

# L'ANTICRESI CATALANA EN LA NOVA LLEI CONCURSAL: LA PREFERÈNCIA PER AL COBRAMENT\*

Miriam Anderson  
Professora lectora de dret civil  
Universitat de Barcelona

## 1. INTRODUCCIÓ

L'article 89 de la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal (LC), estableix quin es són les classes de crèdit a l'efecte del concurs i distingeix entre crèdits privilegiats, crèdits ordinaris i crèdits subordinats.<sup>1</sup> Dins del primer grup, a més, es consideren dos tipus de preferència de diferent abast, que la Llei anomena *privilegis especials* i *privilegis generals*.<sup>2</sup>

\*Aquest estudi forma part del projecte de recerca del Grup d'Estudi del Dret Civil Català 2005 SGR 00759, dirigit pel professor Ferran Badosa Coll.

1. Sense oblidar que, a més, l'art. 84 de la Llei preveu l'existència de crèdits contra la massa, que no s'integren en el concurs i per al pagament dels quals (que es farà, en general, a mesura que vagin arribant els venciments respectius —cosa que pot succeir un cop finalitzat el concurs) els administradors del concurs hauran de deduir béns suficients per a satisfer-los, abans de procedir al pagament dels crèdits concursals (art. 154 LC). Tot el patrimoni del deutor està subjecte al pagament dels crèdits contra la massa, amb l'única excepció dels béns afectes a un crèdit amb *privilegi especial*; per tant, malgrat la posició aparentment prevalent dels crèdits contra la massa, sobre els béns designats de la manera que preveu l'art. 90 LC la preferència per al creditor és absoluta. És per això que és important decidir si un crèdit s'inclou o no en el llistat de l'art. 90 LC esmentat. Convé tenir present ja des d'aquest moment que el privilegi especial només arriba fins al valor dels béns afectats o, si és inferior, fins on s'estengui la garantia; per a la resta del crèdit que hagi pogut quedar per cobrar, el creditor serà tractat igual que en els crèdits ordinaris, de manera que cobrarà a prorrata (art. 156.2 LC); inversament, si un cop executada la garantia quedés romanent, s'integraria en la massa activa per a fer front als crèdits amb privilegi general i als crèdits ordinaris, tal com disposa l'art. 156 LC.

2. Sobre l'ús del terme *privilegi* en la Llei concursal i la seva impropietat, vegeu, recentment, M. D. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, «Las causas de preferencia crediticia tras la Ley Concursal», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 80, núm. 681 (2004), p. 187 i seg. Tret que es digui el contrari, en aquest estudi s'utilitza l'expressió *privilegi especial* per a fer referència als supòsits previstos en l'art. 90 LC.

Els crèdits amb privilegi general són aquells que atorguen als seus titulars una preferència per al cobrament que no es concreta sobre béns determinats, sinó que gravita sobre la massa del concurs, un cop satisfets els crèdits amb privilegi especial.<sup>3</sup>

La relació de crèdits amb privilegi especial es recull en l'article 90 de la Llei i la inclusió en aquest llistat, mancat de jerarquia interna, comporta una preferència per al cobrament del crèdit sobre determinats béns, que resten especialment vinculats a l'obligació malgrat la situació de concurs, així com una limitada facultat d'execució separada.<sup>4</sup>

En aquesta enumeració es troben a faltar dos drets reals de garantia regulats pel dret civil de Catalunya: el dret de retenció i l'anticresi. A diferència del que succeeix en el marc d'aplicació del Codi civil espanyol (CC), en la legislació catalana el dret de retenció, tant el mobiliari com l'immobiliari, es configura com a dret real de garantia i de realització de valor,<sup>5</sup> i el mateix caldrà concloure respecte de l'anticresi, de conformitat amb el que van establir els articles 1, 2 i 21 a 23 de la Llei 19/2002 i que actualment es recull en els articles 569-1, 569-2 i 569-23 a 569-26 del Codi civil de Catalunya; en conseqüència, els dubtes respecte de la seva naturalesa jurídica queden esvaïts per la mà del legislador, si bé això no treu que continuï presentant altres problemes de règim jurídic no resolts pel dret positiu vigent i que poden tenir, com en el cas que ens ocupa, transcendència en el concurs.

L'article 90.1.2 de la Llei concursal recull una preferència a favor del creditor anticrètic per al cobrament sobre els fruits produïts per l'immoble gravat, però aquesta previsió no soluciona el problema principal, relatiu a la preferència eventual per al cobrament sobre l'immoble gravat, sens dubte essencial en la regulació catalana i almenys discutible en l'àmbit del Codi civil espanyol.<sup>6</sup> A

3. Per tant, en una situació de concurs es poden distingir, a part dels crèdits contra la massa, els crèdits que efectivament entren en el concurs, ja que s'inclouen en la massa passiva (art. 49, que no els exclou), i els béns als quals afecten, que s'integren en la massa activa (art. 76, especialment arran de l'argument *a contrario sensu* respecte al seu apartat tercer). Entre els crèdits concursals s'estableix l'ordre de pagament següent: primer es faran efectius els crèdits amb privilegi especial (art. 155 en relació amb l'art. 90); a continuació, els crèdits amb privilegi general (art. 156 en relació amb l'art. 91); en tercer lloc, els crèdits ordinaris (art. 157 en relació amb l'art. 89.3), i, finalment, els crèdits subordinats (art. 158 en relació amb l'art. 92, complementat per l'art. 93).

4. Segons el que estableixen els art. 55, 56 i 57 LC.

5. Aquest estudi se centra en el problema que planteja l'anticresi catalana respecte al concurs, però necessàriament les conclusions obtingudes es podran estendre, amb més o menys automatisme i depenent dels casos, a la solució de la qüestió en matèria de dret de retenció.

6. De manera similar, també la Llei d'enjudiciament civil (LEC) ignora l'anticresi en els art. 681 i seg., i tan sols recull un efecte anticrètic, de caire processal, en els art. 676 i seg.

més, resulta en bona mesura incompreensible, atès que, tant en l'àmbit del Codi civil espanyol com en el dret civil català, i tant si l'anticresi és concebuda com a dret de gaudi en funció de pagament, com si se la considera un dret real de garantia, el creditor anticrètic no hauria de necessitar cap preferència per al cobrament sobre els fruits, que, per definició, fa seus en virtut del dret de percepció que li atorga l'anticresi, d'acord amb la seva configuració bàsica i tant si els fruits es perceben per a la seva imputació (art. 1881 CC) com si tenen una funció compensatòria (art. 1885 CC).<sup>7</sup>

La resposta a la qüestió plantejada obliga a intentar determinar, amb caràcter previ, quina és la naturalesa, substantiva o processal, de les normes relatives a la prelación de crèdits i, en connexió amb això, quina transcendència té el fet que s'inclouin en una norma estatal relativa al concurs; vist des de la perspectiva inversa, es tracta d'esbrinar fins a quin punt la naturalesa del dret d'anticresi com a garantia real comporta, per definició, que s'atorgui al creditor una preferència per al pagament, preferència que, en aquest cas, derivaria directament de la configuració substantiva, civil, del dret.

Atès que el legislador català té sens dubte competència per a la configuració de drets reals, inclosos els de garantia,<sup>8</sup> caldrà establir fins a quin punt les disposicions del legislador estatal en matèria de concurs poden alterar-ne l'eficàcia en un aspecte tan rellevant com és el de la preferència per al cobrament, sovint destacada com l'essència del dret real de garantia. En aquest sentit, es tracta de determinar l'abast real, i no merament formal, de la disposició final trenta-dosena de la Llei concursal; la seva virtualitat, en el marc i com a aplicació de la distribució constitucional de competències, ha de conduir a permetre una interpretació àmplia en la determinació de quins són, finalment, els crèdits que s'han de beneficiar del privilegi especial establert pels articles 89 i 90 de la Llei concursal.<sup>9</sup>

7. Sobre els interrogants que obre aquest precepte de la Llei concursal, vegeu *infra* l'apartat 4, esp. l'apartat 4.2, pel que fa a la transcendència respecte a la funció dels fruits en l'anticresi.

8. Malgrat la interposició, en el seu moment, del Recurs d'inconstitucionalitat 5840-2002 (BOE núm. 280, de 22 de novembre de 2002), que impugnava el capítol IV (art. 21 a 23), així com la resta de preceptes que mencionaven l'anticresi en la Llei 19/2002 (art. 1c i disposició transitòria), sembla que la regulació per part de la comunitat autònoma de drets reals que afectin béns immobles, àdhuc en funció de garantia, no atempta contra la unitat de mercat i, òbviament, no afecta l'ordenació dels registres públics, que roman a les mans de l'Estat central. Una altra cosa és que en aquests registres, i en concret al de la Propietat, hi puguin tenir accés qualssevol drets reals, que passaran igualment els controls de qualificació registral i se sotmetran als principis que fonamenten l'organització del Registre. No va tenir ocasió de pronunciar-se respecte a aquesta qüestió de manera definitiva el Tribunal Constitucional, atès que el recurs va ser retirat (BOE núm. 295, de 8 de desembre de 2004, p. 40456).

9. Respecte a la possibilitat, en termes generals, d'utilitzar l'analogia i la interpretació extensiva en matèria de privilegis, vegeu L. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*,

Abans, però, d'entrar de ple en aquest plantejament, cal fer una breu referència a la naturalesa jurídica de l'anticresi en la Llei 19/2002, de 5 de juliol, de drets reals de garantia (LDRG), tot comparant-la amb la regulada en els articles 1881 i següents del Codi civil espanyol, ja que la seva configuració en aquest darrer ordenament necessàriament ha de contribuir a explicar l'abast del referit article 90.1.2 de la Llei concursal i les seves limitacions.

## 2. NATURALESA JURÍDICA DE L'ANTICRESI EN EL DRET CIVIL CATALÀ<sup>10</sup>

### 2.1. OPCIONS DE CONFIGURACIÓ

La Llei 19/2002, de 5 de juliol, de drets reals de garantia, va regular per primer cop de manera autònoma i nominada el dret real d'anticresi, de manera que podia escollir entre adoptar un dels models preexistents o crear-ne un de nou, per a configurar-la com estimés més convenient.<sup>11</sup>

Els possibles dissenys de l'anticresi estan dibuixats per l'evolució històrica de la figura, en absolut lineal i generalment mal interpretada durant l'època de la codificació.<sup>12</sup>

Sembla pacífic que l'efecte anticrètic, és a dir, la imputació dels fruits que produeix el bé donat en garantia al pagament d'interessos i, si en sobressin, al capital del deute, troba el seu origen<sup>13</sup> en un pacte accessori a la penyora roma-

---

vol. II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 752 i 753, que s'hi mostra en contra a causa de la seva excepcionalitat. En el mateix sentit, vegeu M. D. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, «Las causas de preferencia», p. 189. Les permet, en canvi, N. BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, Madrid, Civitas, 2002, p. 227.

10. En aquest apartat es recullen parcialment les conclusions presentades en forma de comunicació al II Congrés de Dret Civil Català: «El Codi civil de Catalunya», celebrat a Tarragona els dies 1 i 2 d'octubre de 2003 i publicades a la revista *La Notaria*, núm. 11-12 (novembre-desembre 2003), p. 133 i 143, amb el títol «L'anticresi: algunes qüestions de naturalesa i de règim jurídic».

11. La innovació s'explicava tant en el preàmbul de la Llei com en els treballs preparatoris per la possible utilitat pràctica de la figura, així com per la necessitat de regular-la per raons de coherència, atesa la proximitat que el legislador li atribueix respecte al dret de retenció sobre béns immobles, que també va regular. En aquesta mateixa línia, vegeu P. del POZO CARRASCOSA, «Els drets reals de garantia», *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, vol. 105, núm. 1 (2003), p. 224.

12. En particular, sobre l'evolució de l'anticresi, vegeu F. BADOSA I COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonya, Publicaciones del Real Colegio de España, 1987, p. 756 i seg.

13. Sobre l'evolució de les garanties reals, vegeu, entre molts altres, M. KASER, *Derecho privado romano*, Madrid, Reus, 1968, p. 138 i seg. [traducció de J. Santa Cruz Teijeiro], i F. SCHULZ, *Derecho romano clásico*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1960, p. 387 i seg. [traducció de J. Santa

na que, amb el temps, va acabar sobreentenenent-se. Tot indica que inicialment aquest pacte anticrètic comportava una renúncia del pignorant a percebre els fruits de la cosa donada en garantia, a canvi de la renúncia del creditor a cobrar els interessos del deute, de manera que intervenia un cert grau d'aleatorietat, atès que es pactava una compensació alçada d'interessos amb fruits i, en conseqüència, tant el deutor com el creditor assumien recíprocament un risc de pèrdua o guany econòmic.<sup>14</sup> Però, amb el temps, el pacte anticrètic que es va considerar implícit al *pignus* operava en funció de la imputació o l'amortització, però no de la compensació; si la cosa empenyorada produïa fruits, s'imputaven en primer lloc als interessos i, si en sobraven, al capital; si encara en sobraven, corresponien al pignorant. Si, en canvi, els fruits percebuts no cobrien els interessos i el deute, tant el crèdit com la garantia subsistien.

Aquest efecte anticrètic és el que el legislador català va considerar implícit a totes les garanties reals que regula (art. 2.1*b* LDRG),<sup>15</sup> però cal remarcar des d'ara que, tant originàriament com en la legislació catalana de 2002, l'efecte anticrètic inherent a la penyora o al dret de retenció no atribuïa al creditor facultats de gaudi.<sup>16</sup> De tota manera, el nou article 569-2.2 del Codi civil de Catalunya, potser a causa d'una errònia comprensió d'aquest efecte anticrètic i per a evitar possibles confusions, l'elimina per a la penyora i la retenció.

En tot cas, la veritable virtualitat de l'anticresi com a figura —potser típicament contractual— autònoma, però, es pot trobar<sup>17</sup> arran de la reinterpretació de les fonts justinianees duta a terme al segle XVII.<sup>18</sup> D'acord amb aquesta construcció, l'anticresi és una convenció de caràcter principal que, malgrat que pot concórrer amb la penyora o amb la hipoteca, no té ni l'estructura de la segona ni la finalitat de la primera. Es tractaria, en realitat, d'un contracte de préstec re-

Cruz Teijeiro]. Sobre el pacte anticrètic i les seves modalitats, vegeu, entre altres, A. d'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra, 1989, p. 389, i M. KASER, *Derecho privado romano*, p. 138.

14. Actualment, en roman com a vestigi la previsió de l'art. 1885 CC.

15. En el CC, art. 1868.

16. En aquest sentit, només cal comparar els art. 6.2 i 18.2 de la Llei 19/2002 amb l'art. 22.4 del mateix text legal, relatiu a l'anticresi.

17. Se segueix, en aquest punt, l'anàlisi feta per A. HERNÁNDEZ-MORENO al comentari als art. 1881 i seg., a C. PAZ-ÀRES RODRÍGUEZ, L. DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ i P. SALVADOR CODERCH (dir.), *Comentarios al Código civil*, vol. II, Madrid, Ministeri de Justícia, 1991, p. 1926 i seg., i a la seva lliçó magistral per als exercicis de càtedra de febrer de 1981, consultada per cortesia de l'autor, i per F. BADOSA I COLL a *La diligencia*, p. 756 i seg.

