecidos son simplemente créditos preferentes respecto a otros. Solamente es de destacar el privilegio del arrendador. Constituye una figura jurídica muy afín a un verdadero derecho real de garantía, ya que al crédito no se añade tan sólo la preferencia, sino el derecho de persecución, aunque de forma limitada. Da origen para su defensa a la reipersecutoriedad, característica de los derechos reales. Falta, sin embargo, algo fundamental: el *jus distrahendi*. El arrendador no puede dirigirse directamente, como si fuera titular de un derecho de hipoteca, contra los muebles del deudor. Con razón dice Gorla que los privilegios difieren de las garantías reales desde el punto de vista natural, en cuanto que no aseguran que un determinado bien pueda ser objeto de una acción ejecutiva, sino que en el caso de que el mismo sufra la ejecución, el importe de la liquidación deberá ser pagado preferentemente al acreedor privilegiado (45). Sobre este punto nos parece artificial, aunque ingeniosa, la opinión de Ferrara junior, para mantener el *jus distrahendi* y, por tanto, afirmar la naturaleza real del privilegio. Opina que si en la prenda el *jus distrahendi* puede hacerse valer contra todo adquirente de la cosa pignorada, también en el

(45) Ob. y loc. cit. supra.

privilegio el *jus distrahendi* puede hacerse valer contra todo adquirente, siempre que la cosa no haya sido sacada del lugar donde se encuentra (46). ¿Cómo se puede decir que tiene un derecho de persecución en este caso el acreedor privilegiado, habida cuenta de que ese *jus distrahendi* es para el autor citado una de las formas de entender la reipersecutoriedad, siempre y cuando la cosa no salga de la posesión del deudor? Por lo tanto, estimamos erróneo el planteamiento del problema de la naturaleza jurídica de los privilegios partiendo de la sustantividad de los mismos. El derecho de preferencia, que es lo que en sí es el privilegio, no se configura como un derecho real, aunque en un determinado momento histórico—el antiguo Derecho francés—ciertos privilegios como los mobiliarios nacen en sustitución de derechos de garantía. Para los antiguos autores del derecho de costumbres, dicen Planiol y Ripert (47), el vocablo privilegio engloba en materia mobiliaria todas las excepciones a la regla «muebles no pueden ser perseguidos por hipoteca», es decir, todos los derechos de preferencia derivados de la afección especial de un mueble al pago de una deuda, sea esta afección obra de las partes o de la ley. Había necesidad de dar un nombre a las causas de preferencia que los acreedores podían adquirir convencionalmente sobre los bienes del deudor, y no siendo posible llamarles «hipotecas» se llegó—por un abuso del lenguaje fácilmente comprensible—a llamar privilegios a todas las garantías sobre muebles, constituyesen o no un verdadero derecho real.

De Buen tampoco atribuye al privilegio una naturaleza única, dependiente de sus cualidades intrínsecas. Tendrá carácter personal cuando vaya unido a un derecho personal, y real, en el supuesto de que lo sea a un derecho real (48). En realidad, incurre el ilustre jurista en el error combatido por Chironi: hacer depender esta cuestión de circunstancias extrínsecas a la institución. El privilegio, decía el autor citado, ha de ser un derecho real o personal *per se*: afirmar que es derecho real cuando concurre con el derecho de prenda sobre la cosa no resuelve bien la cuestión o, mejor dicho, la resuelve en un sentido contrario al que se quiere; si se dice que es derecho real si va unido a un derecho real de garantía, se declara que la realidad depende de este elemento y no del primero, el cual, no obstante esa unión, sigue siendo un derecho personal (49). Pero, aun no admitiendo esta ar-

(46) Ob. cit., pág. 119, nota 1.

(47) Ob. cit., págs. 10 y 139-140.

(48) Ob. cit., pág. 221: «Cuando el derecho de preferencia es un derecho personal—por ser emanación de un crédito no revestido de garantía real—no puede oponerse a los derechos reales; cuando, en cambio, tiene naturaleza de derecho real—afirma DE BUEN—podrá oponerse a los derechos reales, según las reglas establecidas en la doctrina general de estos derechos.»

(49) Ob. cit., pág. 143.

gumentación, la tesis de De Buen incurre en el defecto de no haber analizado previamente las diferentes situaciones de donde procede el privilegio. Como veremos a continuación, hay casos en los que la preferencia deriva de un derecho real. No es ella misma un derecho real, ni se puede predicar otros caracteres de estos derechos como la reipersecutoriedad, sino del derecho de donde emana. Por otra parte, hay privilegios que acompañan a derechos personales—los créditos por semillas y gastos de cultivo y recolección—que se oponen a derechos reales—la prenda sin desplazamiento—(50).

5. *Transmisión del privilegio.*

Siendo el privilegio un accesorio del crédito, no hay duda alguna que por imperativo del artículo 1.528 ha de transmitirse conjuntamente. El privilegio destinado a garantizar un crédito no se puede ceder por la voluntad de las partes para asegurar otro distinto. Ya hemos indicado el carácter marcadamente taxativo que tiene, aunque ello no es obstáculo para que un acreedor pueda renunciar a su privilegio y beneficiar de modo indirecto a aquellos a quienes perjudicaba. Además, como argumento que refuerza más la no posibilidad de cesión aislada, no olvidemos que el artículo 150 de la Ley Hipotecaria no permite la transmisión de la hipoteca sin el crédito, es decir, a pesar de que la voluntad individual llega aquí a crear el derecho real, la ley coarta la libre disposición del mismo en ese sentido. Con más razón ha de estimarse la misma solución en el privilegio, que es una pura creación legal.

Lo dicho sobre la cesión puede afirmarse de la subrogación en virtud del artículo 1.212.

Una excepción es de destacar en esta materia. Según la regla sexta del artículo 59 de la Ley del Contrato de Trabajo «las demandas sobre los créditos a que se refiere este artículo no podrán interponerse sino por el obrero, dependiente o empleado acreedor o sus herederos». Puede plantearse la duda de si en vista de este precepto cabe una cesión del crédito o, por el contrario, queda prohibida. A juicio de Herrero Tejedor no prohíbe la norma la transmisión de tales derechos, sino únicamente imposibilita que el adquirente se aproveche de una prelación que no ha sido concedida en su beneficio. Puede aducirse que el crédito

(50) El artículo 66 de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento dice: «No obstante lo dispuesto en el artículo 10 serán satisfechos con prelación al crédito pignoraticio: 1.º Los créditos debidamente justificados por semillas, gastos de cultivos y recolección de las cosechas o frutos; 2.º Los de alquileres o rentas de los últimos doce meses de la finca en que se produjeron, almacenaron o depositaron los bienes pignorados.

se transmite con todas sus condiciones accesorias, pero ello es cierto sólo en parte; porque la razón que motiva la prelación es de tipo social, y por ello no puede seguir produciendo efectos en el campo del derecho común, donde el tal espíritu protector no tiene por qué existir (51).

6. Ejercicio del privilegio.

El problema fundamental que se plantea en torno a este epigrafe es el saber si el privilegio ha de ser ejercitado en el concurso de acreedores o bien cabe una actuación extraconcursal.

En el Derecho romano los *privilegios exigendi* surten sus efectos en la *venditio bonorum* o en el procedimiento de ejecución de fecha posterior la *distractio bonorum*. Lo que si es cierto es que los mismos no se ejercitan más que hasta el momento de la realización de bienes del deudor y de la distribución del precio. Los textos relativos a los privilegios se encuentran reunidos en el Digesto en un título: «De rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendendis» (42,5) (52).

Como argumento favorable a la realización concursal tenemos la colocación de los artículos 1.922 y siguientes. Se hallan situados a continuación del capítulo que contiene las disposiciones generales relativas al concurso de acreedores. Vallet de Goytisoló (53) indica como razones favorables al ejercicio extraconcursal otros detalles de situación de preceptos. «No hay que olvidar—dice—los precedentes históricos de estos créditos privilegiados que enumera el artículo 1.922 del Código civil. El proyecto de 1851... no dedicó disposición alguna al concurso de acreedores. Su capítulo II lleva el título «De los privilegios». Y en el Código de Napoleón... el libro III, título XVIII, regula conjuntamente los privilegios y las hipotecas. Tampoco debemos olvidar que entre los créditos privilegiados con relación a determinados bienes muebles se recogen varias de las antiguas prendas o hipotecas legales. Y que el Código civil no señala la prelación de la prenda y de la hipoteca en su título correspondiente (cap. II, tit. XI del libro IV), sino precisamente en los artículos 1.922 y 1.923. Prolación que normalmente se hace efectiva extraconcursalmente.»

Nos parecen poco seguras estas razones, aparte del valor relativo que generalmente tienen los criterios basados en la colo-

(51) *Problemas procesales que plantea la prelación de créditos de los trabajadores*, «Revista de Derecho Privado», 1951, pág. 316. En igual sentido respecto al Derecho italiano, MOSSA CASTIGLIA: *Intorno alla surroga nel credito privilegiato del lavoratore*, «Nuova Rivista di diritto commerciale», 1956, vol IX, págs. 3 y ss.

(52) POPLAWSKI: Ob. cit., pág. 61 y nota 1.

(53) Ob. cit., pág. 532, nota 195.

cación de las normas. El sistema francés en materia de privilegios es diferente al nuestro, como hemos visto. En él tiene esta institución un vigor y fuerza de derecho real propiamente, sobre todo en lo que respecta a los inmuebles. Por ello puede sostenerse con éxito el ejercicio extraconcursal, de la misma manera que la hipoteca. El Proyecto de García Goyena es en esta materia reproducción casi total del francés, y su valor, para la cuestión que nos ocupa, no es absoluto desde el momento en que el Código civil ha regulado el concurso de acreedores, desconocido en el Proyecto. La inserción del decreto de prenda en materia de privilegios ha sido, según diremos, un error que no es posible tomarlo como base para proclamar su ejercicio como extensivo a todos los privilegios que pueden tener distinta naturaleza. Desde luego, el acierto de Vallet está, a nuestro juicio, en apoyarse en precedentes históricos, concretamente en notar que el Código recoge prendas o hipotecas legales antiguas. Es éste el punto fundamental para su solución extraconcursal. El privilegio se ha transformado en el antiguo Derecho francés para convertir a los créditos que acompañan en una especie de créditos asegurados con garantía real incompleta, al faltarle requisitos esenciales a éstas. Ejercitándose las mismas fuera de concurso no vemos inconveniente alguno en que una institución casi de una misma naturaleza pueda hacerse efectiva del mismo modo. Por otra parte, ¿qué utilidad tendría el privilegio, en realidad, si su titular tuviese que esperar al concurso para poder ejercitar su preferencia sobre el precio?

El Tribunal Supremo ha reconocido el ejercicio de los privilegios extraconcursalmente. En la sentencia de 29 de octubre de 1927, afirmó que los artículos 913 y 914 del Código de Comercio sólo tienen aplicación cuando se declara la quiebra de un comerciante y que «no se concibe, dada la estructura de la legislación mercantil y la finalidad que prosiguen los preceptos relativos al juicio de quiebra, que dos acreedores puedan discutir en un juicio singular para establecer preferencias en el cobro de sus créditos». Pero como clara alusión a los privilegios especiales, excepciona los casos «en que un acreedor tiene derecho preferente a hacer efectivo un crédito en determinados bienes del deudor en virtud de una declaración expresa de la ley». Más concretamente: la sentencia de 11 de febrero de 1928 resuelve un supuesto en el que se pretendía que las normas reguladoras de la prelación de créditos no eran aplicables cuando se trataba de una tercería de mejor derecho interpuesta, sino cuando el deudor se hallaba en estado de quiebra o concurso. Declara que el número 3 del artículo 1.924 es aplicable a los casos de tercería de mejor derecho con independencia de la solvencia e insolvencia del deudor ejecutado. Se puede afirmar, por tanto, que en la misma

situación se encontrarán cuantos preceptos aluden a regular la preferencia de créditos (54).