18. Claude de SAUMAISE (Claudius Salmasius, 1588-1653), *De modo usurarum liber*, Lugduni Batavorum, Ex Officina Elseviriorum, 1639, p. 618 i seg., que trobava la veritable anticresi en el C.4.32.14.

cíproc de caràcter oneros i aleatori tendent a un doble servei o benefici: la prescripció d'interessos contra la percepció de fruits. Per tant, aquesta anticresi autònoma no atribuïa al creditor el *ius distrabendi* de la cosa si no anava acompanyada d'un dret de penyora, respecte del qual la relació seria de contigüitat i no de dependència. Una doctrina minoritària,<sup>19</sup> però que sembla que va guanyant terreny gradualment,<sup>20</sup> ha posat de manifest que es poden trobar indicis d'un dret similar a aquesta anticresi autònoma, entesa com a dret de gaudi en funció de pagament, en la doctrina anterior a la codificació civil alemanya,<sup>21</sup> i, així mateix, que es pot deduir de la imprecisa regulació del Codi civil espanyol la tipicitat d'una anticresi sense realització de valor; és a dir, d'una anticresi que no és dret real de garantia, sinó dret de gaudi en funció de pagament.

El Codi civil francès va gosar anar més enllà del que havien fet els autors del dret comú, preocupats per la prohibició de la usura, i regula, en els seus articles 2085 a 2091, un dret real de garantia sobre béns immobles que fàcilment es pot definir com una penyora immobiliària, atès que l'autonomia de l'anticresi és purament formal. Obertament influït pel Codi civil francès i allunyant-se en aquest punt del Projecte de 1851,<sup>22</sup> el Codi civil espanyol de 1889 regulà, en

19. A. HERNÁNDEZ-MORENO, comentari als art. 1881 i seg., i, especialment, en la lliçó magistral esmentada.

20. L. DíEZ-PICAZO, *Sistema de derecho civil*, vol. III, Madrid, Tecnos, 2001 (reimpresió de 2002), p. 507 i 509, en el sentit que entén que no hi ha dret de realització de valor en l'anticresi. Recentment, A. CARRASCO PERERA i A. CARRETERO GARCÍA, «Los derechos de retención y anticresis en la Ley 19/2002, de Catalunya, de derechos reales de garantía», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2004-I, p. 23 a 25, també destaquen que en el Codi civil espanyol l'anticresi no té atribuïda directament la naturalesa de dret real de garantia i que, de tota manera, tampoc no encaixa en el model de les garanties reals.

21. H. DERNBURG, *Pandette*, vol. I, part II, *Diritti Reali*, Torí, Fratelli Bocca Editori, 1907, § 278, núm. 3 i 4, p. 453 i 454 [trad. F. B. Cicalà], on es distingeix entre una anticresi accessòria a la penyora i una anticresi autònoma i de caràcter aleatori; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, vol. I, Torí, UTET, 1930, § 234, núm. 5 [trad. C. Fadda i P. E. Bensa].

22. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, vol. II, Barcelona, Base, 1973, p. 172, en comentar l'art. 1771 del Projecte, explicava que l'anticresi, entesa com l'entrega d'un bé immoble al creditor amb la facultat d'utilitzar-lo o de percebre'n els fruits i les rendes amb la càrrega d'imputar-los primer als interessos i, si no es devien, al capital, no es trobava regulada en les *Partidas*, atesa la prohibició de l'usura que llavors imperava. Però, havent abandonat el Projecte aquella prohibició (art. 1649 i seg.), hauria estat una incoherència no admetre el pacte anticrètic (comprès en l'art. 1651), amb el benentès que, en tot cas, quedaria limitat a la taxa fixada en l'art. 1650 del Projecte; si sobressin fruits, que excedissin la taxa, s'imputarien al capital a instàncies del deutor. En tot cas, però, aquest pacte es considerava merament personal, tret que es constituís de conformitat amb els art. 1830 i 1831 del repetit projecte i s'inscrivís; és a dir, que es constituís un dels drets reals subjectes a inscripció segons aquests preceptes, en els quals es consideraven la hipoteca i els restants drets reals en cosa aliena previstos pel Projecte, entre els quals no s'inclouia l'anticresi.

els articles 1881 a 1886, un contracte capaç de generar un dret real que atribueix a un creditor la facultat de percebre els fruits d'un immoble del seu deutor —o d'un tercer— amb la finalitat d'aplicar-los primer als interessos i, si en sobresin, al capital.<sup>23</sup>

## 2.2. L'ANTICRESI EN EL CODI CIVIL ESPANYOL

La doctrina majoritària interpreta els preceptes del Codi civil espanyol dedicats a l'anticresi com a conformadors d'un dret real de garantia,<sup>24</sup> tant per la seva ubicació sistemàtica —a continuació de la penyora i de la hipoteca— com per la remissió parcial a allò que disposa l'article 1857 CC i per la referència —certament ambigua— a un procés d'execució a l'article 1884 CC.<sup>25</sup>

No obstant això, justament la parcialitat de la remissió a les normes comunes a la penyora i a la hipoteca, així com la interpretació del referit article 1884 CC, donen a entendre que, en gran manera, en la mentalitat del legislador de finals del segle XIX l'anticresi podia ser alguna cosa diferent a la penyora d'immobles, d'acord amb aquella postura alternativa abans referida.

Efectivament, l'article 1886 CC només remet al darrer paràgraf de l'article 1857 CC (relatiu a la possibilitat que un tercer pugui assegurar una obligació aliena empenyorant o hipotecant béns propis), però no a les tres regles del primer apartat, enunciades com a requisits essencials de la penyora i la hipoteca i que denoten tant la seva accessorietat com l'amenaça de realització de valor que els és imprescindible i que s'expressa per l'exigència del poder de disposició del

23. Aquesta funció dels fruits també es trobava en l'art. 1505 de la Llei d'enjudiciament civil de 1881 i en l'art. 131.6 de la Llei hipotecària, després de la reforma de 1909; fixem-nos que, en ambdós casos, la referida funció ho és per al pagament del deute, i no com a garantia del seu compliment, anàlogament al que succeeix amb la previsió que actualment recullen els art. 676 i seg. de la Llei processal vigent.

24. Sobre la cita per la seva generalitat. Recentment, s'hi afegeix F. GUTIÉRREZ PEÑA, *El derecho real de anticresis en el Código civil español*, Madrid, Gráficas Blonde SL, 2004.

25. J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1907, t. XII, p. 514 i seg., explica que, malgrat la prohibició prèvia de l'anticresi com a resultat de la reprovaçió dels interessos (lleï segona, títol 13, *Partida* 5a), el contracte anomenat en algunes regions *contrato á gozar y gozar* es continuava duent a terme amb la forma de vendes a carta de gràcia, amb la qual cosa els deutors resultaven al cap i a la fi perjudicats per la prohibició, atès que, com que no podien concedir al creditor el gaudi dels fruits per a aplicar-los al capital i als interessos, havien d'alienar els béns, tot desprenent-se d'una propietat que difícilment podrien readquirir. Per això, Manresa y Navarro considera que l'opció del legislador de configurar l'anticresi ja no com un pacte, sinó com un contracte de garantia, diferent de la penyora i de la hipoteca, va ser adequada.

constituent.<sup>26</sup> Igualment, remet als articles 1860 CC (indivisibilitat), 1861 CC (pels tipus d'obligació) i 1866 CC (relatiu al *pignus gordianum*), però no, significativament, a l'article 1858 CC, que atorga també amb caràcter essencial a la penyora i a la hipoteca el *ius distrabendi*. L'única menció al dret de realització de valor per a l'anticresi es troba en el confús article 1884 CC, el qual es refereix a un procediment per al cobrament del deute o per a la venda de l'immoble que ni la Llei d'enjudiciament civil de 1881 ni l'actual no consideren de manera específica; sembla, doncs, que processalment el creditor anticrètic es troba en la mateixa situació que el creditor ordinari, amb la possibilitat d'agredir el patrimoni del seu deutor per la via general de l'article 1911 del Codi civil espanyol.<sup>27</sup>

Els dubtes que genera la regulació de l'anticresi en el Codi civil espanyol són fruit de la incertesa respecte a aquesta, palesada per l'estat de la doctrina anterior a la codificació,<sup>28</sup> i de la intempestiva introducció dels articles 1881 a 1888 en la primera edició del Codi, sense referent en l'Avantprojecte de 1882-1888.<sup>29</sup> Aparentment, es regulava una nova garantia real autònoma, però del text resultant no es deriven les notes característiques d'un dret d'aquesta classe.<sup>30</sup>

26. Contra aquests arguments se sol posar de manifest, no obstant això, que les remissions de l'art. 1886 del Codi civil espanyol ho són a preceptes que, implícitament o explícita, es refereixen sempre a l'obligació *garantida*.

27. Anàlogament, i pel que interessa en aquest estudi, també les regles de preferència, contingudes en l'art. 1923.3 CC i en l'avui derogat 916.1 del Codi de comerç, ignoraven completament l'anticresi.

28. B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español: Tratado de las obligaciones*, t. v, Madrid, Librería de Sánchez, 1871, p. 282 a 285. Recollint l'opinió general relativa a la licitud del pacte anticrètic amb anterioritat a la promulgació del Codi civil espanyol, vegeu M. FALCÓN, *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral*, Salamanca, Establecimiento Tipográfico de D. Vicente Oliva, 1878, t. II, p. 728 i 729.

29. J. M. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, t. 4, *Codificación civil*, vol. 1, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, p. 564-566.

30. Sembla que així ho va entendre també el legislador fiscal en determinar la tributació de l'anticresi; l'art. 13 del Reglamento provisional para la administración y recaudación de los impuestos sobre derechos reales y transmisión de bienes, de 10 d'abril de 1900, calculava l'impost en funció de les responsabilitats garantides amb els *fruits* de l'immoble. Aquest precepte es va mantenir en els textos refosos successius; els seus comentaristes destacaven la diferència de tracte en comparació amb el que rebia la hipoteca (J. SILVÁN, *Legislación vigente sobre los impuestos de derechos reales*, Barcelona, Ediciones BYP, 1941, p. 87-89; F. BAS Y RIVAS, *Impuestos de derechos reales y sobre transmisiones de bienes*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1948, p. 184-185). Per al dret vigent, no sembla productiva la consulta de la legislació fiscal, atès que, d'una banda, el text legal sembla contradir-se quant a la decisió respecte de si tributa el préstec o la garantia, i, de l'altra, el règim d'exempcions destrueix la preocupació en la pràctica (J. L. MUÑOZ DEL CASTILLO, M. VILLARÍN LAGOS i C. de PABLO VARONA, *Comentarios al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2004, p. 232 i seg.).



D'acord amb els preceptes vigents, l'anticresi afecta els fruits d'un immoble al compliment d'una obligació, en el sentit que s'atribueix al creditor la facultat de percebre'ls per a imputar-los primer als interessos i, si en sobressin, al capital (art. 1881 CC). A més, és possible que les parts pactin la compensació dels fruits amb els interessos (art. 1885 CC), de manera que la funció de l'anticresi s'altera (tot aproximant-se més als seus orígens), atès que s'introdueix una nota d'aleatorietat que barra el camí a l'amortització del capital. Així doncs, si no es diu res, la funció de l'anticresi és d'imputació o d'amortització del deute; si hi ha pacte, pot assolir una finalitat compensatòria de fruits per interessos.

Però, en qualsevol cas, l'anticresi no assegura l'obligació a través de l'afeció de la finca,<sup>31</sup> sinó que tan sols en promou el compliment per mitjà de l'atribució al creditor de la facultat de percebre els fruits de la finca, amb l'alternativa de la doble finalitat, d'imputació o de compensació, que pot adquirir depenent del pacte entre les parts.

### 2.3. L'ANTICRESI COM A DRET REAL DE GARANTIA A PARTIR DE LA LLEI 19/2002

En última instància i amb independència de quin fos l'origen de la figura, la decisió respecte a la configuració d'un dret determinat recau només sobre el legislador i no sembla que hi hagi cap dubte que el legislador català de 2002 ha volgut dissenyar l'anticresi com a dret real de garantia. Així es desprèn, expressament, del preàmbul i dels articles 1c<sup>32</sup> i 2, pels efectes que atribuïa als tres drets esmentats en l'article anterior (la retenció, el pacte anticrètic implícit, la realització de valor i l'accessorietat respecte al crèdit) i dels tres preceptes que integraven el capítol IV, dedicat al dret que ens ocupa, i que contenien sengles remissions a la regulació de la penyora (pel que fa a les obligacions susceptibles d'ésser garantides amb penyora, la pluralitat de penyores i la indivisibilitat i la retenció fins al pagament complet del crèdit) i de la retenció immobiliària (pel que fa a la realització de valor). Per tant, sembla que aquesta regulació actual de l'anticresi es pot connectar amb les antigues normes de dret civil català relatives a la penyora d'immobles.<sup>33</sup> La mateixa línia s'ha seguit en el vigent llibre V del Codi civil de Catalunya.

31. Vegeu, però, de data relativament propera a la promulgació del Codi civil espanyol, les resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 15 de març de 1909 (JC 20, p. 193-197) i 30 de juny de 1913 (JC 150, t. 127, p. 929-932).

32. «Els drets reals de garantia, que es poden constituir per a assegurar una obligació principal, regulats per aquesta Llei són: [...] c. L'anticresi.»

33. Vegeu, per exemple, els Costums de Tortosa (llibre 4, rúbrica 13, costum 1r; llibre 8, rúbrica 5, costums 5è i 16è).

Respecte a la regulació continguda en el Codi civil espanyol, la gran novetat de la Llei catalana va ser que l'anticresi regulada per ella atribuïa al creditor el dret de realització de valor sobre la finca gravada, de manera que aquesta garantia real va adquirir una doble projecció: d'una banda, facultar (i, com es veurà, al mateix temps obligar) el creditor a percebre els fruits de l'immoble i a imputar-los al pagament d'interessos i, si en sobressin, al capital (art. 2.1*b* i 22.4 Llei 19/2002; art. 569-2.2 i 569-25.4 CCC);<sup>34</sup> de l'altra, conferir-li la possibilitat de realitzar el valor de la finca (art. 2.1*c* i 23 LC) i cobrar-lo amb preferència (art. 2.2 LC).

Ara bé, fins i tot admetent clarament la naturalesa de l'anticresi de dret real de garantia, ens trobem amb el problema d'esbrinar quines són les notes que la distingeixen d'altres figures afins, tot perfilant-ne la descripció típica. Els dubtes sorgeixen tant de l'ús de la tècnica de la remissió com de les afirmacions contingudes en el mateix preàmbul de la Llei 19/2002.

En efecte, en el preàmbul es diu que «la regulació del dret de retenció sobre immobles fa que s'hagi de preveure la regulació del dret real d'anticresi, tenint en compte que l'única diferència entre el dret de retenció d'immobles i l'anticresi rau en el fet que el dret de retenció és de constitució unilateral, imposat per la part retenidora, mentre que l'anticresi és de constitució bilateral, a partir d'un acord de voluntats». Aquesta afirmació resulta de seguida contradita pel mateix articulat de la Llei.