7. *Extensión a los intereses y costas.*

Los créditos a los que la ley otorga una preferencia pueden devengar intereses. En este caso, ¿han de gozar de la prelación acordada al crédito principal o bien el acreedor actuará por estos conceptos como un acreedor quirografario?

En realidad, de *lege ferenda* no habría inconveniente en la extensión del privilegio. Tratándose de preferencias convencionales, se ha considerado siempre conveniente extender la garantía concedida al crédito principal a los intereses y costas. Teniendo en cuenta que los privilegios son garantías acordadas por la ley, ¿no resulta lógico aplicar los mismos principios?. Por otra parte, los intereses, elementos accesorios de otro principal, crédito, ¿no deben de seguir la suerte de éste? Pudiera fundarse la solución positiva, además, en el número 2 del art. 1.922. Si como se deduce del artículo 1.871 la prenda garantiza los intereses también, y siendo causa de preferencia este derecho real, no hay duda que la prelación también alcanza a ellos.

Sin embargo, siendo los privilegios por principio general de interpretación restringida, no puede extenderse su campo de aplicación si no media disposición expresa, de la misma manera que para el caso de la hipoteca lo preceptúa el artículo 114 de la Ley Hipotecaria (55).

8. *Los privilegios y el derecho de retención.*

No cabe confundir ésta dos figuras jurídicas. El derecho de retención tiene un algo de preferencia frente a los demás acreedores, que no tiene carácter legal como el privilegio. Dice Vélez Sársfield que el derecho de retención no es propiamente un privilegio; pero bajo algunas relaciones, como una afectación especial de una cosa del deudor, es una causa de preferencia a beneficio de un acreedor contra los otros acreedores. Existe entre la retención y el privilegio una diferencia muy notable. El derecho de preferencia tiene lugar en todos los casos, es decir, aunque la cosa gravada con el privilegio se haya convertido en dinero. Que haya sido vendida a instancias de otros acreedores del deudor o por el acreedor privilegiado; en uno y otro caso el privilegio produce su efecto ordinario. Pero no así el derecho

(54) PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil*, tomo IV, vol. 1, pág. 319; nota 14) afirma que el acreedor aislado puede hacer su preferencia en tercia de mejor derecho.

(55) Vid. artículo 340 del Código de Comercio.

de retención. El propietario puede disponer de la cosa retenida, mas como no puede transferir sino su derecho, tal como le tiene, si la enajena, el que adquiere la cosa, siendo sucesor singular del propietario, está obligado como éste a entregar al tenedor de ella el importe de su crédito, lo que verdaderamente le constituye un derecho de preferencia sobre los otros acreedores (56). Además, la retención implica la posesión de la cosa retenida, cosa que es totalmente improcedente en algunos privilegios.

9. Extinción del privilegio.

Nuestro Código guarda silencio en torno a esta materia. Sin embargo, a pesar de no existir normas especiales, por aplicación de los principios generales e interpretación de los artículos 1.922 y siguientes, se pueden llegar a establecer los siguientes modos:

a) Renuncia del acreedor. Como ventaja particular que es el privilegio puede ser renunciado por el acreedor.

b) Destrucción de la cosa afectada por el privilegio. Ahora bien, si esa destrucción o pérdida de la cosa—a que se puede equiparar la expropiación—ha dado lugar a una indemnización, ¿cabe extender el privilegio a ella? A nuestro juicio, la solución afirmativa se impone. Si hacemos depender ésta de la naturaleza del privilegio no cabe duda que el precio sucederá a la cosa pericidada, si estimamos que el privilegio no es más que un derecho *ad valorem*. Como dice Carnelutti, a nadie se le ocurre dudar que si el acreedor privilegiado ha obtenido con el procedimiento ejecutivo singular o concursal la conversión de la cosa sujeta a privilegio en dinero, éste debe estar sometido a la satisfacción del crédito. Lo mismo hay que decir en otros casos. El procedimiento ejecutivo es el medio normal para obtener la conversión en dinero, pero es medio al fin, no medio en sí mismo. La razón del privilegio está en la cualidad del crédito, no en el procedimiento ejecutivo. Este es sólo un accidente (57).

Para los sostenedores de la naturaleza real del privilegio ha de producirse igualmente la subrogación en virtud del juego de este principio en los derechos reales de garantía (58).

(56) Nota del artículo 3.939 del Código civil argentino.

(57) *Conversione in denaro della cosa sogetta a privilegio*, «Rivista del Diritto Commerciale», 1923, 2, pág. 401.

(58) ROCA SASTRE: *La subrogación real*, «Revista de Derecho Privado», 1949, tomo XXXIII, pág. 302. En los supuestos «en que el propietario de la cosa gravada parecida tenga derecho a percibir una indemnización, parece natural—afirma el ilustre hipotecarista—que los acreedores pignoratícios, hipotecarios o anticresistas (así como los que tienen créditos singularmente privilegiados sobre la cosa parecida), gocen del mismo derecho de prelación, preferencia y persecución sobre el importe o suma de la indemnización».

Por otra parte, de la aplicación de los elementos propios de la subrogación real se deduce que el precio de la indemnización ha de estar afecto a la misma responsabilidad que la cosa. Como se señala por la doctrina (59), la subrogación debe admitirse siempre que se trate de conservar para su destinación el valor de un bien sometido a una afectación especial.

La solución es distinta para los privilegios generales. Ellos no gozan de esa afectación determinada. El acreedor puede dirigirse sucesivamente contra todos los bienes del deudor, no perjudicándole, por tanto, la desaparición de algunos de ellos.

a) Salida de la cosa del patrimonio del deudor. Es un medio de extensión de algunos privilegios en los que se exige una determinada situación de la cosa para su ejercicio. Así el número 5 y número 1 del artículo 1.922.

d) La absorción de la cosa especialmente afectada al privilegio por otros créditos privilegiados. Se puede deducir ello del artículo 1.928 Los privilegios especiales no satisfechos por entero se equiparan para su pago a los privilegios generales y a aquellos créditos cuyo privilegio hubiese prescrito.

e). Prescripción. Cuando no se ejercita en el plazo señalado por la ley, como el del portador, que dura treinta días después de la entrega de la cosa transportada.

II. CONSIDERACIONES SOBRE LOS PRIVILEGIOS MOBILIARIOS

1. Privilegio del crédito por construcción, reparación, conservación o precio de venta de bienes muebles.

En el Derecho romano nos encontramos con disposiciones que de una manera directa se refieren a los créditos refaccionarios sobre inmuebles o naves, pero no sobre muebles. Solamente se enuncia por Ulpiano la regla de que en ciertos casos el acreedor posterior es preferido al anterior si para conservar la cosa misma se gastó lo que el siguiente prestó, porque el dinero de éste salvo la existencia de la cosa (60).

¿Confería un simple privilegio personal para ser ejercitada antes que los acreedores quirografarios o bien una hipoteca tácita? Esa es la cuestión que ha dividido a los intérpretes. Parece que

(59) ROCA SASTRE: Ob. cit., pág. 284; BONNECASE: Ob. cit., tomo III, pág. 28, dice: «La subrogación real es una institución jurídica esencialmente relativa a un patrimonio, considerado en un momento dado de su existencia, en sus elementos concretos e individualizados...» El subrayado es nuestro.

(60) D. 20, 4, 5: «Interdum posterior potior est priore, utputa si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens creditit, veludi si navis fuit obligat, et armandam eam rem vel reficiendam ego credidere. D. 20, 4 6: «Huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam: quod poterit quid admittere, et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva perveneri non poterat.»

la solución predominante es que no confería más que un simple privilegio personal, que era pospuesto a los acreedores hipotecarios (61).

En el antiguo Derecho francés se conocían aplicaciones del mismo, aunque no tenía el carácter de regla general. Quizá por ello en el proyecto primitivo del Código civil ni se hablaba de él, siendo la intervención del Tribunado la que añadió el párrafo 3 del artículo 2.102, en cuya virtud son privilegiados los gastos hechos para la conservación de la cosa. El fundamento jurídico de este privilegio, a nuestro juicio, está condicionado por la dición de los respectivos Códigos. Así, el Napoleón manifiesta escuetamente que gozan de privilegio los gastos por la conservación de la cosa. Los autores son unánimes en el sentido de considerar la prohibición del enriquecimiento sin causa como fundamento del mismo. Si el que ha dado dinero para conservar la cosa es pospuesto a los demás acreedores, éstos obtienen un beneficio a su costa que es necesario evitar (62). Sin embargo, el Código italiano de 1865, aunque inspirado en el modelo francés, llega a una precisión mayor respecto a la determinación de este privilegio. No sólo admite el privilegio para los gastos de mejoramiento de la cosa, sino que exige de modo tajante para su ejercicio, que la cosa se encuentre todavía en poder de aquel que ha hecho los gastos. No es de extrañar que la doctrina se oriente hacia la conceptualización de privilegio fundado es una prenda tácita (63). La posesión de la cosa en poder del acreedor es requisito idéntico al que se exige al acreedor pignoraticio de la prenda normal para el ejercicio del derecho de preferencia. Este es el carácter que le reconoce el moderno Código de 1942, al otorgar al acreedor privilegiado el derecho de hacer vender las cosas, que se encuentra en su poder, según las normas establecidas para la venta de la prenda.

Nuestro Código sigue en un punto al italiano de 1865; en entender las causas de este privilegio. A diferencia del francés, lo concede por gastos de construcción, conservación y reparación. Sin embargo, la inclusión dentro de un mismo párrafo de este privilegio y el del vendedor no pagado ha sido desastrosa. No hay duda que siguió al francés, el cual no exige como condición para el ejercicio del privilegio la posesión del acreedor (64); pero sí, en cambio, cuando se trate de muebles no pagados, y al incluir-

(61) Vid. TROPLONG: *Des privilèges et hypothèques*, tomo I, París, 1854, págs. 220-222.

(62) TROPLONG: Ob. y loc. cit.; MARTOU: *Des privilèges et hypothèques*, tomo 2, Bruselas-París, 1855-1857, pág. 131; PLANIOL y RIPERT: Ob. cit., pág. 128; BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES: Ob. cit., pág. 454.

(63) BIANCHI: Ob. cit., pág. 542; LUZZATI: Ob. cit., pág. 642-643.

(64) Vid. por todos AUBRY ET RAU: Ob. cit., pág. 259; BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES: Ob. cit., pág. 459.

los todos en el párrafo 1, sugiere la duda de saber si esa condición «que estén en poder del deudor» se refiere a cuanto se trata de ejercitar el privilegio por el precio no pagado o también cuando se trate de los otros. El Código ha seguido, a nuestro juicio, el modelo francés, y no subordina el ejercicio del privilegio a la posesión del deudor más que tratándose de precio no pagado. Este parece ser también el parecer de Manresa, quien, aunque no con mucha claridad, al hacer el comentario del número 1, coloca la frase debatida junto a los créditos precedentes del precio de bienes muebles tras haber estudiado previamente los créditos por construcción, reparación, etc. (65).

Por lo tanto, no hay ninguna duda que el enriquecimiento sin causa será determinante de la concesión de este privilegio.

En la palabra muebles han de ser comprendidos no sólo los corporales, sino también los incorporales. No cabe extender el privilegio por analogía a los gastos hechos sobre las cosas inmuebles, no sólo por venderlo la interpretación restrictiva en esta materia, sino porque los créditos refaccionarios sobre esos bienes gozan ya de una garantía específica (art. 1.923, núms. 3 y 5).

¿Cabe incluir dentro de estos créditos privilegiados a los realizados para el cobro de un crédito y para interrumpir su prescripción? Laurent lo niega. «No se puede hablar—dice—de conservar un derecho. Un derecho no se deteriora o parece como una máquina si no se le repara» (66). Bianchi mantiene también una posición negativa, ya que le estima incompatible con el requisito de la posesión de las cosas que exigía el Código italiano (67).

En el fondo, para la resolución de esta cuestión hay que rechazar la idea de que la cosa sea susceptible de posesión, ya que previamente habría que aclarar si los derechos son susceptibles de posesión como las cosas corporales. Además, nuestro Código no exige, como el italiano de 1865, esa posesión de las cosas por el acreedor. No cabe duda que en el párrafo 1 puede incluirse ciertos gastos que se puedan hacer por un crédito, por ejemplo, interrumpir la prescripción. El artículo 1.924, párrafo 2, ya considera privilegiados los gastos de justicia, pero ha de tenerse en cuenta que si el privilegio se ejercita en el concurso y, por tanto, se impone la inclusión de estos créditos en el citado artículo 1.924, no se ha de afirmar lo mismo cuando se haga efectivo, como es posible, en la vía extraconcursal. Entonces podrá alegarse el párrafo 1 del artículo 1.922 (68). A este privilegio

(65) Ob. cit., pág. 724.

(66) Ob. cit., pág. 941.

(67) Ob. cit., pág. 544.

(68) LUZZATI (ob. cit., pág. 649) refuta la argumentación de LAURENT. Llevándola hasta las últimas consecuencias, no se ve por qué hay que otorgar el privilegio a quien reparando una máquina la conserva idónea para el uso a la que se destina. La materia de la que está formada la

puede ir unido un derecho de retención en tanto en cuanto se encuentran las cosas en poder del acreedor. Se cumplen los requisitos fundamentales de la retención. El acreedor tiene un crédito derivado de los gastos que ha hecho sobre la cosa en cuya posesión se encuentra. En los supuestos en que ésta no esté en su poder, sino en el patrimonio del deudor, el privilegio se extingue cuando el dominio ha pasado a tercera persona (69).

2. *Privilegio del vendedor de cosa mueble.*

Según Planiol (70) es la primera aparición de un verdadero privilegio especial en el Derecho francés. Hasta el siglo XVI seguía imperando el sistema romano, en el cual, como principio general, regía la regla de que en tanto el precio no fuese pagado, el vendedor quedaba propietario de la cosa (71), pudiéndola reivindicar. Por excepción la propiedad pasaba al comprador, a pesar de no haberse pagado el precio, cuando el vendedor había recibido una garantía, como un fiador, o cuando él había seguido la fe del comprador, dándole un término para el pago. El vendedor, despojado de su propiedad, quedaba reducido a la condición de acreedor ordinario.

En el siglo XVI el vendedor a término toma sus precauciones, transmite la cosa o título de precario o de arrendamiento ficticio, es decir, hace una entrega que no es traslativa de propiedad. Con ello se encuentra en la misma situación que el vendedor que no ha concedido un término. La generalización de esta situación hace que en el artículo 177 de la Costumbre de París se tenga en cuenta esta práctica y los resultados que producía. Por ello queda redactado así: «Aunque él (el vendedor) hubiese dado plazo, si la cosa se encuentra embargada al deudor por otro acreedor puede impedir la venta y es preferido sobre la cosa a los otros acreedores.» No obstante, desde 1580, fecha de la reforma de la Costumbre de París en la que se agrega ese artículo hasta 1587, coexisten dos sistemas. Para el vendedor al contado persiste la reivindicación del Derecho romano. Para el vendedor a término, el derecho de preferencia. En la última fecha citada, el Par-

máquina no se pierde. Pero la razón del privilegio se deriva de haberla mantenido en estado de prestar, como máquina, el valor sobre el cual los otros acreedores tienen el derecho de hacer la asignación. Los derechos no parecen, pero cuando han quedado total o parcialmente ineficaces, se pueden equiparar a máquinas destruidas o deterioradas.

(69) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código*, tomo 4, Madrid, 1852, pág. 282-283.

(70) *Traité élémentaire* cit., tomo 2, págs. 789-799. Vid. sobre esta materia DEMANTE: *Etudes critiques sur les origines romaines du droit française*, «Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence», tomo 4, 1854, págs. 448-458.

(71) *Instituta* 2, 1, 41: «venditae vero res et traditae non aliter emtori acquiruntur, quam si is pretium solverit, vel alio modo ei satisfacerit, veluti expressore aut pignore dato.»

lamento de París, mediante dos resoluciones, pone un término breve—ocho días—al derecho de reivindicar del vendedor, pasado el cual sin haberse ejercitado sería considerado como un acreedor privilegiado, igual que el vendedor a plazo (72).

El artículo 2.102, número 4 del Código de Napoleón sigue literalmente la regulación del privilegio anterior. Concede el derecho de preferencia en la ventas al contado o a plazos. En caso de que se haya hecho sin plazo, el vendedor puede reivindicar los efectos en el plazo de ocho días a contar desde la entrega. Nuestro Código, con más sencillez, no hace esas distinciones y otorga el privilegio a todo vendedor de cosas muebles.

El fundamento es el mismo que en el supuesto de créditos por construcción, reparación o conservación de la cosa: el evitar un enriquecimiento de los demás acreedores.

El Código concede este privilegio al titular de un crédito por el «precio de venta de bienes muebles». ¿Cabe extenderlo a la permuta y a la cesión de créditos? A nuestro juicio, no cabe aplicar el privilegio a la permuta para venderlo la interpretación restrictiva dominante en esta materia y porque permuta y venta no se identifican.

En cambio, tratándose de la cesión de créditos, cabe admitir la preferencia por ser un compraventa, aunque de carácter especial.

El privilegio se ejerce siempre que la cosa se encuentra en poder del deudor. Por ello, si ha sido enajenado, pero aún no se ha entregado al comprador, el derecho de preferencia no se ha extinguido. Caso de que haya pasado a poder del adquirente, ¿puede darse contra él el privilegio? De Buen afirma que el vendedor primitivo goza del derecho de persecución del arrendador (73). No creemos factible esta posibilidad por las razones que acerca de la extensión de la citada facultad hemos dado anteriormente. Más correcto nos parece su criterio de que se dé contra el tercero que ha realizado la segunda compra y adquirido de mala fe la acción paulina, siempre que concurren los requisitos para ello (74). El privilegio, según hemos visto al exponer los antecedentes históricos, está totalmente desprovisto de derecho de persecución. Sin embargo, queda como recurso la acción que a todo acreedor, quirografario o privilegiado, le concede el artículo 1.111 del Código civil.

Ahora bien, si la cosa ha sido enajenada por el deudor del

(72) BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES (ob. cit., pág. 462) dicen que tardó en implantarse este privilegio en los países de derecho escrito donde las tradiciones romanas eran más fuertes. El Parlamento de Borgoña lo rechazó, aceptándola el de Tolosa en 22 de septiembre de 1628. Vid. POLAWSKI, ob. cit., págs. 145 y ss.

(73) Ob. cit., pág. 224.

(74) Ob. cit., pág. 225.

precio y entregada al adquirente, pero éste todavía no ha pagado el precio, ¿cabe la afirmación de que el privilegio del primer vendedor no se ha extinguido, recayendo ahora sobre ese precio debido? A nuestro juicio, sí. Teniendo en cuenta las consideraciones hechas acerca del objeto del privilegio, siendo el mismo el precio de los objetos afectados y no las cosas como de una superficial observación del Código puede deducirse, el precio no satisfecho de la reventa quedará afecto al derecho de preferencia. Representa, en realidad, el verdadero objeto del privilegio del vendedor. Siendo las cosas muebles susceptibles de transformaciones, ¿cuál será la suerte del privilegio si se han operado éstas en la cosa vendida? Troplong sostiene que «si la cosa ha cesado de ser lo que era para transformarse en una especie diferente, el privilegio se ha perdido, a no ser que el cambio no sea definitivo y que la materia pueda volver a la especie primitiva. Si la cosa no ha recibido sino mejoras o disminuciones que no impiden que conserve su primitiva especie, el privilegio continúa» (75). Mourlon afirma que el privilegio no se extingue siempre que exista la identidad de la cosa (76). Por tanto, los muebles que se han convertido en inmuebles por incorporación, por ejemplo, de materiales vendidos y destinados a la construcción de un edificio han dejado de ser objetos del privilegio. No ocurre esto, en cambio, cuando se trata de inmuebles por destino (art. 334, número 5). La ficción legal no destruye la identidad de los objetos.

3. *Privilegio del acreedor prendario.*

La inclusión de este privilegio en el artículo 1.922 ha sido desafortunada. Si el privilegio es constituido por la ley, es de origen exclusivamente legal, no puede decirse que se dé cuando la causa de preferencia ha sido creada por la voluntad de las partes. La preferencia que genera el derecho de prenda nace exclusivamente del derecho real del cual es uno de sus caracteres. Por ello afirmaba Domat que el derecho de preferencia del acreedor prendario no era un verdadero privilegio. La preferencia no estaba ligada a la cualidad del crédito. El acreedor era preferido a otros acreedores a causa de la seguridad que se había creado con la prenda (77).

Bonnecase se opone a esta doctrina basada en un doble orden de consideraciones. En primer término, el mismo razonamiento puede esgrimirse a propósito del privilegio del vendedor

(75) Ob. cit., págs. 120-123.

(76) *Examen critique et pratique du Commentaire de M. Troplong sur les Privilèges*, tomo I, París, 1855, págs. 128 y ss.

(77) *Lois Civiles*, libro III, título I, sección V, preámbulo.

de muebles, puesto que este privilegio surge a voluntad de las partes al celebrar el contrato de compraventa. Además, el carácter privilegiado del acreedor prendario se demuestra por la circunstancia de que el acreedor hace concurrir este privilegio con los demás privilegios muebles. De no tratarse de un privilegio, lo anterior absolutamente imposible en razón misma del artículo 2.095, que consagra el ineludible principio de que el privilegio predomina de una manera absoluta sobre los derechos no privilegiados, sean o no derechos reales (78).

Bien considerados estos argumentos son de rechazar. En efecto, comparar el privilegio del vendedor de muebles y el del acreedor prendario es jugar con un equívoco. Una cosa es que la voluntad de las partes sea libre para crear aquellas situaciones a las que la ley añade una causa de preferencia, y otra que sea aquella la que dé lugar a ésta. Las partes, en la prenda, no sólo crean el supuesto de donde dimana la preferencia, sino ésta también. No se limitan, como en los otros privilegios, a contraer la obligación. Por otra parte, aunque en nuestro Código civil no existe de forma taxativa el mismo principio que el anunciado por el 2.095 del Código de Napoleón, sin embargo, puede afirmarse lo mismo en presencia del párrafo 1.º del 1.926 y 1.927, que proclama la exclusión de todos los demás créditos por los privilegios especiales sobre muebles e inmuebles, respectivamente, hasta donde alcance el valor del bien al que la preferencia se refiere. Por ello no es obstáculo para que el legislador pudiera haber regulado la preferencia en conflicto con otros créditos privilegiados sin necesidad de incluir la prenda entre los privilegios, de la misma manera que ocurre en la Ley de hipoteca mobiliaria de 1954. La preferencia otorgada por la hipoteca mobiliaria no se considera privilegio, sino que en el artículo 10 se prevé el caso de conflicto con otras preferencias: para esos efectos se considera como un crédito prendario.