En primer lloc, perquè el dret de retenció necessàriament ha de presentar una regulació concordant amb aquella constitució per disseny de la persona retenidora. I, certament, així ho demostra, per exemple, la relació d'obligacions sus-

34. Partim, doncs, d'entendre que el legislador català ha previst la percepció dels fruits amb finalitat d'imputació o d'amortització del deute, no pas compensatòria. Durant la tramitació de la Llei 19/2002 es va presentar una esmena d'addició, la núm. 96 (BOPC núm. 311, de 14 de juny de 2002), que pretenia la incorporació a l'art. 22 d'un nou apartat segons el qual «serà vàlid el pacte de compensar, durant la retenció, els interessos del deute amb els fruits, supòsit en el que no procedirà la rendició o liquidació de comptes». Aquesta esmena, que beu directament de l'art. 1885 del Codi civil espanyol, no va arribar al text definitiu i curiosament fou proposada pel Grup Popular, que justament criticava la regulació de l'anticresi perquè la considerava una còpia dels art. 1881-1886 CC. De tota manera, malgrat l'absència d'una previsió expressa (ni en la Llei 19/2002 ni en el llibre V), cal admetre la validesa d'aquest pacte —que comporta lògicament la innecessarietat d'una rendició de comptes per a comprovar la imputació— basant-nos en el genèric principi de llibertat civil (art. 111-6 Primera llei del Codi civil de Catalunya). A més, tampoc no semblava impossible defensar, en el marc de la Llei 19/2002, una funció compensatòria dels fruits amb interessos com a contingut normal de l'anticresi, la qual cosa la diferenciaria clarament del pacte anticrètic que la Llei considera implícit a tota garantia real (art. 2.1*b*) i conduiria a entendre que aquest dret de nova regulació juxtaposa la virtualitat del *contrarium mutuum* a l'eficàcia de la garantia real sobre l'immoble que es manifesta en la possible realització de valor, acompanyada de preferència per al cobrament. La funció d'imputació de l'anticresi encara sembla més palesa en el llibre V del CCC, atès que l'efecte anticrètic ha desaparegut en els casos de la penyora i el dret de retenció.

ceptibles de ser garantides amb aquest dret, que ben poc tenen a veure amb les que poden ser assegurades amb penyora o amb anticresi:<sup>35</sup> en concret, hi ha unes determinades obligacions «que originen el dret de retenció», mentre que la penyora i l'anticresi poden garantir qualsevol tipus d'obligació, present o futura.<sup>36</sup>

En segon lloc, i aquí és on l'anticresi es distancia tant de la penyora com de la retenció, per al dret que ens ocupa l'article 22.4 de la Llei 19/2002 preveu que el titular de l'anticresi «ha d'administrar la cosa amb la diligència necessària per tal d'obtenir-ne els rendiments normals» i estableix a continuació un deure de rendició de comptes anual a favor del garant, si així ho sol·licita. Encara de manera més clara, l'article 569-25.4 del Codi disposa que, durant la retenció, el titular del dret d'anticresi ha d'administrar per a l'obtenció del *màxim rendiment possible*. Aquesta obligació d'usar la cosa i d'obtenir-ne no solament els rendiments normals, sinó els màxims possibles, pròpia i necessària per a una configuració coherent del dret d'anticresi,<sup>37</sup> contrasta obertament amb la prohibició d'usar la cosa gravada amb un dret de retenció o amb penyora que expressament disposen els articles 6.2 i 18.2 de la Llei 19/2002, i 569-6.2 i 569-19.2 del Codi, respectivament. Per tant, enfront d'una prohibició d'usar per al retenidor i per al creditor pignoratiu, l'anticretista té un veritable dret-deure d'utilització de la cosa conforme a la seva naturalesa productiva: Com es pot veure, les diferències respecte del dret de retenció són substancials i no merament marginals.<sup>38</sup>

35. En aquest sentit, només cal comparar el contingut de l'art. 5 de la Llei i 569-4 del Codi, respecte al dret de retenció, amb l'art. 13 de la Llei i 569-14 del Codi, relatiu a la penyora, al qual remetem, respectivament, els art. 22.1 de la Llei i 569-25.1 del Codi per a l'anticresi.

36. Crida l'atenció que l'anticresi es pugui constituir com a garantia d'obligacions futures, atès que difícilment es podrà dur a terme la funció amortitzadora si no hi ha ni capital ni interessos als quals es puguin imputar els fruits. No estem dient que no sigui possible aquesta configuració, de caire condicional, potser amb la finalitat de reservar la preferència i deixant latent, d'entrada, la facultat de percebre fruits, però sí que hauria estat convenient dotar-la d'una regulació.

37. Aquesta càrrega o contingut instrumental del dret, consistent en el deure d'administració per a la producció, podia haver estat objecte d'una regulació més detallada, tant en la Llei 19/2002 com en el llibre V. Així, per exemple, ens caldria saber quines són les conseqüències de l'incompliment d'aquest deure d'administració: permet al garant exigir la devolució de la finca?, extingeix l'anticresi per incompliment d'una de les parts?, si és així, el creditor perd la garantia o es transfereix l'administració de la finca a un tercer? Vegeu un comentari respecte a aquesta qüestió i propostes de solució en el nostre treball anterior «L'anticresi: algunes qüestions de naturalesa i de règim jurídic», p. 140-141. A les conclusions suggerides allà, podríem afegir-hi la possibilitat que el deute garantit es compensés amb el *rendiment normal* de la finca, entès aquest concepte en el sentit de l'art. 6.2 *in fine* de la Llei 25/2001, de 31 de desembre, de l'accessió i l'ocupació.

38. A diferència del que es pot llegir en els treballs preparatoris (OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA, SECCIÓ DE DRET PATRIMONIAL, *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya: Els drets reals*, Lleida, Generalitat de Catalunya, 2003, p. 240).

Això ens portava a preguntar-nos amb anterioritat a l'aprovació del llibre v quina virtualitat tenia, doncs, el que disposava l'article 2.1*b* de la Llei en establir com a efecte general dels drets reals de garantia regulats en la Llei «la imputació dels fruits de la cosa als interessos del deute garantit i, si s'escau, al capital»; és a dir, quina diferència hi ha entre aquest pacte anticrètic implícit que era d'aplicació a totes les garanties possessòries, d'una banda, i l'aprofitament que correspon al creditor anticrètic, de l'altra. En una primera aproximació, semblava que el retenidor i el titular d'un dret de penyora no poden fer ús de la cosa, però si aquesta produeix fruits, els poden fer seus amb el deure d'aplicar-los primer als interessos i després al capital; en canvi, el creditor anticrètic haurà de procurar la producció normal i podrà apropiarse amb finalitat amortitzadora tant dels fruits naturals i civils com dels industrials. Podíem també adoptar per a la legislació catalana una argumentació paral·lela a la feta pel que fa a la contradicció aparent entre els articles 1868 i 1870 del Codi civil espanyol, i en relació amb l'article 1883 del mateix text legal,<sup>39</sup> segons aquesta tesi, els dos preceptes citats en primer lloc són aplicació d'una mateixa norma general consistent en l'obligació del creditor de no malmetre el valor de la cosa, però es refereixen a béns diferents: així, l'article 1870 CC prohibeix l'ús del bé gravat si aquest no té naturalesa productiva, mentre que si el bé pignorat és productiu, el creditor podrà utilitzar-lo per a percebre'n els fruits i imputar-los tal com indica l'article 1868 CC.<sup>40</sup> La mateixa argumentació es podia traslladar a la relació entre els articles 2.1*b* de la Llei 19/2002, d'una banda, i 6.2 i 18.2 de la Llei 19/2002, de l'altra. En tot cas, la distància entre el dret d'anticresi i les restants garanties possessòries establertes en la Llei es feia ben palesa, per tal com, mentre que en l'anticresi la percepció de fruits era institucional, en la penyora —com en la retenció— la percepció de fruits era excepcional, atès que l'essència de la garantia rau en el *ius disponendi*.<sup>41</sup> Allò que per al creditor pignoratiu és una facultat o legitimació, per al creditor anticrètic es converteix en una càrrega o obligació.<sup>42</sup>

39. F. BADOSA I COLL, *La diligència*, p. 751 i seg.

40. De fet, tots dos preceptes tenen com a finalitat prohibir l'ús de la cosa per part del creditor quan aquest ús és d'utilitat exclusiva per al creditor, cosa que no succeeix quan comporta la reducció o l'extinció del crèdit; és a dir, quan beneficia el deutor. De tota manera, l'art. 1868 del Codi civil espanyol literalment només considera la penyora de crèdits i la producció de fruits civils arran d'una relació jurídica preconstituïda pel deutor. F. BADOSA I COLL, *La diligència*, p. 755.

41. F. BADOSA I COLL, *La diligència*, p. 438, nota 175.

42. Entenent també que tant el deutor com el creditor estan interessats en una bona administració i que aquesta es configura com a deure del creditor, P. del POZO CARRASCOSA, «Els drets reals», p. 225. En contra de l'existència d'una obligació d'administració productiva semblen pronunciar-se, en canvi, A. CARRASCO PERERA i A. CARRETERO GARCÍA, «Los derechos de retención y anticresis», p. 28, tot lamentant l'absència en la Llei catalana d'una previsió anàloga a la

Aquesta obligació d'administració productiva, però, que es revela com el caràcter principal de l'anticresi, s'adiu malament, fins al punt que sembla contradictòria, amb el *ius distrahendi*. Efectivament, si l'anticresi comporta un pacte d'autopagament, que interessa tant al creditor com al deutor, cal esbrinar quan pot entrar en joc la realització de valor del bé gravat, pròpia d'un dret real de garantia. En aquest sentit, sembla que s'haurà d'haver fixat un termini a partir del qual es podrà procedir a cobrar el deute sobre el valor de la cosa, si no s'ha satisfet sense culpa del creditor. No ha de quedar a voluntat del creditor incomplir el seu deure d'administració per a la producció: no pot renunciar unilateralment al pacte d'autopagament establert amb el seu deutor. Per tant, quan la manca de satisfacció del deute sigui deguda a la culpa del creditor, el pas al *ius distrahendi* li restarà impedit. Només si l'immoble no ha produït béns suficients, sense que aquesta circumstància sigui imputable a la manca de diligència del creditor, serà possible realitzar el valor de l'immoble en benefici del creditor. Del que s'acaba de dir es pot deduir fàcilment que l'article 1883.2 del Codi civil espanyol no ha de ser considerat aplicable de manera supletòria a Catalunya, atès que no hi ha cap llacuna en aquest punt en el dret civil propi.<sup>43</sup> L'obligació d'administració per a la producció es configura com a necessària a fi que l'anticresi pugui desenvolupar la doble funció que li és pròpia, això és, servir en primer lloc de mètode per a l'autopagament i, només si aquest no funciona amb els resultats esperats, permetre la realització de valor, en aplicació de la seva funció de garantia.

Quant a la resta de disposicions comunes a tots els drets reals que regulà la Llei 19/2002 i que manté el Codi, la seva aplicabilitat a l'anticresi deriva direc-

---

de l'art. 1883, segon paràgraf, del Codi civil espanyol. La seva postura es basa en el fet que l'anticresi no significa novació del deute i, per tant, el creditor ha de poder exigir-ne el pagament per altres vies i, d'altra banda, també el deutor ha de poder alliberar-se del deute pagant-lo, atès que (p. 28, nota 45) no es podria col·locar en una situació pitjor que la del censatari.

No obstant això, convé recordar que fins i tot en els préstecs hipotecaris l'amortització anticipada es penalitza, de manera que, ni tan sols quan les parts no han pactat una anticresi, no sols importa el pagament, sinó que importen també el temps i la manera acordada de dur-lo a terme, d'acord amb l'exigència d'identitat (art. 1166 CC); l'anticresi no comporta novació (en tot cas, podríem pensar en una dació en pagament), però sí un acord sobre el sistema d'amortització del deute, que repercuteix en la posició del creditor. De tota manera, els autors citats entenen implícita a la Llei catalana la regla de l'art. 1883 (A. CARRASCO PERERA i A. CARRETERO GARCÍA, «Los derechos de retención y anticresis», p. 30) i, en plantejar-se l'aplicabilitat del pacte a què es refereix l'art. 1885 del Codi civil espanyol, assenyalen que en aquest cas desapareix l'obligació de percebre els fruits (A. CARRASCO PERERA i A. CARRETERO GARCÍA, «Los derechos de retención y anticresis», p. 29), de manera que sembla que almenys la suposen latent en l'altre cas.

43. Per a una opinió contrària, vegeu la nota anterior a aquesta.

tament de la seva naturalesa de dret real de garantia amb traspàs possessori, tant pel que fa a la facultat de retenció fins al pagament complet del deute garantit, com respecte a la prelación —necessitada de concreció per a totes les garanties considerades— i al dret de realització de valor. Igualment, és predicable de l'anticresi en aquesta configuració com a dret real de garantia la nota de l'accessorietat que estableix l'article 569-2.5 del Codi (antic article 2.3 de la Llei) i que en cap cas regiria per a una anticresi concebuda com a *contrarium mutuum*.

La tècnica de la remissió, utilitzada per la Llei de 2002 i mantinguda en el Codi, a la qual s'ha fet referència unes línies més amunt, també dificulta la delimitació de la figura. D'una banda, condueix a les normes de la penyora per a la definició de les obligacions garantibles, per a la impossibilitat de segona penyora o anticresi i,<sup>44</sup> per a la indivisibilitat i, potser innecessàriament, atès que ja ho considera en termes generals l'article 569-2.1a del Codi, per a la facultat de retenció. Però, d'altra banda, la legislació catalana remet per a la realització de valor a les regles pròpies del dret de retenció. Aquesta darrera previsió s'explica pel fet que calia trobar normes idònies per a l'execució forçosa de béns immobles i, lògicament, no es podien buscar en la regulació de la penyora mobiliària.

Per tant, malgrat que en el preàmbul de la Llei 19/2002 es digués que l'anticresi no és més que un dret de retenció immobiliari de constitució voluntària, les mateixes remissions contingudes en l'article 22 de la Llei (i actual article 569-25.1 del Codi) ho desmenteixen: quant al contingut, s'apliquen les normes de la penyora «en allò que resultin compatibles amb la seva naturalesa», i només ens remetrem a les regles de la retenció per a la realització de valor, regles que, d'altra banda, són merament procedimentals.

Per a tancar aquest apartat relatiu a la naturalesa jurídica de l'anticresi en la legislació catalana actual, cal destacar un cop més que ben poca virtualitat tindrà aquesta figura concebuda com a dret accessori de garantia si no se li proporciona una regulació més detallada: un efecte similar es pot aconseguir, amb una seguretat molt més palesa, constituint una hipoteca amb pacte anticrètic. Malgrat la manca de desplaçament possessori que caracteritza la hipoteca, això no exclou l'estipulació conforme a la qual correspon al creditor el control econòmic de la cosa, és a dir, la percepció de fruits, tant naturals com civils o industrials, amb finalitat amortitzadora o fins i tot compensatòria.<sup>45</sup> Davant d'aquest

44. Pel que fa a la possibilitat de segons o ulteriors drets d'anticresi, notem que actualment es permeten si es constitueixen a favor dels mateixos creditors i es distribueix la responsabilitat (article 569-15.1 del Codi).