El párrafo 2 pone como condición para la existencia y, por tanto, el ejercicio de este privilegio, que la cosa se halle en poder del acreedor. No hay que tomar literalmente este precepto, de modo que si ha salido la cosa de su poder el privilegio es extinguido. Por el contrario, hay que tener en cuenta la reipersecutoriedad del derecho de prenda (79), problema ajeno a este estudio, y afirmar, como principio general, que el privilegio subsiste mientras el acreedor tenga un medio legal para recobrar la posesión. Insistimos, como en el número 1, que esa reipersecutoriedad es una consecuencia del derecho real y no del privilegio.

(78) Ob. cit., tomo 2, pág. 622.

(79) Vid. VALLET DE GOYTISOLO: *La Reivindicación Mobiliaria como tema fundamental del art. 461 del Código civil*, «Anuario de Derecho Civil», tomo 9, 1956, págs. 422 y ss.

4. *El privilegio del transportista.*

En el Derecho romano, un pasaje de Ulpiano nos permite afirmar que este privilegio era ya conocido en él. Se consideraba preferente el transporte de las caballerías (80). En el derecho de las Partidas también encontramos este privilegio. Se contempla la colisión de derechos entre una persona que recibe en prenda mercancías que han sido depositadas en almacén o transportadas de un lugar o otro, con un tercero que ha prestado dinero, ya para pagar el alquiler o los gastos de transportes, resolviéndose el conflicto en el sentido de que este último ha de tener preferencia sobre el acreedor prendario (81).

El fundamento jurídico lo hallan la mayor parte de los autores en un contrato de prenda tácita (82). Se descartan las tesis expuestas por Troplong (83) y Mourlon (84) del mayor valor que adquieren las cosas por efectos del transporte, porque si es cierto que se da en algunos casos, no ocurre lo mismo en todos, y la de Vartou por la cual «las consideraciones que han determinado al legislador a proteger el crédito del transportista reposan sobre los servicios que presta a la sociedad facilitando las relaciones de los negocios sobre la necesidad en que los coloca su profesión de ponerse a disposición de personas respecto de las cuales no le es posible apreciar la solvencia; en fin, sobre la responsabilidad que pesa sobre él por la conservación de las cosas confiadas a su cargo» (85). Esta teoría no es incompatible con la de la prenda tácita. Puede ser la base razonable en que ésta se sustente. La prenda coincide con la exigencia de la posesión de las cosas en manos del transportista.

En cuanto a las personas que pueden alegar este privilegio, como principio general, cabe extenderlo a todas las que han realizado un transporte. Poco importa el carácter profesional con que lo hagan. Da lugar a esta interpretación la amplitud con que se pronuncia el número 4 del artículo 1.922: «Los créditos por transporte, etc.». Además, para la persona que se dedique al ejercicio de esta industria, el Código de Comercio le concede el mismo privilegio, si bien reduce a ocho días la duración del mismo después de la entrega de mercancías.

Condición necesario del privilegio es que las cosas se encuentren en posesión del transportista o de aquél a quien se le ha

(80) D, 20, 4, 6, 2: *Tantumdem dicitur, et si merces horreorum, vel arcae, vel vecturae iumentorum debetur; nam et hic potentior erit.*

(81) Partida V, título XIII, ley 29.

(82) BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES: *Ob. cit.*, págs. 511-512; AUBRY ET RAU: *Ob. cit.*, pág. 274; PLANIOL Y RIPERT: *Ob. cit.*, págs. 173-174; COLIN Y CAPITANT: *Ob. cit.*, pág. 202; BIANCHI: *Ob. cit.*, pág. 583; LUZZATI: *Ob. cit.*, pág. 686.

(83) *Ob. cit.*, págs. 264 y ss.

(84) *Ob. cit.*, tomo 1, pág. 449.

(85) *Ob. cit.*, tomo 2, pág. 161.

hecho la entrega. Por lo tanto, si en el plazo de treinta días o de ocho, terceros de buena fe llegan a adquirir algún derecho sobre ellas, el privilegio desaparece (86). Por ello juzgamos más perfecto el sistema italiano que pone como condición de existencia la posesión de la cosa en el transportista (art. 761) sin excepción.

El privilegio en la órbita mercantil no constituye más que la cualidad de un derecho de garantía. Si el transporte supone un contrato de prenda por lo que respecta a la responsabilidad a que están afectos los objetos transportados (87), y, si los artículos 374 y 375 confieren al acreedor el derecho de vender los objetos y de tener preferencia sobre ellos para el cobro, no hay duda de nuestra afirmación. El privilegio del transportista no consiste, como corrientemente se dice, en el derecho que tienen de hacer vender las mercancías y cobrarse con su precio. Aquél tan sólo alcanza a la preferencia que puede tener respecto a otros créditos. El *jus vendendi* no es sino una consecuencia del derecho de garantía.

Para la defensa del privilegio se concede por la doctrina (88) y jurisprudencia un derecho de retención. Interesante en este punto es la sentencia de 29 de enero de 1892. Según la misma, el porteador no está obligado a entregar los géneros antes de recibir el precio del transporte, ya que teniendo el carácter de acreedor pignoratario su derecho resultaría ilusorio si no pudiera retener los géneros hasta el pago de aquél.

5. Privilegio del posadero.

Por la generalidad de la doctrina (89) se considera el derecho de preferencia del posadero basado en un contrato de prenda

(86) El Código de Comercio consagra el mismo principio en el artículo 667 por lo que se refiere al transporte marítimo, si bien el plazo para poder ejercitar el privilegio después de la entrega es de veinte días. En el párrafo segundo dice: «Este derecho no podrá ejercitarse, sin embargo, sobre los efectos que después de la entrega hubiesen pasado a una tercera persona sin malicia de ésta y por título oneroso.» LAURENT (obra citada, pág. 544) cree que si en el plazo establecido para ejercitar el privilegio después de la entrega el destinatario enajena la cosa, se extingue el derecho de preferencia del porteador, ya que no tiene derecho de persecución. No compartimos la opinión de este autor. Si el porteador tiene un derecho de prenda, podrá ejercitar contra los terceros el privilegio, con sujeción a los límites que tiene el acreedor pignoraticio; la buena fe de los adquirentes.

(87) Sentencia de 29 de enero de 1892.

(88) VIÑAS MEY: *Más sobre el derecho de retención*, «Revista de Derecho Privado», tomo X, 1923, pág. 12.

(89) BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES: Ob. cit., pág. 503; PLANIOL y RIPERT: Ob. cit., pág. 171; TROPLONG: Ob. cit., pág. 259; BIANCHI: Ob. cit., pág. 564; LUZZATI: Ob. cit., pág. 669.

tácito. Por la naturaleza propia de su negocio se ve obligado a contratar con personas de solvencia desconocida. Es equitativo, por tanto, que se le añada a su crédito un privilegio.

Sin embargo, nada más lejos de la realidad. La constitución tácita de un derecho de garantía debía de traer como consecuencia no sólo la preferencia en cuanto al cobro, sino también otros derechos como el de persecución. Esto es lo que no aceptan los mismos autores que sostienen la existencia de una prenda tácita. Así, Bianchi niega radicalmente al posadero el derecho de reivindicar la cosa cuando el viajero las ha sacado clandestinamente de la posada (90). Aubry y Rau afirman que no puede resolverse este caso de la misma manera que si se tratase de un acreedor pignoraticio, el cual está autorizado para ejercer la acción reivindicatoria del deudor. Se trataría de un verdadero dolo cometido directamente en perjuicio del acreedor. Aquí no hay robo ni pérdida, sino fraude por parte del viajero y negligencia por parte del posadero (91). Para Luzzati, el posadero no puede ejercitar la acción de reivindicación, ya que tienen su raíz en la hipótesis de que se haga a nombre del propietario. Tiene tan sólo acción de reintegración, dirigida a mantenerse en la posesión de la cosa y a la cual tiene derecho como todo poseedor (92). Más radical, Troplong dice que este privilegio se pierde desde el momento en que los efectos salen de la posada, ya que sería difícil en caso contrario constatar su identidad y probar que han sido introducidos en aquel lugar (93).

Es decir, se imponen tales correcciones al derecho de prenda que propiamente le desnaturaliza. Si existiese tal derecho no hay duda que el posadero estaría legitimado como acreedor pignoraticio para reivindicar la cosa de manos del viajero. Como afirma Vallet de Goytisolo, en los casos de privación ilegal de la prenda por el propio pignorante, el titular podrá ampararse en el artículo 464, párrafo 1, no subrogándose en una acción del propietario, sino inutilizando su acción real propia por la vía de la prueba de la pérdida o privación ilegal. Por otra parte, del artículo 1.191 del Código civil se deduce que la prueba de que la readquisición de la posesión por el deudor no fué querida por el acreedor pignoraticio sirve para garantizar el derecho de éste (94).

Pudiera objetarse a favor de la existencia de un derecho de garantía del que el privilegio sería una consecuencia, que el posadero puede perseguir los objetos cuando han sido sustraídos por terceros. Pero ello es una derivación de la responsabilidad que como depositario tiene, según el artículo 1.783 del Código civil.

(90) Ob. cit., pág. 577 y ss.

(91) Ob. cit., pág. 272, nota 78.

(92) Ob. cit., pág. 680 y ss.

(93) Ob. cit., pág. 263.

(94) Ob. cit., pág. 423, nota 157.

A nuestro juicio, nos encontramos con una figura un tanto compleja: el privilegio junto con el derecho de retención. No hay duda de que al posadero le corresponde un derecho de esta naturaleza hasta que se le pague el importe del crédito, según admite la doctrina (95). Además, el precedente histórico lo corrobora. El número 5 del 1.922 tiene su origen en el artículo 175 de la Costumbre de París, que consideraba los gastos de hospedaje dispensados por los posaderos a los peregrinos o a sus caballos como privilegiados, teniendo primacia respecto a cualquier otro, sobre los bienes y caballos hospedados, pudiéndolos retener el acreedor hasta que se le pague. Nace esta facultad del hecho de la posesión, en la cual el hotelero está legitimado para mantenerse y ejercer su privilegio. El derecho de retención es el medio que tiene de conservar la superioridad legal que sobre los otros acreedores tiene.

Laurent, por el contrario, negaba, basado más que nada en el carácter excepcional de la retención, este derecho al posadero como garantía de su privilegio. «En realidad—argumentaba—, el derecho de retención es un derecho diferente del privilegio; éste no se ejerce más que en los casos de insolvencia del deudor, mientras que el derecho de retención es un medio de forzar al pago sin estar insolvente. Por eso no se puede deducir el derecho de retención como una consecuencia del privilegio» (96). No vemos la incompatibilidad entre ambos derechos por estas palabras. Como sabemos, el privilegio puede ejecutarse sin necesidad de que el deudor se halle en el estado de insolvencia.

El privilegio no es una consecuencia, por lo tanto, del derecho de retención, de modo análogo a lo que ocurre cuando se trata de un derecho de prenda. Surge de la naturaleza del crédito. Tampoco es independiente la retención del privilegio, porque es condición para hacer valer éste, sin que pueda afirmarse que la conserva. Según Chironi, hay algo más en la función de la retención que conservar: hay el concurso a la existencia misma del privilegio, porque mantiene determinado respeto a todos el objeto sobre el cual se da la prelación (97).

¿Quién puede invocar este privilegio? El Código civil no emplea ninguna palabra para designar al titular. Habla sólo de créditos de hospedaje. ¿Querrá decir que cualquier persona que haya practicado, aunque sea eventualmente, el mismo, será favorecido? Parece que sólo los que se dediquen a esta industria pueden alegarlo. Se excluye a los dueños de establecimientos que no suministran sino bebidas. y a los de restaurantes (98).

(95) LUZZATI: Ob. cit., pág. 683; BIANCHI: Ob. cit., pág. 581.

(96) Ob. cit., págs. 541-542.

(97) Ob. cit., págs. 453 y ss.

(98) TROPLONG: Ob. cit., pág. 260.

¿Qué créditos se garantizan? Las prestaciones propias de la industria hotelera. Igualmente las hechas también a los animales, de acuerdo con los precedentes históricos. No están garantizados los créditos que tenga el posadero por sumas de dinero prestadas al viajero y adeudadas en su cuenta, ya que no son actividades que entran en la industria específica de la hotelería.

¿Cuál es el objeto del privilegio? Se ejerce sobre todos los muebles introducidos en la posada. El problema se plantea respecto de aquellos que no son propiedad del que los introduce. ¿Quedan afectos al privilegio? La tesis afirmativa puede deducirse de la expresión «muebles del deudor existentes en la posada» que utiliza el Código, sin hacer mención para nada a su propiedad. Sería prácticamente imposible que el hotelero comprase la exacta propiedad de los objetos introducidos en su industria. De todos modos, el principio de que la posesión de bienes muebles de buena fe equivale al título, supone un buen fundamento para sostener la extensión del privilegio. Derivado de él hay que excluir el privilegio cuando se trate de cosas robadas o perdidas, o bien cuando al posadero se le ha hecho saber la propiedad ajena en los muebles en cuestión (99). Los objetos introducidos posteriormente a la llegada del viajero son objetos de privilegio. La ley no distingue entre aquellos que lleva consigo el viajero y los que trae después.

Sin embargo, los efectos existentes en la posada no pueden quedar obligados por el privilegio por deudas que el mismo viajero contrajo en una estancia anterior. Si el derecho de retención se pierde desde el momento en que se entrega la posesión de la cosa, o por falta de vigilancia del posadero, el viajero los saca, y el privilegio no puede resucitar una vez extinguido. El posadero, respecto a los créditos atrasados, será un simple acreedor quirografario.

6. *Privilegios por semillas y gastos de cultivo y recolección anticipados al deudor sobre los frutos de la cosecha para que sirvieran.*

En el Derecho romano no tenemos un claro antecedente de este privilegio. Se suele invocar un pasaje del Digesto en que dice: «Compréndese con esta denominación de frutos lo que queda después de deducidos los gastos legítimos» (100). Más bien lo podemos hallar en la preferencia que gozaban los gastos por cosecha, según se deduce del fragmento de Ulpiano en el que se estima preferente el alquiler de la era (101). Parece más seguro que nace en el antiguo Derecho francés.

(99) BIANCHI: Ob. cit., pág. 574.

(100) D. 7, 11, 1.

(101) D. 20, 4, 6, 2.

Troplong cita una resolución del Parlamento de París de 8 de marzo de 1608 por la que se declara que quien hubiese suministrado semillas tuviera preferencia sobre el trigo producido (102). En el derecho de las Partidas se recoge las disposiciones romanas, y con más precisión se declara que «e este que era tenedor de la heredad debe sacar de los frutos las despensas que oviere fechas en labrarlas, o en razón de recoger los frutos de ellas» (103).

En cuanto a su fundamento jurídico, la generalidad de los autores atribuyen el privilegio concedido a que los créditos en cuestión han contribuido a la incorporación de un nuevo valor—los frutos recogidos—en el patrimonio del deudor. En el supuesto de gastos de cultivo y recolección a que han contribuido a conservar dentro del mismo patrimonio el bien creado, porque de otra manera esos bienes se hubiesen perdido (104). Por otra parte, hay que recordar la regla romana de que no existen frutos sin deducción de los gastos legítimos.

Se da contra cualquier propietario de los frutos, tenga en usufructo o en enfiteusis, etc., la finca de donde proceden. No hay que olvidar que el privilegio depende de la causa del crédito y no de la naturaleza del derecho contra quien se ejercita.

Favorecidos con él son las personas titulares de un crédito por el precio de las semillas vendidas o el valor de los gastos de cultivo y recolección. Hay que distinguir, pues, estos créditos de aquellos que provienen de sumas prestadas a fin de comprar esas semillas o pagar los gastos en cuestión.

El privilegio no se da para esas sumas debidas por los citados conceptos, ya que no constituyen las mismas el correspondiente derecho por un suministro de la clase requerido por el Código civil. Los autores que quieren proteger con la preferencia los referidos préstamos (105) dicen que la ley no declara que son privilegiados las semillas o los gastos, sino las sumas para tener estas cosas. Los que niegan tal tesis afirman que no se puede extender el privilegio a créditos simples con el pretexto de que han sido creados por causas privilegiadas (106).

Únicamente quedan garantizados los créditos por suministros de semillas y gastos de cultivo de recolección. Dentro de éstos

(102) TROPLONG: Ob. cit. pág. 208. POTHIER (*Tratado de la locación*, cit. pág. 197) dice que los mozos de labranzas son preferidos en cuanto a los frutos en cuya recolección habían trabajado.

(103) Partida 6, título 14, ley 4.

(104) BALDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES: Ob. cit. pág. 446; PLANIOL y RIPERT: Ob. cit. pág. 197; AUBRY ET RAU: Ob. cit. pág. 234, nota 13; MARTOU: Ob. cit., tomo I, pág. 120; BIANCHI (ob. cit., pág. 505), y LUZZATI (ob. cit. pág. 588) encuentran dicho fundamento en la regla romana (D. 7, 11, 1).

(105) POCCHINVESTA: *Dei privilegi e delle ipoteche secondo il cod. civile italiano*. Torino, 1880, tomo I, 65.

(106) LUZZATI: Ob. cit., págs. 590 y ss.; BIANCHI: Ob. cit., páginas 512 y ss.

han de incluirse los créditos por prestamo de maquinaria, ya que sustituyen el trabajo del hombre en la recolección, aunque, naturalmente, gocen de privilegio los salarios de los trabajadores empleados en esas faenas.

Se ha discutido si los créditos de suministros de abonos podían ser favorecidos con este privilegio. La opinión negativa se basa en que los privilegios son de estricta interpretación. No comprenden todos los suministros hechos en vista de la recolección. Se refieren sólo de una manera exclusiva a las sumas debidas por las semillas y los gastos que la recolección necesariamente ha de provocar. Estas consideraciones no son de aplicar en el caso de los abonos, que enriquecen el suelo para más cosechas y porque el precio, generalmente elevado, podrá absorber el valor entero de la cosecha de un año justamente (107). En contrario, se dice que los abonos aumentan la producción, y por ello quien los suministra debe de ser privilegiado; que en la medida en la cual los abonos previstos sirven para la producción del fruto de la cosecha, el privilegio debe admitirse; que los abonos son instrumentos de cultivo en general necesarios y promotores seguros de la fecundidad de la tierra (108). A nuestro juicio, la solución positiva se impone. No obstante, se comprende que en algunas legislaciones, tales como la italiana de 1865, fuera discutible esta solución. En la citada legislación se privilegiaba solamente las sumas debidas por las semillas y las labores de recogida o de cultivo de la cosecha, queriendo indicar con ello que la ley protegía la prestación del trabajo y no el valor de cuanto sirva de cultivo.

El privilegio se ejerce sobre la cosecha para la que sirvieron los créditos. Hay que excluir los de cosechas anteriores, y ello aunque no dieran resultados útiles las semillas y los gastos de cultivo. El fundamentado de privilegio es teóricamente la utilidad que reportan esos créditos, pero no se exige por el 1.922 esa misma utilidad como condición para su ejercicio.

El derecho de preferencia se hace efectivo mientras la cosecha esté en poder del deudor, aunque no es necesario que estén los frutos en el fundo que los ha producido. Ahora bien, el hecho de que este privilegio no lleve consigo el derecho de persecución y sea oponible a tercero no quiere decir que el titular se vea desprovisto de acción contra los que han burlado su derecho de mala fe. Por aplicación del 1.111 podemos decir que cuando se

(107) AUBRY ET RAY: Ob. cit., pág. 256, nota 47; BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES: Ob. cit., pág. 449.

(108) Vid. LUZZATI: Ob. cit., pág. 592.

(109) La ley de 7 de julio de 1901 extendió el privilegio al suministro de abonos. Pero se dudó si era aplicable a todo el territorio nacional. (Vid. la discusión de BIANCHI, ob. cit., pág. 544, nota 1.) El Código de 1942 considera privilegiados en el art. 2.757 estas sumas.

vendiera una cosa en fraude del acreedor dotado del derecho de preferencia se podrá destruir el derecho de propiedad creado por virtud de ella, autorizando de este modo al titular para que lo ejercite sobre la cosa suya cuya venta ha sido anulada.

Puede darse el caso de que quien recoja la cosecha no sea la misma persona que contrajo los créditos enumerados en el número 6 del 1.922. Ello no obsta para el ejercicio del privilegio, en virtud de la regla general, consagrada por el artículo 356, de que el que percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación.

7. Privilegio del arrendador sobre los muebles introducidos en la finca arrendada por el arrendatario.

Es el privilegio que históricamente tiene más importancia, porque según hemos puesto de relieve cuando estudiamos la naturaleza jurídica que tenía, es causa del nacimiento de la acción hipotecaria.

Pueden utilizarlo a su favor todas aquellas personas que tienen la cualidad de arrendadores, sea cual fuere la relación en que se encuentren con la cosa arrendada: usufructo, enfiteusis, etcétera. No puede invocarse por otros títulos que no sean los del arrendamiento. Por ello, el subarrendador puede ejercitarlo contra el subarrendatario, siempre que se le haya consentido subarrendar. La razón es evidente. El número 7 no habla más que de créditos por alquileres y rentas, y en este término genérico ha de incluirse las del subarriendo. No emplea la palabra «arrendador»—y aunque así fuera sería discutible si tendría el sentido de «excluir al subarrendador»—por lo que donde la ley no distingue, no debemos distinguir.

Compete también al cesionario del crédito por alquileres o rentas, aunque no tenga la cualidad de parte originaria en el contrato de arrendamiento, según los principios generales de la cesión de créditos.

Un problema se presenta cuando el arrendador vende la casa arrendada. En este caso, existiendo créditos por alquileres o rentas atrasados, ¿se extingue el privilegio?