45. En el mateix sentit, vegeu A. CARRASCO PERERA i A. CARRETERO GARCÍA, «Los derechos de retención y anticresis», p. 26.

raonament es podria argüir que el supòsit no inclouria un veritable pacte anticrètic, perquè el creditor no suportaria el risc d'una producció generada per ell mateix, sinó que es limitaria a controlar l'aliena; però això no treu que en la pràctica pugui resultar més atractiu aquest mecanisme que no pas la veritable anticresi, sobretot si tenim en compte que aquesta darrera tindrà ben poc èxit si no se l'acompanya de procediments d'execució específics a través dels quals el creditor pugui fer valer de manera àgil la seva preferència per al cobrament, tant en l'àmbit del concurs com respecte a les execucions singulars.

Sabem que tant la Llei 19/2002 com el Codi han previst dos procediments per a la realització forçosa del crèdit garantit amb anticresi o amb dret de retenció, però continua mancant una via judicial específica i idònia. Els articles 681 i següents de la Llei d'enjudiciament civil (LEC) preveuen les especialitats per a l'execució de penyores i hipoteques, sense incloure les garanties immobiliàries catalanes. Per tant, en principi aquests creditors només podran aspirar, per la via judicial, a l'execució general basada en la constància de la seva constitució en un document públic (art. 571.2.4 LEC). De nou, sembla com si una prudència excessiva hagués avortat la remissió eventual de l'article 23 de la Llei i 569-26 del Codi al procediment dels articles 681 i següents de la LEC, en exercici de la competència pròpia en aquesta matèria (article 149.1.6 de la Constitució espanyola [CE]).

### 3. LES NORMES DE LA PRELACIÓ DE CRÈDITS

#### 3.1. ÀMBITS D'APLICACIÓ

És ben sabut que en la normativa civil catalana no s'estableix una ordenació de les excepcions al principi general de la *par conditio creditorum*. Per tant, se sol entendre que regeixen les normes contingudes en la legislació concursal i el Codi civil espanyol (art. 1921 i seg. CC, actualment en fase de reforma) com a dret supletori. Aquest plantejament podria funcionar amb normalitat sempre que coincidissin, malgrat certes particularitats, les figures creditícies regulades en un i altre ordenaments, però comença a presentar fisures des del moment que el legislador autonòmic regula drets reals de garantia, com és el cas que ens ocupa, que no tenen traducció al marc del Codi civil espanyol, perquè li són desconeguts. Així s'esdevé tant amb el dret real d'anticresi com amb el dret de retenció, configurats com a garanties reals.<sup>46</sup>

46. En realitat, el problema es planteja com una veritable «prova del nou» d'aquella suposada supletorietat.

Convé, en conseqüència, esbrinar quins són els àmbits d'aplicació de les normes de preferència entre els crèdits, per tal d'aclarir si d'alguna manera la competència autonòmica es veu limitada en aquest punt. I, necessàriament, la resposta a aquest interrogant obliga a dur a terme el plantejament invers; és a dir, a qüestionar si l'exercici de la competència estatal, exclusiva o supletòria, en la matèria, suposa en realitat una intromissió en la competència autonòmica per a la regulació del seu dret substantiu propi.

Les normes de la prelación de crèdits no entraran en joc quan la relació creditícia funcioni amb normalitat, ni tampoc quan les patologies del compliment afectin només un creditor enfront d'un deutor.<sup>47</sup> L'absència de concurrència de creditors farà que els problemes es resolguin d'acord amb la naturalesa jurídica i les qualitats pròpies del crèdit, sense prendre en consideració la resta de relacions jurídiques obligacionals en les quals pugui ser part el deutor. Així, l'existència d'un dret real d'hipoteca, o d'una anticresi catalana, operaran amb completa normalitat davant del deutor, el fiador real o el tercer posseïdor, per tal com el legislador que en cada cas els ha dissenyat els ha atribuït una capacitat de subjecció directa i immediata d'un bé a la satisfacció derivada de l'incompliment d'una obligació.

Però pot succeir que les relacions entre creditor i deutor es vegin afectades per l'existència d'altres creditors, i això pot tenir lloc en dos tipus de situacions diferents: en primer lloc, quan un creditor fa valer el seu dret en un procediment d'execució singular contra el patrimoni del deutor; en segon lloc, quan la incapacitat generalitzada del deutor de fer front a les seves obligacions exigeix que s'obri un procediment concursal en què, malgrat basar-se en la garantia de la *par conditio*, es tenen en compte les preferències per al cobrament que ostenten certs creditors.

En cas d'execució singular, les preferències dels creditors es manifestaran a través de l'exercici d'una terceria de millor dret, que legitima la intervenció en un procés d'execució pendent entre el deutor i un altre creditor. Així doncs, els creditors preferits podran excloure els béns sobre els quals s'estableix la preferència de l'execució o bé podran cobrar amb preferència a l'executant sobre qualsevol bé del deutor, si el seu privilegi és general. La traducció en termes processals d'aquest mecanisme de protecció de crèdits preferents es troba en els articles 614 a 620 de la Llei d'enjudiciament civil.

Però el privilegi també es podrà manifestar en els supòsits de concurs. És aquí on entren en joc les regles establertes en els articles 89 i següents de la Llei concursal.<sup>48</sup>

47. Així ho remarca també F. P. BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago de los acreedores concursales*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2004, p. 91.

48. No s'ha d'oblidar que el creditor amb garantia real que no hagi comunicat el seu crèdit a temps pot perdre la preferència i convertir-se de fet en creditor subordinat (art. 92.1 LC) o fins i tot



### 3.2. CARÀCTER DE LA NORMATIVA CONCURSAL SOBRE CRÈDITS AMB PRIVILEGI ESPECIAL

El dubte sobre la naturalesa substantiva o processal de les normes relatives a la prelació de crèdits no afecta només la regulació concursal, sinó també les preferències establertes per als supòsits d'execució singular, atès que es tracta de determinar, en el fons, quina és la naturalesa d'aquestes preferències que, com acabem de veure, tenen dues manifestacions especialment destacades. És per això que les conclusions que s'obtenen a continuació, centrades en el concurs, s'hauran d'estendre també a la regulació continguda en els articles 1921 i següents del Codi civil espanyol, sens perjudici que calgui matisar-les especialment quan el legislador estatal compleixi el mandat recollit en la disposició final trenta-tresena de la mateixa Llei concursal.<sup>49,50</sup>

pot perdre el crèdit, si no s'arriba a incloure en la massa passiva. Però aquesta és una qüestió que afecta la diligència exigible en situacions de concurs i no altera la naturalesa del problema; simplement ens recorda que el privilegi és renunciable i que es pot perdre per negligència.

49. Disposició final trenta-tresena: «Projecte de Llei reguladora de la concurrència i prelació de crèdits. En el termini de sis mesos comptadors des de l'entrada en vigor d'aquesta Llei, el Govern remetrà a les Corts Generals un projecte de llei reguladora de la concurrència i prelació de crèdits en cas d'execucions singulars.»

Respecte a aquesta qüestió, l'exposició de motius (EM) XII.2 diu: «La delimitació dels àmbits concursal i extraconcursal de la concurrència i prelació de crèdits, si bé respon a una correcta definició de la matèria pròpia d'aquesta Llei, pot ocasionar en la pràctica problemes de desajustament, per la molt diversa regulació que manté el vell dret respecte de la que estableix la reforma concursal, però l'abast d'aquesta no es pot estendre a una revisió completa de tota la matèria de preferències de crèdits que regeixen fora del concurs. Resulta necessària aquesta revisió, i ara no tan sols per l'arcaisme del sistema format per sediments històrics mancat de tot ordre lògic que ha de presidir la matèria, sinó per la punyent exigència de la seva harmonització amb la reforma concursal. Per això, la disposició final trenta-unena —ara, la 33— encomana al Govern que en el termini de sis mesos comptadors des de l'entrada en vigor d'aquesta Llei presenti a les Corts Generals un projecte de llei sobre reforma dels Codis Civil i de Comerç en matèria de concurrència i prelació de crèdits en cas d'execucions singulars.»

50. Sobre la reacció de la doctrina a aquesta opció del legislador concursal pel que fa a les preferències en matèria d'execució singular, vegeu F. PANTALEÓN PRIETO, «De la clasificació de los créditos», a L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA i M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Comentarios a la Ley concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 518-519. Es mostren obertament en contra: J. M. GARRIDO, «La graduación de créditos», a A. ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 243-244; A. ROJO, «La reforma del derecho concursal español», a A. ROJO (dir.), *La reforma*, p. 127; F. P. BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago*, p. 162-164, i M. D. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, «Las causas de preferencia», p. 187-188. En aquest mateix sentit crític es va pronunciar el Consell General del Poder Judicial en el seu informe sobre l'Avantprojecte de llei concursal de 2001 (informe de 10 d'octubre de 2001, apartat II.4).

En línies generals, no es pot oblidar que la normativa concursal presenta implicacions processals importants, a causa de la constant intervenció judicial en la seva tramitació, així com pel sol fet de suposar una successió d'activitats consecutives tendents a l'adopció d'un conveni entre el deutor i els seus creditors o bé a la liquidació de la massa activa per a intentar cobrir dins de les possibilitats existents el major nombre de crèdits possible.

Però no per això cal atribuir a tota la legislació concursal caràcter de normativa processal, la qual cosa significaria una atracció inicial, tot i que no absoluta, cap a la competència del legislador central basada en la previsió de l'article 148.1.6 de la Constitució.

En la Llei concursal es troben tota una sèrie de normes que afecten, amb més o menys intensitat, el dret substantiu, perquè expliciten l'eficàcia d'institucions civils en una de les situacions en què es poden trobar durant la seva existència; és a dir, el concurs de creditors.<sup>51</sup> Sense anar més lluny, així succeeix amb l'article 78.3 LC, quan regula la transcendència del concurs respecte de les compres amb pacte de supervivència o, ara sense remissió tan directa al dret civil català —tot i els problemes que genera en relació amb l'article 12 del Codi de família—, quan estableix les presumpcions de perjudici a la massa i subsegüent rescindibilitat dels actes celebrats a títol gratuït, especialment si hi intervenen persones properes al concursat (art. 71 LC).<sup>52</sup>

És evident que aquestes previsions no són dret processal, sinó mer dret civil. Per tant, en aquestes matèries en què la qüestió resolta és de dret substantiu, si bé s'inclouen en la Llei, ha d'actuar amb tota la seva intensitat la cautela de la disposició final trenta-dosena de la mateixa Llei concursal, que fixa el títol competencial en els articles 149.1.6 i 149.1.8 de la Constitució, «sens perjudici de les necessàries especialitats que es deriven en aquest àmbit de les peculiaritats del dret substantiu de les comunitats autònomes».<sup>53</sup>

51. De fet, sovint es diu que el dret concursal posa a prova les institucions civils, fins al punt de qüestionar la resistència de la seva categorització en situacions extremes.

52. Sobre aquestes qüestions, vegeu E. ROCA, «El concurso del deutor persona física», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2004-4, esp. p. 1096 i seg.; L. ARNAU RAVENTÓS, «Les adquisicions amb pacte de supervivència a la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal», *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 4 (2004), consultat per cortesia de l'autora abans de la seva publicació, i L. ARNAU RAVENTÓS, *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa*, Barcelona, Atelier, 2006.

53. Aquesta disposició, que apareix com una de les clàusules de salvaguarda de competències —el títol competencial habilitador—, de conformitat amb l'acord del Consell de Ministres de 18 d'octubre de 1991, de directrius per a l'elaboració d'avantprojectes de llei (BOE núm. 276, de 18 de desembre de 1991, directriu V. 29), serveix de recordatori o reclam, des del mateix text estatal, de la

Les regles relatives als privilegis que es contenen en els articles 89 i següents de la Llei concursal són també, sens dubte, normes de dret substantiu; tot i que entraran en joc majoritàriament en el marc d'un litigi,<sup>54</sup> reflecteixen una qualitat del crèdit, atorgada per la Llei com a excepció puntual a la *par conditio* o bé derivada de la seva pròpia naturalesa.<sup>55</sup>

Efectivament, es poden distingir dos tipus de fonts de la preferència (o del *privilegi*, en el sentit ampli i impropri que la Llei concursal dóna a aquest terme), clarament separades. D'una banda, hi ha crèdits que el legislador<sup>56</sup> considera mereixedors d'una tutela especial, bé pel seu titular actiu i l'activitat realitzada (crèdits per al cobrament de salaris), bé per la seva connexió amb un bé determinat (crèdits refaccionaris o d'asseguradores), bé per la combinació de tots dos criteris (crèdits tributaris enfront de l'Administració).

En canvi, altres vegades la preferència deriva directament de l'existència d'un dret que, per la seva pròpia configuració, vincula un bé al compliment d'una obligació. Això és el que succeeix amb els drets reals de garantia, que, entre al-

---

competència autonòmica sobre figures que, més que constituir matèria concursal, són matèria substantiva civil, que es pot veure afectada per la situació de concurs.

54. La regulació vinculada a un plet no ha de fer perdre de vista que es tracta de qualitats del crèdit; també la construcció doctrinal i jurisprudencial de l'acció reivindicatòria es connecta amb l'activitat processal, però en tots dos casos es tracta de la traducció processal de qüestions de dret substantiu: l'existència del dret de propietat i la manera de fer-lo valer o la situació d'un creditor respecte dels altres que ho són enfront del mateix deutor.

55. Des d'una altra perspectiva, J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *El Registro de la Propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso*, Granada, Comares, 2004, p. 155, afirma que en el Codi civil espanyol «el sistema de privilegios no es sino la proyección patrimonial y crediticia del sistema de organización de la titulación pública», però reconeix que «el problema de la esencia del privilegio como tal y su fundamento permanecen ocultos para el derecho», amagada darrere la seva pretesa excepcionalitat i legalitat.

56. Si s'entén que el privilegi és una qualitat substantiva del crèdit, res no impedeix que el legislador autonòmic amb competència en matèria civil estableixi les seves pròpies regles de preferència sense que això afecti la unitat de mercat, atès que no és més que una manifestació de l'existència de drets civils diferenciats. Establerta aquesta premissa, els problemes poden sorgir justament del fet que la comunitat autònoma, tot i tenir la competència, no l'exerciti. Així succeeix amb l'anticresi regulada pel legislador català; l'art. 2.2 de la Llei 19/2002 i l'actual art. 569-2.4 del Codi li atribueixen la preferència que atorguen les regles generals de prelació de crèdits, que no existeixen en el dret civil català i que, malgrat que existeixen en el Codi civil espanyol, no consideren l'anticresi, segurament a causa de la intempestiva introducció d'aquesta figura el 1889. La llei concursal actual considera l'anticresi en l'art. 90.1b i atorga una distorsionadora preferència al cobrament del crèdit sobre els fruits (i el mateix sembla pretendre l'Avantprojecte de concurrència i prelació de crèdits en cas d'execució singular). Pot significar això que l'anticresi catalana no comporta preferència per a la realització de valor sobre el bé gravat, sinó únicament sobre els fruits? A continuació s'intentarà argumentar que aquesta no pot ser la interpretació correcta.

tres notes definitòries, tenen la virtualitat de facultar el creditor per a una execució singular, que pot sobreviure fins i tot en situacions concursals, però que ben poca cosa afegiria a la posició creditora si no comportés, a més, la possibilitat de cobrar el crèdit —o la responsabilitat derivada de l'incompliment— amb preferència als altres creditors amb càrrec al bé gravat.<sup>57</sup> És cert que la gran diferència entre els drets reals de garantia i els privilegis en sentit estricte rau en el fet que, mentre que aquests darrers només tenen virtualitat en el marc de la responsabilitat patrimonial universal del deutor (art. 1911 CC), la garantia real s'adhereix a la cosa amb independència del fet que ja no pertanyi o que mai no hagi estat en el patrimoni del deutor, però el creditor garantit no en té prou amb la repercutivitat si resulta que el bé es troba en el patrimoni concursat, ja que necessita també la preferència.