Tratándose de bienes muebles introducidos en la finca la generalidad de la doctrina se inclina por la desaparición de la preferencia (110). Basado en una prenda tácita, en el momento en que

(110) BIANCHI: Ob. cit., pág. 335; LUZZATI: pág. 394; LAURENT: Obra cit., pág. 413; BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES: Ob. cit., pág. 361. Por lo que respecta a los frutos, nos parece justa la opinión de MARTOU (ob. cit., tomo II, 390), que concede el privilegio al arrendador aunque ya no tenga como consecuencia de la venta la posesión del fundo, al no reposar este derecho en una prenda tácita. Al mismo resultado llega Luz-

el locador pierde la posesión de la cosa, no puede ejercitar su derecho. Nos parece forzada, en cambio, la postura de Gaetano, para quien siendo el privilegio del arrendador una hipoteca tácita, puede ejercitarse aun en el caso de venta, dentro del plazo que la ley señala para el ejercicio del derecho de persecución cuando la cosa ha sido sustraída (111). No se da una razón de analogía que justifique tal solución. Chironi afirma también la subsistencia del privilegio porque no existe un contrato de prenda tácito (112). Pero su opinión es rechazable en cuanto se apoya en tal fundamento. Este no explica satisfactoriamente el derecho de persecución que tiene el arrendador, aun después de haber perdido la posesión de la cosa.

Sin embargo, hay que distinguir en la misma situación planteada el supuesto en que el locador haya comenzado el ejercicio del privilegio antes de la venta de la finca arrendada. No cabe duda que podrá, a menos que también haya cedido su crédito, liquidar la situación creada por el arrendamiento antiguo.

El arrendatario de bienes inmuebles dotados de mobiliario tiene también este derecho de preferencia, siempre que se haya fijado un precio único para ambos arrendamientos. Ahora bien, si se han pactado dos, uno para el arrendamiento de inmuebles y otro para el de muebles, no se privilegia más que el primero (113). La razón se deduce de los términos en que se expresa el número 7 del 1922; el privilegio recae por el alquiler de bienes inmuebles.

El Código civil no establece con claridad si el privilegio es exclusivo del arrendador de fincas rústicas o también de las urbanas. Parece abonar la primera hipótesis la frase utilizada «sobre los bienes muebles existentes en la finca arrendada y sobre los frutos de la misma». A nuestro juicio, los precedentes históricos y legislativos confirman que se refiere tanto al arrendamiento de rústica como de urbanas.

En el Derecho romano se mantiene un doble régimen para los precios rústicos y urbanos. Un fragmento de Neracio dice que

ZATI (ob. cit., pág. 394), aun partiendo de la base de la existencia de esa prenda tácita. El privilegio sobre los frutos y las cosechas presenta una correspondencia natural entre la causa del crédito y la utilidad creada en el patrimonio del deudor por la misma cosa. A debe a B el pago de un semestre por el arrendamiento de un fundo rústico. Es garantía natural de ese arrendamiento la producción del fundo durante aquel semestre. Sería ilógico que el privilegio correspondiese a un nuevo locador que no tenía esa cualidad cuando se recogieron esos frutos.

(111) *I privilegi*, cit. pág. 125.

(112) CHIRONI: Ob. cit., pág. 283.

(113) LUZZATI: Ob. cit., pág. 400; BIANCHI: Ob. cit., pág. 330. En la L. A. U. de 13 de abril de 1956, el art. 44 dice que en los contratos de arrendamiento con mobiliario se determinará la parte del precio que corresponde a la vivienda y al mobiliario, y en defecto de ello, se entenderá que corresponde la mitad por cada uno de estos dos conceptos de la renta estipulada.

las cosas introducidas en los predios urbanos están afectas por una prenda tácita (114).

Pomponio afirma lo mismo respecto de los *frutos* de los fundos rústicos, y parece dar a entender también que sobre las cosas introducidas (115).

Un rescripto de Justiniano en el cual, sin hacer distinción de fundos rústicos y urbanos, se ordena que estén afectas por el derecho de garanta legal las cosas introducidas, da base para suponer una unificación respecto a las mismas, en las dos especies de fincas (116). En el derecho antiguo francés se recoge precisamente esta afección de las cosas introducidas en los predios rústicos y urbanos, añadiendo también para los primeros la cosecha (117). En cambio, en el derecho de las Partidas se aceptan los privilegios romanos, si bien se establece idéntico régimen para el alquiler de los rústicos que para el de las casas, sin hacer ninguna mención a los frutos de aquéllos (118).

El Código civil, en verdad, no ha seguido a la legislación del Rey Sabio, sino al Código de Napoleón, inspirado en el derecho consuetudinario, en el cual se extiende el privilegio a los fundos rústicos y urbanos. Inspirado también en él, se resuelve la duda de si sólo los frutos o también los muebles introducidos quedarán afectos en el arriendo de fincas rústicas en el sentido extensivo.

Ateniéndonos al significado literal de los términos empleados, podemos afirmar, por lo que respecta a los créditos garantizados con este privilegio, que sólo son los debidos por «alquileres o renta». Es decir, en otras palabras, no cabe ampliar la preferencia a todos los créditos que se pueden derivar del contrato de arrendamiento. Pero la duda surge en cuanto a los deterioros causados por el arrendatario. No contiene nuestro Código un precepto semejante al artículo 1.958 número 3 del Código italiano de 1865, en el cual se extiende el privilegio a los daños realizados en los edificios o fundos arrendados, por las reparaciones que están a cargo del arrendatario, y en todo lo que concierne a la ejecución del contrato, o bien la fórmula amplia del 3.884 del

(114) D. 20, 2, 4.

(115) D. 20, 2, 7.

(116) C. 8, 16, 7.

(117) POTHIER (*Tratado de la Locación*, cit. pág. 113) dice: «Nuestras costumbres, a imitación de las leyes romanas, han concedido a los locadores de fincas una especie de hipoteca sobre los frutos y sobre los muebles, llegando la de París y de Orleans hasta conceder a los locadores de los fundos rústicos este derecho, no sólo sobre los frutos, sino que también sobre los muebles que los arrendatarios tienen en los mimos, de la propia suerte que lo tienen los locadores de casas. En cuanto a las costumbres que nada establezcan en este particular, debe entenderse que queda vigente el derecho romano.»

(118) Partida V, título 8, ley 5.

(119) D. 20, 2, 2.

Código civil argentino: «El privilegio del locador garantiza, no sólo los alquileres que se daban, sino también todas las otras obligaciones del locatario, que se derivan del contrato de arrendamiento». Nos parece, sin embargo, más acertada la expresión de nuestro Código, ya que los términos vagos en esta materia pueden servir para crear voluntariamente créditos privilegiados, que en apariencia derivan del contrato de arrendamiento. Pero debería haberse admitido el supuesto del deterioro, ya contemplado por el Derecho romano de donde ha pasado a las legislaciones. García Goyena, no obstante expresar el proyecto de 1851 en el artículo 1.926 que el privilegio comprendía los alquileres y rentas de bienes inmuebles, afirma: «y también el importe de los deterioros causados en el predio, de que deba responder el arrendatario... la razón respecto de ello es mayor, porque el predio queda a merced del arrendatario» (120). No creemos que pueda suplirse el silencio de la ley por la interpretación restrictiva dominante en la materia de privilegios.

¿Sobre qué cosas recae el derecho de preferencia? Se responde con las palabras de la ley: sobre los bienes muebles, introducidos en la casa. El sentido de la disposición no es otro que el del significado tradicional de la garantía sobre los *invecta e illata*; considerar en prenda los muebles que el arrendatario introduce en la casa a fin de poder hacer posible el goce del local arrendado. Tiene, por tanto, un carácter de permanencia y estabilidad. Basado en eso, hay que excluir del privilegio el dinero, créditos u otros derechos cuyos documentos se encuentren en la casa. Ni el dinero, ni las alhajas personales, etc., tienen por misión servir al goce del fundo.

Existen también otras cosas que, aunque introducidas en la casa, no estén afectas al privilegio por diversas razones:

a) Porque el arrendador sabía que no eran del inquilino. Para que el privilegio recaiga sobre las cosas muebles es preciso la buena fe. Como dicen Planiol y Ripert, el arrendador tiene una posesión a título de prenda, que a condición de que no sea de la mala fe, puede ser ejercitada sobre objetos no pertenecientes al deudor (121).

b) Las cosas robadas o perdidas. No puede ser de ningún modo el derecho de preferencia del locador más fuerte que el del comprador de esas mismas cosas. Si éste no se encuentra protegido—art. 464—, no hay motivo para derogarlo en favor de un acreedor pignoraticio.

c) Cuando en virtud de la profesión que ejerce el arrendatario o la naturaleza de las cosas, éstas se encuentran accidentalmente en la casa, ya que el arrendador conoce el destino de las

(120) Ob. cit., pág. 285.

(121) Ob. cit., pág. 162.

mismas por las razones apuntadas. Naturalmente, en estos casos es necesario una prueba rigurosa de que no están destinadas al uso del local, por la facilidad con que por este medio podría burlarse el derecho del arrendador.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que aunque el Código no incluya en este supuesto los bienes que se consideran inembargables, al ir contra ellos el arrendatario, tendrá que contar con las disposiciones prohibitivas al efecto de la L. E. C.

Carece de importancia, a efectos de estar afectos por el privilegio, que los muebles hayan sido introducidos con posterioridad a la entrada en vigor del contrato de arrendamiento. Los bienes sobre los que se hace efectiva la preferencia son los existentes en el momento del mencionado ejercicio. Es entonces cuando han de juzgarse cuestiones tan importantes como la relación que guardan con la finca arrendada. Es decir, si antes de ese momento, y sin que se haya planteado la causa que obliga a la puesta en movimiento del derecho de persecución, bienes introducidos con anterioridad a ese instante han dejado de estar afectos al uso del fundo, habrá que excluirlos del privilegio.

Teniendo en cuenta, por otra parte, que el inmueble puede estar destinado al ejercicio del comercio o industria, o de una profesión, se considera unánimemente por las doctrina que el privilegio no sólo recae sobre los muebles introducidos con objeto del arrendamiento—generalmente en estos casos de poco valor—, sino también las mercaderías o materias primas objeto del comercio (122).

Tratándose del subarriendo dijimos que cabía el privilegio. Los muebles del subarrendatario estarán afectos a la responsabilidad por créditos de alquileres. ¿Cabe admitir un privilegio del arrendador análogo al del subarrendador? Creemos que sí, por la participación que pueda tener aquél en el precio del subarriendo. Así se deduce del artículo 15 de la L. A. U. vigente.

Consideración especial merece el derecho de persecución del arrendador, derivado de su derecho de prenda. Dos condiciones son necesarias para que se dé:

1. Sustracción de los bienes, entendiéndose por ello que sean sacados de la finca sin consentimiento expreso o tácito del propietario (123).

2. Ejercicio del derecho dentro de los treinta días desde que ocurrió la sustracción. De acuerdo con la letra del p. 2 del n. 7 pudiera decirse que el derecho de persecución es ilimitado. Basta la sustracción de la cosa para que entre en función, sea cual sea la persona que la tenga en su poder, aunque la haya adquirido de

(122) LUZZATI: Ob. cit., pág. 429; BIANCHI: Ob. cit., pág. 285; LAURENT: Ob. cit., pág. 450; PLANIOL y RIPERT: Ob. cit., pág. 160; BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES: Ob. cit., pág. 368; AUBRY ET RAU: Ob. cit., pág. 277; COLIN y CAPITANT: Ob. cit., pág. 162.

(123) GARCÍA GOYENA: Ob. cit., pág. 286.

buena fe. Creemos, por tanto, erróneo el parecer de Vallet de Goytisolo, que subordina a dos supuestos el ejercicio de este derecho; a) Si la cosa es sacada de la finca por el mismo arrendatario, sin pasar a poder de tercero de buena fe; b) Si la cosa es sustraída, sin pérdida de la propiedad del arrendatario, en cuyo caso el arrendador podrá subrogar a aquél en el ejercicio de la acción de reivindicación (124). Pudiera afirmarse ello si la prenda del número 7 del 1.922 fuese una prenda normal. Pero se trata de una prenda limitada *sui generis*.