En aquest segon cas, doncs, la preferència del creditor que té una garantia real deriva del mateix dret accessori i no necessita cap norma legal, afegida a les que regulen la configuració del dret esmentat, que li atribueixi expressament una preferència.<sup>58</sup> En realitat, si s'analitzen els privilegis des de la perspectiva dels

57. Sobre les diferències entre els conceptes de *garantia real* i *privilegi*, vegeu, entre altres, L. Díez-PICAZO, *Fundamentos*, p. 753; C. M. Díez SOTO, «Los privilegios crediticios como mecanismos de protección del crédito», a *Preferencias de créditos: Manuales de formación continuada*, vol. II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 91 i seg.; N. BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, p. 226 i seg.; M. D. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, «Las causas de preferencia», p. 188 i seg. Per la seva banda, J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *El Registro de la Propiedad*, p. 157-159, troba que l'única diferència entre hipoteca i privilegi és que la primera comporta una certa immediatesa sobre la cosa, que la fa resistent fins i tot a actes d'alienació o de gravamen anteriors a la seva constitució i no inscrits.

58. En un sentit semblant, per exemple, vegeu A. GULLÓN BALLESTEROS, *La prelación de créditos en el Código civil*, Barcelona, Bosch, 1962, p. 18, 46, 47, 159 i 161, que afirma fins i tot que fou un error de la codificació incloure entre els privilegis, als quals atribueix un origen estrictament legal, la preferència que generen la penyora i la hipoteca i que deriva justament de la seva naturalesa de dret real com un dels seus caràcters, i cita en favor d'aquesta postura l'obra de Domat, que ja va poder escriure que la preferència derivada de la penyora no és un vertader privilegi perquè no va lligada a una qualitat del crèdit, sinó que troba causa en la garantia; L. Díez-PICAZO, *Fundamentos*, p. 753, en explicar que els privilegis no atorguen un dret real per si mateixos, posa de manifest que, si el privilegi va unit a una garantia real, el caràcter real no és conseqüència del privilegi, sinó del caràcter que té la garantia, de la qual el privilegi és justament conseqüència; N. BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, p. 102 (nota 30), 104 (nota 35), 226 i seg.; M. D. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, «Las causas de preferencia», p. 192, afirma que la penyora i la hipoteca, a diferència del privilegi, no són simples drets de crèdit als quals la llei afegeix la preferència per a reforçar la seva posició, sinó que les garanties reals no s'extingeixen quan el bé surt del patrimoni del deutor i la preferència en la seva satisfacció és consubstancial a la seva naturalesa; F. PANTALEÓN PRIETO, «De la clasificación», p. 517, nota 38, afirma que en les garanties reals la preferència és una conseqüència natural del dret real, no la seva causa, en contra d'afirmacions com la de J. M. GARRIDO, «La graduación de créditos», p. 61-67 i 372-373, que afirma que el dret real existeix,

drets reals de garantia, es comprova que la raó de la jerarquitització dels crèdits que poden apartar-se de la *par conditio* no és la necessitat d'atorgar preferència als que estiguin garantits amb un dret real, sinó el fet que, com s'acaba d'apuntar, hi ha altres preferències que no tenen aquest fonament, perquè deriven únicament d'una previsió de dret positiu específica a aquest efecte. Si no hi haguessin crèdits preferents per disposició legal *ad hoc* (privilegis que podríem anomenar *autònoms*), no caldria un ordre de prelación; els crèdits assegurats amb una garantia real l'ostentarien sense necessitat d'una previsió legal expressa (privilegi derivat de la garantia)<sup>59</sup> i les col·lisions eventuais entre ells es resol·lrien, tal com succeeix en l'actualitat, amb les seves pròpies normes (per exemple, per la diferenciació dels objectes sobre els quals pot recaure cada garantia i per les regles de la prioritat temporal, emparades en gran manera per la seva constància registral).<sup>60</sup>

Establert el caràcter substantiu de les previsions de l'article 90 de la Llei concursal,<sup>61</sup> cal a continuació mirar de definir quina n'és la interpretació correcta en matèria d'anticresi.

#### 4. L'ANTICRESI I L'ARTICLE 90 DE LA LLEI CONCURSAL

##### 4.1. L'ARTICLE 90 DE LA LLEI CONCURSAL

La secció III («De la classificació dels crèdits») del capítol III («De la determinació de la massa passiva») del títol IV («De l'informe de l'administració concursal i de la determinació de les masses activa i passiva del concurs») de la Llei 22/2003, s'inicia amb l'article 89, que s'encarrega d'establir quins són els

precisament, per a protegir la preferència. Vegeu, també en contra, A. CARRASCO PERERA i A. CARRETERO GARCÍA, «Los derechos de retención y anticresis», p. 26, esp. nota 41.

59. Que comporta una extensió subjectiva dels afectats per la garantia, que passen a ser no només els eventuais titulars de drets reals sobre la cosa gravada, sinó també els tercers creditors.

60. Fixem-nos que, fins i tot entre privilegis derivats de les diferents fonts esmentades en el text, el legislador concursal ha trobat innecessari marcar un ordre de prelación intern en l'art. 90 LC, atès que, en línia de principi, recauen sobre béns diferents. Això és encara més cert si ens centrem només en els drets reals de garantia, que, quan siguin possessoris, exclouran una segona garantia, i, quan no ho siguin, exigiran amb més o menys intensitat constància registral i s'ordenaran segons la regla «prior in tempore, potior in iure» (art. 155.2 LC). Pel que fa als privilegis generals, recollits en l'art. 91 LC, en canvi, que són d'origen legal i no deriven de la naturalesa substantiva del crèdit, sí que es fa necessari l'establiment d'un ordre de prelación, com sembla contenir el referit precepte, tot i que no ho diu expressament. La necessitat d'una ordenació interna és reforçada, a més, pel fet que els privilegis generals graviten sobre tot el patrimoni del concursat.

61. També F. P. BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago*, p. 88-91.

tipus de crèdits a l'efecte del concurs. Tot seguit, l'article 90 exposa quins són els crèdits amb privilegi especial.

El precepte, en el seu primer apartat, segueix un patró recurrent a l'hora de definir aquests privilegis: estableix quin crèdit n'ostenta i sobre quin o quins béns recauen. A més, les regles primera, cinquena i sisena, a les quals podem afegir sense gaire problemes la tercera, referida als crèdits refaccionaris, presenten un altre element comú: es refereixen a garanties de caràcter real, que afecten directament certs béns al compliment d'una obligació —el crèdit privilegiat per l'article 90 LC. Juntament amb aquest grup de privilegis especials, la Llei recull (art. 90.1.4 LC), amb caràcter excepcional, els crèdits de recuperació de béns mobles venuts a terminis o ceditos en arrendament financer, així com els derivats de la resolució de vendes immobiliàries. A aquests crèdits, els estén, com diu la mateixa exposició de motius, el tractament que atorga a les garanties reals per a l'execució separada.<sup>62</sup>

Finalment, l'article 90.1.2 LC estableix que són crèdits amb privilegi especial «[e]ls crèdits garantits amb anticresi, sobre els fruits de l'immoble gravat.» La redacció d'aquest incís planteja, a l'efecte que aquí interessa, dos problemes diferents:

a) En primer lloc, sorgeix el dubte de si ha volgut alterar la funció dels fruits en l'anticresi, que passarien de percebre's amb finalitat solutòria a ser objecte de *ius distrahendi*.

b) En segon lloc, obliga a esbrinar on queda, en aquest context, la inequívoca preferència per al cobrament sobre el valor de la finca que atribueix el legislador català<sup>63</sup> a l'anticresi regulada per ell.<sup>64</sup>

#### 4.2. ELS FRUITS COM A OBJECTE DE LA GARANTIA?

La configuració històrica de l'anticresi en cap moment no va comportar l'atribució al creditor d'un dret de realització de valor sobre els fruits de l'immoble. En l'anticresi entesa com a *contrarium mutuum*, els fruits es perceben

62. EM III.12: «A aquests efectes, la llei estén el tractament de les accions d'execució de garanties reals a les de recuperació de béns mobles venuts a terminis i als ceditos en arrendaments financers, sempre que els corresponents contractes o documents estiguin inscrits als respectius registres, així com a les resolutòries de vendes d'immobles per manca de pagament del preu ajornat.»

63. I, igualment, tota altra legislació autonòmica que consideri l'anticresi com a dret real de garantia.

64. Els mateixos interrogants es reproduiran si s'acaba aprovant la reforma de l'article 1922.6 del Codi civil espanyol, en el sentit que es reproduirà la previsió continguda en l'article 90.1.2 de la Llei concursal per a les execucions singulars, com preveu l'Avantprojecte de llei sobre concurrència i prelació de crèdits en cas d'execucions singulars, sense que el Dictamen del Consell d'Estat s'hagi aturat en aquesta qüestió (Dictamen de 31 de maig de 2006).

per a la compensació alçada amb els interessos del préstec i el *ius distrabendi* li era totalment aliè; només apareixia, i referit al bé i no als fruits, si al mateix temps es pactava la constitució juxtaposada d'una garantia real.

Però, fins i tot en la regulació dels articles 1881 i següents del Codi civil espanyol, sembla que els fruits haurien de tenir una funció solutòria (per mitjà de la imputació —art. 1881 CC— o de la compensació pactada —art. 1885 CC). Àdhuc els partidaris d'entendre que en aquest context l'anticresi comporta la realització de valor, la refereixen a l'immoble i no als fruits, ja que aquests són percebuts pel creditor, a qui s'ha transferit el control de l'explotació de la finca, justament a fi que pugui anar cobrant (els interessos i/o el capital) amb els rendiments generats per la finca. No necessita, per tant, una garantia sobre els fruits, que seria una garantia sobre una cosa pròpia. D'altra banda, si es parteix del fet que en el Codi civil espanyol l'anticresi no es va configurar com un veritable dret de garantia i de realització de valor sobre la finca, la conclusió respecte a la innecessarietat d'un *ius distrabendi* sobre els fruits no pot veure's alterada.

El mateix es pot dir de la funció dels fruits de l'immoble gravat amb anticresi en el marc de la legislació catalana. Tot i que no hi ha una definició del dret, ni tampoc de la funció dels fruits, l'article 569-26 del Codi (com el seu precedent, l'art. 23 de la Llei) deixa ben clar, tant en la seva rúbrica com en el text, que la realització de valor es refereix a la *finca*, no als fruits. La remissió a l'article 569-8 del Codi ho confirma.

En una primera aproximació seria possible pensar que la regla que ara es comenta no és sinó el reflex del fet que en el Codi civil espanyol l'anticresi només es refereix als fruits i no comporta, en conseqüència, la realització de valor sobre la finca, però la previsió de l'article 90.1.2 LC<sup>65</sup> sembla el resultat, un cop més, de l'equívoca comprensió de la figura que ens ocupa en el Codi civil espanyol. En realitat, els fruits generats per l'immoble donat en anticresi, ni en el marc del Codi civil espanyol, ni en l'àmbit d'aplicació de la Llei 19/2002, no haurien de formar part de la massa activa del concurs, sinó que el creditor els fa seus<sup>66</sup> d'acord amb el pacte d'amortització en què consisteix l'anticresi.<sup>67</sup>

Com s'ha anat avançant, però, els problemes no acaben aquí, atès que en l'article 90 de la Llei concursal continua mancant una previsió respecte a l'anticresi entesa com a dret real de garantia i de realització de valor sobre la finca.

65. Aquesta norma apareixia ja en l'Avantprojecte de llei concursal de 1983 (art. 287.3) i en la Proposta d'avantprojecte de llei concursal de 1995 (art. 124.1.2).

66. Són de la mateixa opinió A. CARRASCO PERERA i A. CARRETERO GARCÍA, «Los derechos de retención y anticresis», p. 25, nota 38, i F. PANTALEÓN PRIETO, «De la clasificación», p. 528.

67. Pacte que, igual que els possibles acords d'extensió de la hipoteca, s'ha de respectar en el concurs.

## 4.3. EL DRET EXCLUSIU SOBRE EL VALOR DE LA FINCA

Per a alguns comentaristes de la Llei concursal, la previsió de l'article 90.1.2 LC comporta que no es concedeixi al creditor anticrètic cap preferència sobre el producte obtingut amb l'alienació del bé, de manera que se'l priva de la facultat d'alienar-lo. Per a evitar aquesta conseqüència, que es considera inadequada, es proposen diferents solucions a fi que no es deixi el privilegi sense efecte, però en cap cas no es defensa una hipotètica realització de valor sobre els fruits.<sup>68</sup>

En realitat, el risc rau en l'aplicació de la regla *inclusio unius* en aquest context: no ens pot servir per a entendre que si la preferència ho és respecte als fruits, no ho pot ser respecte a l'immoble, perquè el precepte no només està concebut pensant en l'anticresi del Codi civil espanyol i desconeixent totalment la catalana, sinó que ni tan sols per a aquella resulta d'utilitat.

Escapar de la conclusió apuntada, però, xoca, d'entrada, amb l'argument literal derivat de l'article 89.2 *in fine* de la Llei concursal i amb les raons, adduïdes com una de les novetats de la reforma, que li serveixen de base.<sup>69</sup>

En efecte, l'article 89.2 LC *in fine* estableix que «[...] No s'admetrà en el concurs cap privilegi o preferència que no estigui reconeguda en aquesta llei». Si aquesta afirmació es relaciona amb l'article següent, que enumera els crèdits amb privilegi especial, sense incloure ni l'anticresi ni el dret de retenció de la legislació catalana, i es té en compte que aquests preceptes obren la secció tercera del capítol II del títol V, relativa a la classificació dels crèdits, la conclusió més immediata consisteix a entendre que cap crèdit, a part dels enumerats taxativament, no pot gaudir de privilegi en matèria de concurs.<sup>70,71</sup>

No obstant això, fins i tot l'argument literal es mostra insuficient per a mantenir aquesta postura. Fixem-nos que no només es diu, en l'article 89.2 LC

68. Així, J. UCEDA OJEDA, comentari a l'article 90, a M. A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS (coord.), *Proceso concursal práctico: comentarios a la nueva Ley concursal*, Madrid, Iurium, 2004, p. 720.

69. EM, V.1: «La regulació d'aquesta matèria de classificació dels crèdits constitueix una de les innovacions més importants que introdueix la Llei, perquè redueix dràsticament els privilegis i les preferències a l'efecte del concurs, sens perjudici que puguin subsistir en execucions singulars, en virtut de tercers de millor dret. Es considera que el principi d'igualtat de tracte dels creditors ha de constituir la regla general del concurs i que les seves excepcions han de ser molt comptades i sempre justificades.»

70. A. CARRASCO PERERA i A. CARRETERO GARCÍA, «Los derechos de retención y anticresis», p. 23, entenen que la lletra de l'art. 89 no deixa dubte. Tot i que després en crítica durament les conseqüències, així ho entén també d'entrada F. PANTALEÓN PRIETO, «De la clasificación», p. 517, i, igualment, F. P. BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago*, p. 68.

71. Utilitzant una argumentació semblant, la retenció i l'anticresi tampoc no haurien de gaudir de preferència en situació d'execució singular, atès el caràcter d'excepció al principi de la *par conditio* que tenen les regles dels art. 1921 i seg. del Codi civil espanyol.



*in fine*, que no hi ha més privilegis a l'efecte del concurs que els reconeguts *en els articles 90 i 91*, sinó que estableix l'exclusió de tot privilegi que no s'atorgui en la mateixa Llei concursal.<sup>72,73</sup>

I resulta que la mateixa Llei concursal, tant en l'exposició de motius com al llarg del seu articulat, proporciona arguments suficients per a entendre que recull el principi general que tota garantia real dóna lloc a un privilegi especial en matèria de concurs,<sup>74</sup> de manera que l'atribució exclusiva del valor de la cosa al creditor que la caracteritza sobreviu fins i tot a la concurrència d'altres creditors, àdhuc en supòsits d'insolvència.

Són reiterades les ocasions en què l'exposició de motius identifica amb el terme genèric de *garantia real* els privilegis especials, com a reflex d'una realitat jurídica nascuda fora del concurs i que ha de mantenir una certa facultat d'execució separada i demana regles específiques per al pagament; a aquests privilegis especials, s'hi afegeixen les previsions de l'article 90.1.4 LC.<sup>75</sup> La mateixa expressió

72. Doctrinalment, àdhuc es qüestiona el fet que tota preferència es reculli en la Llei concursal. A favor de l'opció presa pel legislador, vegeu C. ALONSO LEDESMA, «Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación», a R. GARCÍA VILLAVARDE, A. ALONSO UREBA i J. PULGAR EZQUERRA (dir.), *Derecho concursal: Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, Madrid, 2003, p. 360; C. C. CASTILLO MARTÍNEZ, «La nueva ley concursal española en el marco de la armonización del derecho europeo: el principio de universalidad y la clasificación de los créditos en el concurso», *Actualidad Civil*, 2003-3, p. 895. Vegeu, en contra, per entendre que la Llei concursal ha de mantenir un respecte absolut per la preferència establerta en el dret substantiu, N. BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, p. 259-263; J. M. GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, Civitas, 2000, p. 628-629. Per la seva banda, F. P. BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago*, p. 68, nota 2, centra expressament en la qüestió competencial el problema de la pretesa inclusió de tots els privilegis possibles en la Llei concursal.

73. I el mateix es comprova en el tercer apartat de l'art. 89, per als crèdits subordinats.

74. R. CABANAS TREJO, «Créditos contra la masa y créditos concursales», *La Notaria*, núm. 5 (2004), p. 87, afirma que, amb independència de la possible distinció conceptual entre garantia i privilegi, el nou sistema concursal tendeix a identificar-los.

75. Així, en múltiples fragments, com ara l'EM III.9: «Una de les novetats més importants de la Llei és el tractament especial que dedica a les accions d'execució de garanties reals sobre béns dels concursats [...] però al mateix temps es procura que l'execució separada de les garanties no pertorbi el millor desenvolupament del procediment concursal ni impedeixi solucions que puguin ser convenients per als interessos del deutor i de la massa passiva. La fórmula que combina aquests propòsits és la de paralització temporal de les execucions, mentre no es negociï un conveni o s'obri la liquidació, amb el màxim d'un any des de la declaració de concurs [...]»; EM III.10: «Naturalment, els crèdits amb garantia real gaudeixen en el concurs de privilegi especial i el conveni només els afectarà si el seu titular signa la proposta, vota al seu favor o s'adhereix a ella o al conveni aprovat»; EM III.11: «[...] S'articulen, així, una sèrie de fórmules flexibles tendents a evitar que l'exercici dels drets reals de garantia pertorbi innecessàriament la resta d'interessos implicats en el concurs»; EM III.12, citat a la nota 62; EM III.13: «S'ha procurat així permetre plantejaments realistes que, sense malmetre la naturalesa d'aquests drets ni pertorbar el mercat del crèdit, molt sensible a la

es troba en els preceptes dedicats a aquestes previsions particulars, que sistemàticament es reconduïxen a la categoria genèrica de les garanties reals, prescindint de l'enumeració detallada que recull l'article 90.1 LC. Això, per exemple, es comprova amb la simple lectura dels articles 55.4, 56, 59.1 i 155 LC.

Però també en un article ubicat en la mateixa secció tercera, l'article 92.3 LC, en tractar dels crèdits subordinats, s'estableix que ho són «els crèdits per interessos de qualsevol classe, inclosos els moratoris, excepte els corresponents a crèdits amb *garantia real* fins on abasti la respectiva garantia». Si es volgués fer una interpretació rebuscada del precepte, es podria arribar a pensar que la norma, *a contrario sensu*, s'immisceix en la classificació dels crèdits amb garantia real, de manera que es podrien distingir els graus següents: crèdits amb garantia real que comporten privilegi especial segons l'article 90 LC i crèdits amb garantia real que no comporten privilegi especial, però que tampoc no són subordinats, sinó que tenen la condició de crèdits ordinaris.<sup>76</sup> De seguida es veu que aquesta no podia ser la voluntat del legislador i encara menys aquest no podia ser el lloc on expressar-la. Més aviat aquest precepte confirma la sospita que es van voler incloure en l'article 90 de la Llei, d'una banda i excepcionalment, certes situacions que es consideren especialment rellevants,<sup>77</sup> i, de l'altra, les garanties reals. És per això que l'article 90 dedica el número 1 a les garanties no possessòries i amb constància registral; el 5, als crèdits amb garantia de valors representats mitjançant anotacions en compte, i el número 6, a les garanties amb desplaçament de la possessió, fet que, juntament amb la constància en un document públic,<sup>78</sup> en permet l'oposabilitat a tercers. La constatació, doncs, d'aquesta identificació entre *privilegi especial* i *garantia real* en la Llei concursal és el que ens permet rebatre el que a primer cop d'ull sembla que diu l'article 89 LC. Efectivament, aquest precepte exclou tota preferència per al cobrament no continguda en la Llei concursal i, com es fa palès, aquest text legal volia referir-se a més drets que els que recull l'article 90; volia referir-se a qualsevol dret real de garantia, que, per tant, subsisteix en tota la seva plenitud malgrat la irrupció d'altres creditors.

Amb tot això, cal tenir ben present que el legislador concursal ha volgut

---

protecció de les garanties en cas d'insolvència del deutor, no impedeixen sinó que facin viables solucions beneficioses per als interessos del concurs»; EM VII.8: «Com ja s'ha exposat en tractar dels efectes de la declaració de concurs sobre els crèdits amb garantia real, la llei regula el pagament dels crèdits amb privilegi especial de forma molt flexible, per a evitar, en interès de la massa, la realització dels béns o drets afectes, autoritzar-la amb subsistència del gravamen o mitjançant venda directa.»

76. Segons l'art. 89.3 LC, «[s]entenen classificats com a crèdits ordinaris aquells que no es trobin classificats en aquesta llei com a privilegiats ni com a subordinats».

77. EM III.12.

78. Art. 12.2 de la Llei 19/2002 i 1865 CC.

reduir el nombre de crèdits preferents per tal de simplificar la regulació anterior,<sup>79</sup> però no per aquest motiu es pot atribuir a la Llei concursal la facultat d'alterar la configuració dels drets dels quals tracta, cosa que ni estaria al seu abast, ni promouria aquell objectiu de reduir la relació de situacions especials o privilegiades que, si bé persegueix eliminar obstacles a la solució més convenient del concurs, també busca una garantia de seguretat jurídica.<sup>80</sup>

Respecte a aquesta classificació de crèdits que realitzen els articles 89 i següents de la Llei concursal, s'ha dit que es tracta d'una normativa excloent i que esgota la matèria, ja que prohibeix de manera taxativa qualsevol privilegi o preferència que no reculli el text concursal<sup>81</sup> i centralitza les fonts de preferència a l'efecte del concurs, cosa que confirma en el seu darrer paràgraf en mirar d'eradicar l'analogia i pretendre, fins i tot i malgrat el seu rang de llei ordinària, que cap llei posterior pugui crear nous privilegis (o crèdits subordinats).<sup>82</sup> La finalitat i la vocació omnicomprensiva de la norma són lloables, atesa la situació an-

79. Així s'enuncia en l'EM V.1. En aquest sentit, J. UCEDA OJEDA, comentari a l'article 90, p. 720, remarca que, per exemple, s'ha d'entendre que ha quedat eliminat el privilegi que concedia l'art. 147 de la Llei hipotecària per als interessos que no es poguessin fer efectius sobre el bé hipotecat.

Per a valoracions sobre l'abast de la reducció, vegeu F. PANTALEÓN PRIETO, «De la classificació», p. 520-527, que, entre altres coses, afirma i alaba que l'ordenament jurídic espanyol no subscriu la tesi segons la qual sols han d'existir garanties reals i privilegis si tenen una publicitat que permeti als futurs creditors conèixer la seva existència (arg. ex art. 90.2 LC, segons el qual és suficient que es compleixin els requisits d'oposabilitat a tercers en el moment de la declaració del concurs), i que entén que el més assenyat hauria estat que només s'atorgués preferència a les garanties reals de font contractual —de tots els ordenaments jurídics espanyols i tinguessin o no publicitat— i a les garanties de font legal derivades de l'administració de béns aliens, juntament amb certs crèdits salarials i derivats de la responsabilitat civil per danys contra les persones, si no estan coberts per una assegurança de responsabilitat civil.

80. La seguretat jurídica quedaria en dubte si un creditor amb garantia real pogués veure perillar la seva posició en el concurs —és a dir, en una de les seves dues manifestacions per excel·lència—, la preferència per al cobrament sobre el valor del bé gravat, pel fet d'haver-se constituït el seu dret segons una disposició autonòmica. Tot i que sense referir-ho al tema que ens ocupa, l'informe del Consejo Económico y Social de 8 de novembre de 2001 sobre l'Avantprojecte ja mencionava que l'elevat grau de confusió en la classificació de crèdits podia tenir greus conseqüències pràctiques si no es modificava en la llei definitiva, cosa que no va succeir.

81. No tracta la qüestió, potser perquè entén que la Llei concursal ha seguit el criteri tradicional de reconèixer un *privilegi especial* a les garanties reals i ha innovat només respecte a la seva execució, S. SASTRE PAPIOL, «La masa pasiva: prelación de créditos y privilegios», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2004-4, esp. p. 1165 i seg.

82. J. BÉJAR, comentari a l'article 89, a M. A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS (coord.), *Proceso concursal práctico*, p. 464. També F. PANTALEÓN PRIETO, «De la clasificación», p. 506, 517 i 518, posa de manifest que, tant per als crèdits contra la massa com per als crèdits privilegiats i subordinats, el legislador pot derogar les preferències que regien en el moment de la seva entrada en vigor, però que, d'acord amb la Constitució, el legislador ordinari del passat no pot imposar

terior,<sup>83</sup> però cal no oblidar que, si la Llei té, com és el cas, el seu àmbit d'aplicació en tot el territori de l'Estat, no es pot dissenyar oblidant les especialitats pròpies de les comunitats autònomes, tal com recorda la disposició final trenta-dosena de la mateixa Llei concursal.<sup>84</sup>

Atès que el legislador català ha atorgat naturalesa jurídica de dret real de garantia a l'anticresi, el seu tractament en situacions concursals ha de ser en molts aspectes paral·lel al dels restants drets d'aquesta espècie. En favor del que s'acaba de dir es pot apel·lar a la terminologia utilitzada pel legislador concursal, que contínuament es refereix de manera genèrica a les garanties reals i només en l'article 90, en establir quins són en particular els crèdits amb privilegi especial, realitza una enumeració —d'aparença taxativa— de les garanties que s'inclouen en aquest llistat. Sembla clar que, en aquesta matèria, el legislador concursal «dixit minus quam voluit».

---

restriccions al legislador ordinari del futur, de manera que aquest podrà establir nous privilegis —i subordinacions de crèdits—, fins i tot al marge de la modificació dels art. 90 a 93 LC.

83. Tot i que, de nou, F. PANTALEÓN PRIETO, «De la clasificación», p. 518, assenyalava que, quan es pren una decisió d'aquesta índole, «[...] hay que actuar con exquisito cuidado, para no olvidarse de ninguna de las causas de preferencia o de subordinación a la hora de valorar su mantenimiento, o no, en el concurso. Y me temo que éste no ha sido el caso de nuestro legislador [...]», i cita com a exemples l'art. 9.1e de la Llei de propietat horitzontal i l'art. 20.1c del Reial decret llei 7/1996, de 7 de juny, pel que fa a la possible subordinació dels crèdits participatius, que no se sap si continuen regint o no.

84. Justament en comentar aquesta disposició, J. A. MACHADO PLAZAS, comentari a la disposició final trenta-dosena, a M. A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS (coord.), *Proceso concursal práctico*, p. 1046, pràcticament només preveu problemes de «convivència» entre la legislació concursal i les normes autonòmiques en matèria de preferència i prelación que la legislació autonòmica podria atorgar a determinats crèdits en funció de les particularitats del dret substantiu. En el mateix sentit, vegeu F. PANTALEÓN PRIETO, «De la clasificación», p. 519-520, que preveu també que la qüestió no serà pacífica i suggereix incloure tant la penyora navarresa com la retenció catalana en el número 6 de l'art. 90.1 de la Llei concursal, per tal de veure reconeguda la seva «connatural preferència». També F. P. BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago*, p. 70, preveu problemes respecte de la classificació dels crèdits, «[...] porque, obviamente, las Comunidades Autónomas con competencia en materia de derecho civil pueden otorgar a los créditos la preferencia y prelación que estimen oportunas y, entonces, no se puede concluir que si bien esto es válido fuera del concurso, en el concurso sólo vale la clasificación y prelación determinada en la ley concursal que sea ley estatal, de manera que un crédito privilegiado en el derecho civil territorial no lo estuviera en la ley concursal. Esto puede ocurrir si el legislador es el mismo y opta por ordenar los créditos en el concurso de manera distinta a como quedan ordenados en ejecuciones singulares, no universales. Pero cuando se trata de dos legisladores distintos, cada uno con competencia en su distinto ámbito, no parece que sea constitucional el hecho de que uno de ellos, el estatal, pueda privar a un crédito de determinadas preferencias, prelación o privilegios reconocidos por el legislador con competencia para otorgárselos». R. CABANAS TREJO, «Créditos contra la masa», p. 87, es refereix al dret de retenció català.