Por una parte, la posesión no está en manos del acreedor pignoraticio. Por otra, la facultad de persecución se limita a treinta días. Lo confirman además los precedentes históricos. Teniendo el carácter de una prenda legal, vimos que por la *actio in rem* se daba contra cualquier poseedor en el Derecho romano. Pero al transformarse en el antiguo Derecho francés en un privilegio, entonces se sigue conservando la persecución de las fuentes romanas, pero por influencia del carácter general de falta de reipersecutoriedad de los privilegios, se limita el plazo de ejercicio. Dice Pothier que desaparecía, a menos que el acreedor no hubiese usado de su derecho de embargar la cosa, en el corto plazo que se le acordaba para ello (125). No olvidemos, además, que este privilegio en su redacción española está inspirado por el Código de Napoleón. La doctrina francesa es unánime en el sentido de considerar que, aunque la cosa se encuentre en manos de un tercero de buena fe, puede ser reclamada (125 bis).

El sistema italiano difiere profundamente del francés. Salva siempre los derechos adquiridos por terceros de buena fe después de la sustracción (126). Ahora bien, la dificultad principal consiste en hallar un criterio viable para distinguir la buena de la mala fe. Luzzati lo halla poniéndolo en relación con la base fundamental que domina esta materia—*el status loci*—. Si los derechos fueron adquiridos por el tercero anteriormente a la sustracción de los muebles, es de mala fe, ya que la existencia de los mismos en el fundo avisan de los derechos que corresponden al arrendador. Por eso, cuando la traslación de los muebles no sea más que la ejecución de un contrato estipulado, pendiente el arrenda-

(124) Ob. cit., pág. 429, nota 163.

(125) Ob. cit., pág. 113. En otro lugar (pág. 114) dice: «El locador puede entablar acción aun contra un comprador de buena fe o contra un acreedor que hubiese recibido de buena fe los muebles en pago o empeño». PLANIOL y RIPERT (ob. cit., pág. 236) lo juzgan como una excepción a la regla tradicional. «En fait de meubles possession vaut titre.» En igual sentido, BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES, ob. cit., pág. 431, y otros autores ibi, cit.

(125 bis). Vid. BAUDRY-LACANTINERIE: Ob. cit., págs. 430 y 431, y autores ib. cit.

(126) Artículo 1.958, núm. 3, del Código de 1865, y artículo 2.764 del nuevo de 1942.

miento, sobre los muebles mismos, cabrá el ejercicio del privilegio. Cuando el tercero adquiriera después de la sustracción, existe una presunción de buena fe. No es obstáculo a ello que conozca la procedencia de esos bienes, ya que puede pensar que el arrendador ha consentido su transporte, que haya sido satisfecho su crédito o que se le hayan dado otros en garantía (127). Especial aplicación se hace del derecho de persecución cuando lo ejerce el arrendador de fincas rústicas. Para los muebles introducidos en ellas por el arrendatario no hay dificultad. Se aplican las mismas normas que si se tratase de fundos urbanos. Los frutos, por el contrario, sigue un régimen diferente. En el momento que salen de la propiedad del arrendatario, pierde el arrendador su privilegio. Obsérvese que el derecho de persecución lo limita el p. 2 del núm. 7 a los *muebles* de los que ha hablado en el párrafo anterior, pero no a los frutos. La razón es sencilla. Los frutos, por su naturaleza misma, están destinados a ser enajenados y no para contribuir al goce de la finca arrendada. El supuesto es similar al de las mercancías ya estudiado. Detenidas a ser vendidas, el privilegio del arrendador no le llevará a reivindicarlas, sino a hacerlo efectivo sobre las que en ese momento se encuentran en poder del arrendatario industrial o comerciante. Además, la dificultad de identificación es insuperable tratándose de cosas destinadas al consumo y transformación que le hacen perder su individualidad.

No supondrá inconveniente para la ejecución del privilegio si los frutos han salido del fundo, pero el arrendatario no ha perdido la propiedad. No sólo porque el privilegio no se funda en un contrato de prenda—el que haya obtenido los frutos está obligado a satisfacer los gastos realizados para ello—, sino porque el artículo 1.922, núm. 7, se refiere a los bienes *muebles existentes* en la finca. A los frutos no alcanza esa imposición. Así agrega a continuación «... y a los frutos de la misma». La única condición que se requiere es que sean producidos por el fundo. No obstante, si han sido recogidos y depositados en lugares arrendados a tal efecto, el arrendador de los mismos ejercerá su privilegio sobre ellos, ya que sirven para el uso o aprovechamiento del local. Hay que excluir, por último, el derecho de persecución cuando los frutos han sido vendidos y entregados por todas las razones apuntadas.

¿Puede el arrendador perseguir los muebles sustraídos cuando han quedado en la finca suficientes para servir de garantía a sus créditos? García Goyena estimaba que no procedía entonces la reivindicación (128). Parece ser la solución más acertada. El privilegio del arrendador tiene como único fin garantizar el cobro de los alquileres o rentas, y si a pesar de la salida de esos bienes, este fin no queda sin posibilidad de realización, el ejercicio del derecho

(127) Ob. cit., págs. 567 y ss.

(128) Ob. cit., pág. 268.

de persecución se traduciría en molestias para el arrendatario que vende alguno de los muebles afectados, y como un instrumento de perturbación en las relaciones jurídicas, sin utilidad para nadie de manera inmediata.

III. CONSIDERACIONES SOBRE LOS PRIVILEGIOS GENERALES

1. *Privilegios por gastos de justicia.*

Molinario critica la inclusión en el C. c. argentino—art. 3.879, núm. 1—del privilegio por gastos de justicia, dado que la noción de privilegio supone necesariamente el concurso de dos o más acreedores sobre el precio producido por la venta de los bienes de pertenencia de un deudor común. En los casos de liquidación colectiva los acreedores por gastos de justicia tienen como deudor al conjunto de los acreedores del deudor común. Por ello cree que no existe privilegio, al no darse esa colisión de acreedores respecto a un mismo deudor (129). Pero su opinión la encontramos artificiosa, desde el momento en que afirma que «el deudor originario lo es siempre en forma mediata» (130), y que «el crédito por los gastos de justicia repercutirá siempre, en forma definitiva, sobre la persona del deudor originario» (131).

¿Qué hemos de entender por gastos de justicia? Según Vélez Sársfield, «por gastos de justicia se entienden los gastos ocasionados por los actos que tengan por objeto poner los bienes del deudor y sus derechos bajo la mano de la justicia. El privilegio es establecido para todos los gastos que los acreedores, a efectos de gozar de sus derechos, no habrían podido dispensarse de pagar, si otros no hubiesen hecho la anticipación a los trabajos indispensables a ese fin. Así, son gastos de justicia, los de inventario, conservación, liquidación y realización de bienes del deudor, lo de los pleitos seguidos por los administradores para repeler las pretensiones de los terceros, o para demandar la condenación de los deudores» (132).

Es necesario para poder considerar como privilegiados esos gastos el que se hagan en «interés común de los acreedores» (113). Por ello no pueden considerarse como privilegiados los gastos hechos para declarar la existencia del crédito o proporcionar al acreedor un título ejecutivo. Contra cierto sector doctrinal que pretende juzgar como privilegiados los desembolsos hechos por un acreedor para declarar la existencia de un crédito privilegiado

(129) *Los privilegios en el derecho civil argentino*. Buenos Aires, 1941, pág. 323.

(130) *Ob. cit.*, pág. 325.

(131) *Ob. cit.*, pág. 326.

(132) Nota del artículo 3.879 del Código civil argentino.

(133) *Vid. la S. de 27 de abril de 1918.*

se manifiesta Bianchi, ya que evidentemente no reúnen la condición del *interés común* (134).

2. *Privilegios funerarios.*

Esta preferencia fué ya practicada en el derecho romano. Poplowski se inclina a creer, con Lenel, que tuvo un origen pretorio, aunque la palabra *solet* que aparece en algunas fuentes (D. II, 7, 45) parece indicar más bien su origen consuetudinario (135).

Los gastos funerarios no concedían un *privilegium* en el sentido meramente personal que tuvo en aquel derecho, sino que se anteponian a los acreedores privilegiados, además de los comunes o quirografarios. Existe algún texto que parece no confirmar de una manera absoluta tal opinión (D. II, 7, 45). Pero la opinión de Paulo es inequívoca. En sus Comentarios al Edicto (D. II, 7, 14, 1) consagra la absoluta prevalencia.

Los gastos funerarios, por otra parte, habían de hacerse con arreglo a unas determinadas circunstancias; la dignidad del muerto, la situación social, etc. (136).

Este privilegio, inspirado en motivos de humanidad y equidad, ha pasado a las legislaciones. Pero no deja de plantear, sin embargo, algunas dificultades la interpretación del mismo en nuestro Código. Se dice en él tan sólo que son privilegiados los gastos por los «funerales del deudor según el uso del lugar». Representa una precisión mayor que el artículo 2.101, núm. 2, francés, que únicamente habla de «gastos funerarios». Pero, ¿quiere decir nuestra norma que no se ha de tener en cuenta para nada la posesión o circunstancias subjetivas del difunto? En este punto notamos divergencias en la doctrina. Para algunos autores, ha de atenderse para fijarse el valor de los gastos a la posición pecuniaria del difunto y no a la posición social (137). Otros, como Gaetano, opinan que junto a los usos del lugar y posición económica ha de juzgarse la posición social (138). En realidad, teniendo en cuenta el carácter de «necesariedad» de estos gastos nos parece más acertado el criterio de no tomar en cuenta el rango social del difunto, basado en su fortuna aparente; la necesidad de invocar el privilegio prueba bien que era una situación ilusoria (139).

Por este mismo criterio no se considerarán como privilegiados los gastos suntuarios, por ejemplo, monumentos, etc., sin llegar al absurdo criterio restrictivo de Colin y Capitant de excluir el precio de adquisición de un nicho o fosa en el cementerio (140).

(134) Ob. cit., pág. 102.

(135) Ob. cit., pág. 47.

(136) Vid. Ulpiano, D. II, 7, 4 y 6.

(137) BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES: Ob. cit., pág. 322; TROPONG: Ob. cit., pág. 135.

(138) *I privilegi*, cit. pág. 33.

(139) PLANIOL-RIPERT-BEQUÉ: Ob. cit., pág. 33.

(140) Ob. cit., pág. 146.

Los vestidos de luto de la viuda e hijos no entran entre los gastos que dan lugar al nacimiento del privilegio (141). Por mucha extensión que se le quiera dar a la frase «gastos funerarios» —no olvidemos, además, el principio de interpretación restringida que domina en la materia— no cabe duda que no están incluidos los gastos de vestidos. Como dice Chironi, la entidad del privilegio, deducida de su desenvolvimiento histórico, muestra que en él se comprenden solamente los gastos necesarios para dar sepultura al difunto y los hechos para señalar el lugar donde el cadáver está sepultado (142). El legislador francés y el italiano no incluyen tampoco estos gastos entre los créditos privilegiados.

Ahora bien, recayendo este privilegio sobre los bienes del difunto, ¿qué ocurre cuando por no existir éstos o ser insuficientes han de ser soportados por los herederos o parientes? ¿Puede el acreedor ejercitar su privilegio contra ellos, no obstante ser la base del mismo el patrimonio del difunto? Bianchi da la solución positiva acertadamente. «El legislador—dice el citado autor—concede el privilegio en relación a la causa del crédito, independientemente de la persona titular del mismo (143). Con más razón puede mantenerse esta opinión en nuestro Código, dado que el artículo 1.924, a diferencia del francés e italiano de 1865 y 1942, expresamente considera privilegiados los gastos funerarios de la mujer e hijos constituidos bajo la patria potestad del deudor, y carecen de bienes propios. Por esta misma causa hacemos nuestra la opinión de los que niegan el privilegio a quien haya prestado al obligado a sufragar los gastos funerarios lo necesario para ello (144). La causa del privilegio es estos gastos; el haber realizado actos o trabajos como consecuencia del entierro del difunto, y no el de haber prestado una determinada cantidad, aunque fuera con ese fin.

3. *Privilegio por gastos de la última enfermedad.*

El Código civil comete aquí el error de conceptuar como «última enfermedad» aquella que ha terminado con la muerte del deudor. Es decir, si éste se ha restablecido, entonces, en caso de liquidación colectiva de su patrimonio, los acreedores por gastos de enfermedad son pospuestos a todos los demás. La causa de esta postura reside, a nuestro juicio, en que tradicionalmente se

(141) LUZZATI: Ob. cit., pág. 207; BIANCHI: Ob. cit., págs. 208 y ss.; AUBRY ET RAU: Ob. cit., págs. 223 y ss.; LAURENT: Ob. cit., pág. 392.

(142) Ob. cit., pág. 186.

(143) Ob. cit., pág. 211. En igual sentido, GAETANO: *I privilegi*, citado; contra, CHIRONI: Ob. cit., pág. 175.

(144) CHIRONI: Ob. cit., pág. 185; BIANCHI: Ob. cit., pág. 213.

han vinculado los gastos de última enfermedad y los funerarios (145).

Para evitar la posición perjudicial en que se encuentran estos acreedores, las asociaciones médicas francesas formularon la petición de modificar el número 3 del artículo 2.101 del Código. El Consejo de Estado informó desfavorablemente, afirmando que el privilegio se daba sólo para proteger a los acreedores contra herederos indiferentes o codiciosos. No obstante, la Ley de 30 de noviembre de 1892 sobre el ejercicio de la medicina lo reformó en el sentido de considerar como privilegiados los gastos de la última enfermedad, cualquiera que haya sido su resultado (146). El Código italiano de 1942, recogiendo el parecer de ciertos autores sobre el anterior de 1865, que contenía una disposición semejante a la de nuestro Código civil (147), no se refiere como término de la última enfermedad a la muerte (art. 2.751, p. 2).

En nuestro Derecho creemos que, dado el principio de interpretación restrictiva, no cabe sostener contra los términos claros del artículo 1.924 otro criterio que el de la enfermedad anterior a la muerte, de acuerdo con los precedentes históricos.

IV. COLISIÓN ENTRE PRIVILEGIOS

El Código civil contiene normas para regular la preferencia en el ejercicio de los privilegios cuando son de la misma clase. Así, los artículos 1.926 y 1.927, respecto al conflicto entre privilegios especiales sobre muebles e inmuebles respectivamente (148). Pero guarda silencio cuando se trata de un conflicto entre privilegios de distinta clase—un privilegio especial y otro general—. Sólo expresa en el artículo 1.926 que «los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes excluyen a todos los demás hasta donde alcance el valor del mueble a que la preferencia se refiere». En el mismo sentido, el artículo 1.927 en cuanto a los privilegios mobiliarios especiales.

¿Qué quiere decir el Código civil con la expresión «a todos los demás»? ¿Se refiere a créditos que han de ser satisfechos en

(145) C. 3, 31, 4. POTHIER (*Tratado de Procedimiento civil*, ed. cit., página 237) alude a los créditos por última enfermedad como privilegiados al igual que los gastos funerarios. El mismo GARCÍA GOYENA (Ob. cit., página 280) dice que dos gastos de la última enfermedad son comparados a los de los funerales, porque éstos, en cierto modo, principiaron con aquéllas y desde entonces puede considerarse a la persona como muerta».

(146) Ob. cit., pág. 327.

(147) LUZZATI: Ob. cit., pág. 214; y BIANCHI: Ob. cit. pág. 217 y sigs.

(148) Estas disposiciones han de ser completadas con lo dispuesto en los artículos 10 y 66 de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de 16 de diciembre de 1954. Vid. VALLET DE GOYTISOLO: *Plantamiento y cuestiones generales de la ley de 16 de diciembre*, en «Revista de Derecho Notarial», abril-junio de 1955, págs. 98 y sigs.

su realización forzosa sobre esos mismos bienes—muebles e inmuebles— o a cualquier otros, tales como los privilegios generales del artículo 1.924?

El conflicto entre privilegios generales y especiales ha ocupado la atención de la doctrina francesa, ya que también el Código de Napoleón guarda silencio sobre este punto, si bien regula la colisión entre privilegios generales que recaen sobre inmuebles y los especiales sobre los mismos. Para Troplong han de prevalecer los generales sobre los especiales. «Todos los privilegios generales (los gastos de justicia exceptuados) reposan sobre servicios rendidos al hombre, mientras que los privilegios especiales están fundados sobre la propiedad o sobre la posesión, sobre razones de crédito particular y de especulación, sobre servicios prestados a la cosa. ¿No sería caer en un materialismo degradante atribuir a estos últimos privilegios—dice—una preferencia sobre aquellos destinados a alentar los deberes de humanidad y los cuidados debidos a la persona?» (149). Jay mantiene también la preferencia de los generales basado en el artículo 2.105 del Code, en el cual se ordena que cuando los privilegiados generales hayan de recaer sobre inmuebles, en defecto de muebles, en concurrencia con otros acreedores privilegiados sobre el inmueble, los pagos se han de efectuar de la siguiente manera: 1.º Los gastos de justicia y los enunciados en el artículo 2.101 (que determina los privilegios generales sobre inmuebles). 2.º Los créditos designados en el artículo 2.103 (privilegios especiales sobre inmuebles). Ello quiere decir que los privilegios generales que recaen sobre muebles también han de ser preferidos a los especiales mobiliarios. Critica la tesis sustentada por una sentencia de la Corte de Casación de 20 de marzo de 1849 en la que se concedía primacía a los privilegios especiales según la regla *generi per speciem derogatur*. En el supuesto en que nos movemos no se trata de una colisión entre una ley general y otra particular, ni de una contradicción entre los privilegios especiales que ha de dar lugar a la desaparición de uno de ellos, sino cuál se ejercitará primero (150). Le Menuet hace un estudio de las opiniones de los autores antiguos y del régimen de los privilegios generales en el antiguo Derecho francés, y llega a la conclusión, que no ha sido derogada por el Código, de que todos eran privilegiados antes que los especiales (151).

No deja de tener fuertes argumentos la opinión contraria. Planiol dice que los privilegios generales tienen por origen una

(149) Ob. cit., págs. 59 y sigs., y autores ib. cit.

(150) *Concours du privilège des fournisseurs et du bailleur*, «Revue Critique de la Jurisprudence en matiere civile», París, 1852, tomo 2, págs. 116 y sigs.

(151) *Du concours sur le mobilier des privilèges généraux avec les privilèges spéciaux*, «Revue Critique» cit., 1855, tomo 7, págs. 66 y sigs.

seguridad real que se establece necesariamente sobre un bien determinado, mientras que no existe motivo para hacer recaer los generales sobre un objetivo o sobre otro. Existe una razón histórica decisiva; los privilegios especiales derivan de garantías reales, opuestas a los acreedores del deudor, mientras que los generales no son más que los privilegios *inter personales actiones* de los romanos, sólo preferidos a los acreedores quirografarios (152). Por otra parte, se dice que si son ciertas todas esas consideraciones de humanidad no lo es menos que precisamente por ello se le da un favor especial al crédito, que le hace salir de la órbita de los comunes (153); que el artículo 2.105 del Código presenta una derogación a una regla general y no puede aplicarse, en el silencio del legislador, a la colisión de privilegios generales y especiales sobre muebles (154).

Una tesis mixta es la patrocinada por Aubry y Rau (155) y Baudry-Lacantinerie y De Loynes (156). Para fijar el rango del privilegio hay que atender exclusivamente a la comparación que resulta de unos y otros y apreciar de este modo el mérito de cada uno.

Este criterio mixto era el que siguió el legislador italiano de 1865. Por un lado, coloca el privilegio por los gastos de justicia sobre todos los privilegios mobiliarios especiales. Por otro, antepone solamente a determinados privilegiados especiales de esta clase los generales. Los privilegios de esta clase que tienen por objeto inmuebles no son, sin embargo, preferidos a ningún privilegio especial inmobiliario. Esta tendencia ha sido abandonada en el Código de 1942, en cuyo artículo 2.778 son pospuestos los privilegios generales a los especiales.

A nuestro juicio, nuestro Código se apartó de los dos sistemas, francés e italiano, y ha consagrado la preferencia de los especiales. Ello por las siguientes razones:

1.ª El artículo 1.924 dice: «Con relación a los *demás* bienes muebles e inmuebles del deudor...» Lo que significa, en otras palabras, que los muebles e inmuebles sobre los que ha recaído una preferencia especial están excluidos del objeto de los privilegios generales enumerados en el mismo artículo.

2.ª Declara el artículo 1.928: «El remanente del caudal del deudor, *después de pagados los créditos que gocen de preferencia con relación a determinados bienes*, muebles o inmuebles, se acumularán a los bienes libres para el pago de los demás créditos.» Se admite, pues, que han de ser satisfechos los privilegios especiales, en primer lugar, y los restantes bienes—«dos de-

(152) *Traité élémentaire de droit civil*, tomo 2, París, 1921, pág. 806.

(153) PLANIOL-RIPERT-BECOÛÉ: Ob. cit., pág. 214.

(154) COLIN y CAPITANT: Ob. cit., pág. 218.

(155) Ob. cit., págs. 797 y sigs.

(156) Ob. cit., págs. 679 y sigs.

más bienes muebles e inmuebles» que menciona el 1.924—se destinan a los privilegios generales y créditos comunes.

3.ª La equiparación que se hace en el artículo 1.929, para su pago, entre los créditos que no gocen de preferencia respecto a determinados bienes, y los que la gozaren, por la cantidad no realizada, o cuando hubiere prescrito el derecho a la preferencia.

En realidad, lógicamente no puede ser otra la solución. No perjudica en nada el derecho de un acreedor con privilegio general el que tenga preferencia respecto a él un crédito dotado de privilegio especial. Aquél se extiende, no a una cosa determinada como la preferencia especial, sino a cualquiera que pertenezca al deudor. Tienen, en resumen, la máxima garantía.

Ahora bien, si de acuerdo con la letra del Código es posible hacer estas afirmaciones, no hay que olvidar la existencia de modernas leyes que han alterado la preferencia de los privilegios generales, concretamente los consignados en el número 1 del artículo 1.924 y en el inciso d) del número 2 de ese mismo artículo. El primero se encuentra afectado por lo dispuesto en los artículos 664 y 665 de la Ley de Régimen Local, texto refundido de 24 de junio de 1955, y el segundo por las normas de prelación establecidas en el artículo 59 de la ley del Contrato de Trabajo en todo aquello que se encuadre en el campo de aplicación de la legislación social.