#### 4.4. L'ABSÈNCIA D'UNA PRELACIÓ DE CRÈDITS CATALANA

Atès que el legislador català és competent per a regular drets reals de garantia i que, per a fer-ho, els ha d'atorgar preferència, l'article 569-2.4 del Codi estableix: «El crèdit, tant en la imputació dels fruits com en l'atribució del preu obtingut en la realització de valor del bé, se sotmet a les regles generals sobre prelació de crèdits.» Aquesta norma, integrada en la secció primera («Disposicions generals») del capítol IX, s'aplica a tots els drets reals de garantia regulats en aquest darrer.<sup>85</sup>

En conseqüència, sabem que les garanties de la Llei catalana atorguen una preferència per al cobrament sobre el valor del bé gravat, i amb això ja n'hauríem de tenir prou per a equiparar-les amb tota altra garantia real, tant a l'efecte del concurs com a l'efecte de les execucions singulars sobre el patrimoni del deutor. L'única cosa que ens podria fer dubtar, no obstant això, és l'absència en el dret civil català d'una prelació de crèdits, i per això ens hem de preguntar a quines *regles generals* s'està remetent el precepte.

En una primera aproximació,<sup>86</sup> podríem entendre que el legislador català ha volgut dur a terme una remissió intensa o incorporació, o una remissió lleu o en sentit estricte, de caràcter implícit, a una institució o qüestió no regulada en el dret català. Tot i que tant l'una com l'altra disposen que el dret estatal no actua com a supletori, sinó com a font preferent, sembla que en tot cas ens podríem trobar amb una remissió implícita. Però segons la configuració d'aquestes remissions externes, la concepció de l'article 569-2.4 del Codi com a remissió lleu ens obligaria a entendre que les normes estatals de la prelació de crèdits han passat, per obra del legislador, el control de «no-oposició» als principis generals del

85. L'article 2.2 de la Llei 19/2002 es referia a la *persona retenidora*; l'expressió s'explicava en funció de l'apartat 1a del mateix article 2, que atribuïa (como ho fa actualment l'article 569-2.1a del Codi) a tots els creditors amb garantia real la retenció possessòria fins al pagament complet del deute garantit. Potser l'expressió de l'apartat segon indicava que la preferència sols es conserva mentre no s'hagi retornat la possessió de la cosa, segurament perquè aquesta devolució té una eficàcia extintiva de la garantia, paral·lela a la prevista en l'art. 1191 del Codi civil espanyol per a la penyora i expressa per al dret de retenció català en els articles 6.3 de la Llei 19/2002 i 596-6.3 del Codi, i, indirectament, per a la penyora, en els articles 18.3 de la Llei i 569-19.3 del Codi. Però si bé aquest efecte pot tenir sentit en la penyora i en el dret de retenció, és més dubtós que actuï en l'anticresi. És cert que la legislació catalana no conté cap previsió semblant a la de l'art. 1883 del Codi civil espanyol, però també ho és que l'anticresi no depèn tant de la possessió per part del creditor com del compliment del pacte d'amortització que, com ja s'ha dit, vincula tant el deutor com el creditor (i fixem-nos que l'art. 569-25.1 del Codi no remet a l'art. 569-19.3, sinó només al seu primer apartat, recordant-nos de nou aquell mal costum, instaurat pel codificador de 1889, de regular l'anticresi per la via de les remissions parcials).

86. A continuació, s'aplica al supòsit que ens ocupa la tesi de F. BADOSA I COLL, *Manual de dret civil català*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2003, esp. p. 79, 90 i 91.

dret civil català previst en l'article 111-5 de la Primera llei del Codi civil de Catalunya per a una realització normalment judicial. I sembla contradictori que el legislador català reclami una regulació oposada a la naturalesa dels drets que regula, atès que ni la retenció ni l'anticresi apareixen en les normes de prelatió, concursal o singular, previstes pel legislador estatal.

En conseqüència, més aviat haurem d'entendre que l'article 569-2.4 del Codi conté en realitat una *reserva o autoatribució de competència no exercida*, de manera que, de moment, amb caràcter supletori, les regles de la prelatió de crèdits aplicables a Catalunya són les dictades pel legislador estatal, les quals, no obstant això, han de passar el control de no-oposició al qual ens acabem de referir, de manera que han de donar entrada als principis generals del dret com a font (article 111-1 de la Primera llei) per a equiparar l'anticresi i la retenció amb senyals previsions de preferència estatal.

#### 4.5. L'ASSIMILACIÓ DE L'ANTICRESI CATALANA A LES RESTANTS GARANTIES REALS QUANT A LA PREFERÈNCIA EN EL CONCURS

Aquesta darrera consideració ens condueix a mirar d'encabir l'anticresi catalana en algun dels apartats de l'article 90 de la Llei concursal, si bé ja sabem que no la considera, atès que el seu text preveu únicament una preferència sobre els fruits, de dubtosa utilitat i, en tot cas, pensada tan sols per a la regulació del Codi civil espanyol. A més, l'anticresi és un dret de configuració *sui generis* que no és estrictament assimilable a cap altra garantia real.<sup>87</sup> I, d'altra banda, la relació de crèdits privilegiats de l'article 90 LC no s'estableix amb caràcter jeràrquic. Per tant, la solució que s'adopti és fins a cert punt intranscendent, però sembla oportú aproximar-se a la qüestió encara que només sigui a l'efecte de l'ordre i perquè les consideracions que es poden fer respecte a aquesta qüestió contribueixen a aclarir la solució pel que fa a la concurrència de creditors amb

87. No obstant això, en els materials preparatoris es pot llegir que, anàlogament al que succeeix en el dret francès i en l'àmbit del Codi civil espanyol, el creditor anticrètic que tingui inscrit el seu dret ha de tenir la mateixa preferència que un creditor hipotecari (OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA, SECCIÓ DE DRET PATRIMONIAL, *Treballs preparatoris*, p. 242). En la doctrina generada respecte al Codi civil espanyol, es poden citar en aquest sentit Á. SANZ FERNÁNDEZ, «El derecho de preferencia en la anticresis», *Revista de Derecho Privado*, 1943, p. 227 i seg.; M. D. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, «Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de anticresis», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1945, esp. p. 467 i seg.; A. GULLÓN BALLESTEROS, *La prelación de créditos*, p. 97; V. GUILARTE ZAPATERO, comentari als articles 1881 a 1886 CC, a M. ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, EDESA, 1979, t. XXIII, esp. p. 554 i seg.

privilegi especial, que sí que és rellevant i que serà objecte d'un comentari a l'últim epígraf d'aquest treball.<sup>88</sup>

Abans, però, cal detenir-se breument a determinar quins són els requisits constitutius de l'anticresi en la legislació catalana. Deixant de banda els problemes que planteja l'exigència de traspàs possessori per a la constitució de l'anticresi,<sup>89</sup> ens limitarem a qüestionar el valor que cal donar a les exigències formals contingudes primer en l'article 21 de la Llei 19/2002 i actualment en l'article 569-24.2 del Codi respecte al naixement del dret i a la seva eficàcia enfront de terceres persones.

L'apartat segon de l'article 21 de la Llei 19/2002 establia: «El dret d'anticresi s'ha de fer per escrit i ha d'ésser formalitzat en document públic per a fer-ne la inscripció registral.» El text d'aquest apartat va variar durant la tramitació parlamentària de la Llei; inicialment establia que «[e]l dret d'anticresi s'ha de formalitzar per escrit; és oposable a tercers d'ençà la seva inscripció registral», i el text finalment aprovat prové directament de les recomanacions de la Ponència d'acceptar transaccionalment les esmenes presentades respecte a aquesta qüestió,<sup>90</sup> amb les modificacions de redacció proposades per la Comissió.<sup>91</sup>

88. Sense especificar en quin apartat s'haurien d'incloure les garanties catalanes, també opta per atorgar-los la preferència que resulta de la mateixa regulació substantiva autonòmica F. P. BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago*, p. 70, si bé sembla que per la via de l'art. 149.3 de la Constitució.

89. Sobre aquesta qüestió, ens remetem al nostre estudi anterior «L'anticresi: algunes qüestions de naturalesa i règim jurídic», p. 139, així com a A. CARRASCO PERERA i A. CARRETERO GARCÍA, «Los derechos de retención y anticresis», p. 31-32, en tots dos casos entenent que el contracte constitutiu de l'anticresi no és de caràcter real, per bé que això no determina la resposta pel que fa al naixement del dret real. Respecte d'aquesta darrera qüestió, semblava preferible entendre que l'anticresi naixia del contracte celebrat amb els requisits formals establerts per l'art. 21, de manera que a partir de llavors el creditor tenia dret als fruits amb destinació a l'amortització, per més que encara no hagués entrat en possessió de la finca; aquesta solució recorda la que preveu el Codi civil espanyol en matèria d'usdefruit en el cas dels art. 494 i 496. Davant d'aquest tipus de consideracions, es pot argüir que el traspàs possessori és un requisit imprescindible per a la constitució de l'anticresi; d'una banda, perquè sense ell el creditor no pot fer-se càrrec de l'administració productiva essencial al dret; de l'altra, perquè si l'anticresi és un mutu recíproc, el contracte és real *quoad constitutionem* (art. 1740 CC). No obstant això, el legislador català es va allunyar decididament de la configuració històrica de la figura: l'anticresi de la Llei 19/2002 no era el *contrarium mutuum*, al qual, entre altres coses, li era totalment aliè un eventual *ius distrabendi*. I, si alguna virtualitat ha de tenir en la pràctica aquest dret de nova regulació, s'ha de tendir a una flexibilització dels seus requisits i s'ha de permetre el joc de l'autonomia privada respecte a aquesta qüestió, al mateix temps que se l'ha de dotar de la seguretat suficient, essencial a tota garantia real.

90. BOPC núm. 311, de 14 de juny de 2002, p. 86.

91. BOPC núm. 314, de 19 de juny de 2002, p. 23.

Aquest és potser un dels preceptes que més va variar en el decurs de la tramitació, la qual cosa posa de manifest una certa inseguretat respecte al resultat perseguit, de manera que no permet determinar quin era l'abast dels requisits de forma establerts en aquest apartat.

L'exigència de forma escrita semblava un requisit de constitució. Per tant, el contracte d'anticresi s'hauria de considerar un negoci subjecte a una forma solemne, de manera que la seva celebració verbal significaria una mera promesa d'anticresi,<sup>92</sup> però en cap cas comportaria la constitució del dret real.<sup>93</sup>

La redacció esdevenia especialment delicada quan establia que el dret d'anticresi ha de ser formalitzat en un document públic per a fer-ne la inscripció registral. Certament, entès l'incís literalment, resulta innecessari, atès que el legislador català no hauria pogut modificar les condicions d'accés de documents al Registre de la Propietat sense vulnerar competències estatals exclusives.<sup>94</sup> Però no sembla, ni de bon tros, que fos aquesta la finalitat de la norma. Aquesta més aviat s'havia de relacionar amb la possibilitat de realització de valor, que es feia dependre, per la via dels articles 23 i 8.2*b* de la Llei 19/2002, de la inscripció registral prèvia. És a dir, que la constància del dret d'anticresi en un document públic era, com es traduïa del text, un pas previ a la inscripció, que era a la vegada necessària per a la realització de valor,<sup>95</sup> sempre que no s'hagués pactat l'alienació directa. Ara bé, si la inscripció era un requisit imprescindible per a fer valer el dret de garantia en cas d'incompliment, no ens apropem al

92. Anàlogament al que estableix l'art. 1862 CC per a la penyora i la hipoteca.

93. L'art. 21.1 de la Llei 19/2002 i l'actual art. 569-24.1 del Codi estableixen que l'anticresi, «constituïda per qualsevol títol», requereix el poder de lliure disposició de la finca per la persona garant i el traspàs possessori, de manera que dóna a entendre que no només és possible la constitució contractual, sinó també per un altre títol, com podria ser el testamentari o la usucupió. Sorgeix, en conseqüència, el dubte de si els requisits formals previstos en el segon apartat dels preceptes (l'escriptura i el document públic per a la inscripció) s'apliquen o no quan el dret no té el seu origen en un contracte. És a dir, un contracte verbal o en un document privat, atorgat per qui no té poder de disposició suficient sobre la cosa, seguit del traspàs possessori, pot donar lloc a la usucupió de qui posseeix en concepte de creditor anticrètic? L'art. 21.2 de la Llei 19/2002 (i el mateix s'ha de dir respecte al vigent art. 569-24.2 del Codi) sembla que té vocació d'aplicació generalitzada per al dret d'anticresi, també amb independència de quin sigui el seu títol de constitució, i l'entrada de l'adquisició per usucupió es veuria, així, fortament barrada. P. del POZO CARRASCOSA, «Els drets reals», p. 224, també fa referència a la infreqüent però possible constitució per usucupió o per testament.

94. Això sí que infringiria la reserva de competències quant a l'ordenació dels registres públics.

95. P. del POZO CARRASCOSA, «Els drets reals», p. 226, comenta que, malgrat la desaparició del requisit de la inscripció per a l'execució durant la tramitació parlamentària, la remissió a l'art. 8 de la Llei 19/2002 i una interpretació «benèvola» permetien entendre que la inscripció també és exigible per a l'anticresi, tot i que hauria estat millor que el text ho recollís expressament.



caràcter constitutiu de la inscripció? La resposta negativa,<sup>96</sup> la proporcionava la possibilitat de pactar l'alienació directa (article 8.1 de la Llei 19/2002, per remissió de l'article 23 de la Llei 19/2002), així com el fet de centrar la nota definitòria dels drets reals de garantia en la preferència que atorguen per al cobrament sobre el valor del bé gravat, la qual cosa relativitza la transcendència de l'establiment d'un procediment d'execució singular específic.<sup>97</sup>

Semblava més plausible entendre, tal com reflecteix la tramitació parlamentària del precepte, que es va voler atorgar a la inscripció de l'anticresi —i el mateix caldria concloure per a la retenció immobiliària— un valor semblant al que preveu l'article 12.2 de la Llei 19/2002 per a l'escriptura pública de penyora,<sup>98</sup> és a dir, el valor d'atribuir-li efectes respecte de terceres persones,<sup>99</sup> tot i que, sens dubte, aquest efecte ja és inherent a la inscripció (art. 32 Llei hipotecària).<sup>100</sup>

Certament, això no és el que deia l'article 21 de la Llei 19/2002, però aquesta era una norma intel·ligible, i la que es proposava semblava una via per a intentar conciliar la seguretat del crèdit territorial amb el dret positiu vigent, potser perquè, per una prudència innecessària, el legislador català no va gosar atribuir caràcter constitutiu a les inscripcions de retenció i d'anticresi. De fet, el text de

96. També P. del POZO CARRASCOSA, «Els drets reals», p. 225.

97. Pensem, d'altra banda, que la transcendència de la inscripció és fins i tot més rellevant —i igualment no aclarida— per al retenidor d'immobles, atès que més difícilment s'arribarà a preveure l'alienació directa i aquesta dependrà, per tant, de la constància registral de la garantia. En aquest sentit, P. del POZO CARRASCOSA, «Els drets reals», p. 223, afirma que el dret de retenció esdevé realment operatiu quan s'inscriu.

98. Observeu també que no fóra tampoc il·lògic atribuir aquesta eficàcia a l'escriptura pública; no obstant això, en aquest punt l'anticresi presenta tants paral·lelismes amb la hipoteca que sembla més oportú assimilar-ne la regulació fins on ho permet el dret positiu.

99. En contra, per entendre que la diferència de lèxic impedeix atorgar fins i tot a l'escriptura el mateix valor que s'atribueix en l'art. 12.2 i atribuint-li el caràcter de forma obligatòria, A. CARRASCO PERERA i A. CARRETERO GARCÍA, «Los derechos de retención y anticresis», p. 32. Creiem, no obstant això, que s'atribueix en aquest punt la diferència de lèxic no pot ser un argument determinant, atesa la «penosa qualitat» —en paraules dels referits autors— del precepte i que cal fer altres consideracions; per exemple: té sentit que la penyora mobiliària no sigui oposable a tercers si no consta en una escriptura pública i que, en canvi, l'anticresi, que recau necessàriament sobre immobles, ho sigui des de la seva constitució en un document privat? L'única explicació a una interpretació d'aquest estil seria que el legislador hagués pensat que per a les garanties immobiliàries la mecànica registral solucionarà els problemes que es puguin originar sense necessitat d'arriscar-se a regular el tema de manera explícita. Però només s'ha de llegir l'art. 90.2 LC per a comprovar que no tot pot ser resolt per la Llei hipotecària, justament perquè la constitució o l'oposabilitat dels drets reals són competència de qui en faci la regulació substantiva.

100. P. del POZO CARRASCOSA, «Els drets reals», p. 225, considera que era més precisa la redacció del Projecte de llei, que justament requeria la formalització per escrit i feia dependre l'oposabilitat a tercers de la inscripció registral.

l'article 21 de la Llei 19/2002 fins i tot es podria interpretar en el sentit que el document públic només és necessari per a la inscripció.

En qualsevol cas, l'actual article 569-24.2 del Codi, més coherent que el seu precedent, adopta la postura que es podia considerar preferible sota la vigència de la Llei ara derogada, consistent a convertir la inscripció al Registre de la Propietat en requisit d'oposabilitat a tercers, mentre que l'escriptura pública (no el mer document privat) sembla convertir-se en requisit de forma pròpiament dit, de manera que fora d'aquesta només hi hauria una promesa d'anticresi. De fet, però, el problema dels requisits de constitució i d'eficàcia de les garanties reals immobiliàries continua sense estar ben resolt en la legislació catalana, només que ara és el dret de retenció el que és objecte de previsions incomprensibles. Efectivament, l'article 569-5 del Codi continua sense definir quina és la funció de l'escriptura pública en la constitució del dret i, en regular la realització de valor, l'article 569-8.3b del Codi exigeix que s'aporti «inscripció en una escriptura pública de la constitució de la retenció». Aquest precepte, respecte al qual sobra tot comentari, prové del Dictamen de la Comissió,<sup>101</sup> que suposà la reforma del text del projecte,<sup>102</sup> fidel al precedent de l'article 8 de la Llei 19/2002 i, sens dubte, molt més racional que el que finalment es va aprovar.

Tornant a la ubicació de l'anticresi en l'article 90 de la Llei concursal, el primer grup de garanties a les quals es refereix el precepte tenen com a denominador comú, justament, el fet de comptar amb la constància registral com a requisit de constitució i de ser garanties no possessòries. L'anticresi catalana no és, en principi, d'inscripció constitutiva al Registre de la Propietat, malgrat les vacil·lacions del legislador que es comproven en la tramitació parlamentària de l'article 21.2 de la Llei 19/2002; segons l'article 568-24.2 del Codi, es constitueix vàlidament i eficaç si es fa en escriptura pública. Ara bé, com és ben sabut, un dret real de garantia que no sigui oposable a tercers és paper mullat i, en aquest sentit, l'assimilació a la hipoteca es veu més justificada que a l'empara de la Llei 19/2002.<sup>103</sup> En conseqüència, l'anticresi inscrita sí que serà assimilable a aquest primer grup de garanties, però no ho serà la que existeixi fora del Registre, tot i que sembla

101. BOPC núm. 314, de 31 de març de 2006, pàgina 49.

102. L'article 569-8.2b del Projecte de llei establia: «El retenidor ha de requerir al notari competent la iniciació del procediment i ha d'acompanyar, inscrita, l'escriptura pública de constitució de la retenció o, si escau, la resolució judicial corresponent» (BOPC núm. 216, de 5 de setembre de 2005, pàg. 56).

103. Vigent la Llei 19/2002, l'anticresi era vàlida i eficaç —fins a cert punt— mentre es constituís per escrit i el document públic només era necessari per a la inscripció, segons deia l'article 21.2, tot i que, en aquest cas, únicament conferiria un *ius distrahendi* singular si s'havia pactat la possibilitat d'alienació directa, atès que per a l'execució notarial calia la inscripció al Registre de la Propietat. Per remissió de l'article 23, resultava aplicable l'article 8.segona.b, segons el qual: «La

gairebé impensable que el creditor no inscrigui, atès que la inoposabilitat a tercers en l'altre cas ha de conduir a avortar tot procés executiu contra la persona garant que no sigui el mateix deutor.<sup>104</sup>

D'altra banda, es podria pensar a incloure l'anticresi entre les garanties previstes en l'article 90.1.6 LC, que no són d'inscripció constitutiva i que es caracteritzen com a garanties possessòries; de fet, potser l'anticresi catalana s'apropa més a una penyora immobiliària, amb pacte anticrètic,<sup>105</sup> que a cap altra garantia, i, per tant, segurament fóra aquesta la seva ubicació més correcta.

No obstant això, també aquí hi havia un escull sota la vigència de la Llei 19/2002, consistent en què aquest apartat sisè tan sols empara les penyores constituïdes en un document públic. Aquesta regla s'ha d'entendre com una aplicació de l'article 1865 del Codi civil espanyol, que exigeix l'escriptura pública per a l'oposabilitat de la penyora a tercers, arran de la necessitat històricament sentida d'evitar frau a altres possibles creditors garantint la certesa de la data; justament per això, amb una tècnica legislativa particular, l'article 90.2 LC no exigeix que la penyora s'hagi constituït amb les formalitats necessàries segons la seva llei de constitució per a ser oposable davant de tercers.<sup>106</sup> L'exigència d'escriptura pública concordava amb la legislació catalana pel que fa a la penyora; l'article 12.2 de la Llei 19/2002 establia que «la penyora no té efectes contra terceres persones, sinó des que consta en instrument públic»,<sup>107</sup> però la seva aplicació a l'anticresi era més que dubtosa. Si bé en una fase de la tramitació parlamentària s'exigia l'escriptura pública per a l'eficàcia de l'anticresi contra tercers, en la redacció definitiva aquest requisit tan sols es considerava un pas previ per a la inscripció. De tota manera, ja fos per aquesta via, ja fos a través de l'aplicació de l'article 90.2 LC, semblava que l'anticresi vàlidament constituïda s'hauria d'assimilar a l'efecte concursal a la penyora,<sup>108</sup> i només si havia estat inscrita es podria equiparar amb la hi-

---

persona retenidora [...] ha d'acompanyar l'escriptura pública a què es refereix l'article 4, degudament inscrita [...].» En matèria d'anticresi, la referència a l'article 4 s'havia d'entendre feta a l'article 21.

104. Tot això, malgrat la manca de claredat ja referida de l'article 569-8.3b del Codi, que, si bé afecta de ple el dret de retenció, no altera la previsió de l'article 569-24.2.

105. Diferent de l'efecte anticrètic que genèricament establia l'article 2.1b de la Llei 19/2002.

106. Perquè aquesta exigència ja es compleix amb la previsió de l'article 90.1.6a.

107. L'actual article 569-12.2 del Codi exigeix per a l'oposabilitat a tercers que la data consti en document públic.

108. En sentit semblant, F. PANTALEÓN PRIETO, «De la clasificación», p. 528, 529 i 532, tant per a l'anticresi i les retencions catalanes com per a les formes navarreses de penyora immobiliària, parteix de l'argument que, de manera inconscient, el legislador oblidava, en l'art. 90.1.6c, exigir que la penyora sigui de constitució voluntària i recaigui sobre béns mobles. F. P. BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago*, p. 96-97, equipara la retenció catalana amb la penyora ordinària. En la pàgina 98, però, pràcticament passa per alt l'anticresi i no menciona ni l'anticresi catalana ni les formes anticrètiques navarreses.

poteca.<sup>109</sup> És cert que els tercers que es busca protegir en un i altre cas són diferents (els altres creditors, pel que fa a la penyora; els restants titulars de drets reals sobre la finca, pel que fa a la hipoteca i l'anticresi), però, un cop iniciat el concurs, el que importa és la resistència de les garanties en aquesta situació, i, per tant, cal esbrinar quan han estat vàlidament constituïdes i des de quin moment es poden fer valer davant de qualsevol tercer, inclosos els restants creditors.<sup>110</sup>

Actualment, sembla que la preferència al concurs, com a supòsit d'eficàcia de la garantia contra tercers, requerirà sempre la inscripció (article 569-24.2 del Codi) i, per tant, malgrat el diferent abast d'aquesta en un cas i l'altre, s'haurà d'equiparar l'anticresi amb les garanties previstes en l'article 90.1.1 de la Llei concursal.

## 5. LA CONCURRÈNCIA DE CRÈDITS AMB PRIVILEGI ESPECIAL

L'article 155.3, segon paràgraf, de la Llei concursal estableix que «si un mateix bé o dret es troba afecte a més d'un crèdit amb privilegi especial, els pagaments es realitzaran conforme a la prioritat temporal que per a cada crèdit resulti del compliment dels requisits i formalitats previstos en la seva legislació específica per a la seva oposabilitat a tercers».<sup>111</sup>

De manera immediata, aquesta regla ens condueix a esbrinar en cada cas quina és la prioritat que marca la inscripció al Registre de la Propietat o al Registre de Béns Mobles, o el moment en què es té constància de la garantia sobre valors anotables en compte, però, tal com s'ha pogut posar en relleu,<sup>112</sup> aquesta regla no soluciona tots els possibles supòsits de concurrència, atès que alguns dels crèdits amb privilegi especial no requereixen que es compleixi cap formalitat suplementària per a què es pugui oposar la preferència que atorguen davant de terceres persones. Així succeeix amb els crèdits refaccionaris o amb les hipo-

109. Notem que algunes vegades encara es podrà trobar una altra ubicació idònia per a l'anticresi quan s'hagi constituït com a garantia d'un crèdit refaccionari (art. 90.1.3 LC), tot i que llavors el privilegi procedirà del crèdit, no de la garantia. D'altra banda, en la majoria dels casos aquesta serà la situació del dret de retenció català. Quan el dret de retenció no s'ha constituït com a garantia d'una refacció, no obstant això, es produeixen problemes paral·lels als que planteja l'anticresi; segurament, també la retenció s'haurà d'assimilar a la penyora.

110. Tingueu en compte que la importància no només de la constitució, sinó també de la data de la garantia, és rellevant a l'efecte del concurs en molts sentits; entre altres, per a determinar la seva rescindibilitat en funció de les presumpcions *iuris et de iure* contingudes en l'art. 71 LC en relació amb l'art. 93 LC.

111. I acaba establint que la prioritat per al pagament dels crèdits amb hipoteca legal tàcita serà la que resulti de la seva regulació.

112. Així, J. UCEDA OJEDA, comentari a l'article 90, p. 720-721, i F. PANTALEÓN PRIETO, «De la clasificación», p. 534.

teques legals tàcites.<sup>113</sup> Respecte als crèdits refaccionaris a favor dels treballadors, sembla millor entendre que es pagaran en proporció, en lloc d'establir una regla de prioritat temporal en funció del moment del naixement del crèdit, atesa la justificació de la norma,<sup>114</sup> i la Llei hipotecària, en els articles 194 i 196, soluciona el problema de les hipoteques legals tàcites en atorgar-los una preferència absoluta.

Resta, però, saber quina és la resposta adequada en cas de concurrència entre creditors amb privilegi especial quan un d'ells ho sigui per ser titular d'un dret de retenció o d'una anticresi subjectes a la legislació catalana.

Atès que es tracta de garanties possessòries, serà pràcticament impossible que recaiguin sobre el mateix bé dos drets reals de la mateixa espècie. Per motius anàlegs, si un bé moble està subjecte a un dret de retenció, sobre ell no podrà constituir-se una penyora mentre duri aquella retenció, i viceversa. No obstant això, cal recordar que el dret de retenció pot recaure també sobre béns immobles i que aquest és l'objecte únic de l'anticresi, amb la qual cosa es poden generar problemes de concurrència respecte d'hipoteques immobiliàries eventuales, anteriors o posteriors, o respecte d'altres crèdits recollits en l'article 90 LC.

És en aquest sentit que esdevé rellevant que ens preguntem de nou sobre els requisits necessaris perquè la retenció i l'anticresi es puguin fer valer enfront de terceres persones, entre les quals es troben els titulars de crèdits amb privilegi especial concurrent. La Llei 19/2002 no solucionava directament el tema,<sup>115</sup> però se'n podien extreure certes dades rellevants.

En primer lloc, per al dret de retenció no s'establien requisits constitutius explícits. Únicament, en l'article 4.1 LDRG s'imposava al creditor l'obligació de notificar notarialment al deutor o al propietari del bé, si fos diferent, la decisió de retenir; i, en el seu segon apartat, l'article preveia l'exigència per part del creditor de l'atorgament d'una escriptura pública de reconeixement del dret de retenció, «als efectes de la inscripció d'aquest en el Registre de la Propietat».<sup>116</sup>

113. J. UCEDA OJEDA, comentari a l'article 90, p. 721, inclou també en aquesta categoria la penyora ordinària. Entenem, però, que en l'àmbit del Codi civil espanyol la data de la penyora serà la de l'escriptura pública (art. 1865 CC), igual que en el dret civil català, d'acord amb l'art. 569-13.2 del Codi. No obstant això, l'exigència de desplaçament de la possessió evitarà que hi pugui haver més d'una garantia real sobre el mateix bé (excepte en el cas previst en l'art. 569-15.1 del Codi); i a la mateixa conclusió caldrà arribar, per a la hipoteca mobiliària i la penyora sense desplaçament, atès que la llei que les regula prohibeix una segona o ulterior garantia (art. 2 de la Llei de 16 de desembre de 1954).

114. J. UCEDA OJEDA, comentari a l'article 90, p. 721.

115. A diferència del que succeeix amb la penyora (art. 12.2).

116. Pel que fa a béns mobles, vegeu R. BARRADA ORELLANA, «La constitución del derecho de retención sobre bienes muebles», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, v. 80, núm. 681 (2004), p. 143 i seg.

Aquesta darrera previsió només tindria sentit quan es tractés d'una retenció immobiliària. Per deducció, es comprova que la previsió, malgrat la redacció d'entrada supèrflua, podia ser rellevant a dos efectes diferents: en primer lloc, perquè sense la inscripció, la realització de valor només es podria dur a terme mitjançant un acord d'alienació directa, atès que la subhasta notarial exigia la inscripció prèvia del dret (art. 8.2*b* de la Llei 19/2002); en segon lloc, per a l'oposabilitat a tercers i, en particular, a altres creditors hipotecaris o titulars de drets reals inscrits. Així, el dret de retenció immobiliari inscrit gaudiria del rang que li correspongués segons la data d'entrada en el Registre de la Propietat; si no hi havia accedit, es veuria superat per qualsevol creditor amb garantia real inscrita, ja fos anterior o posterior. Malgrat l'existència del dret de retenció des de la notificació notarial al deutor, se li imposava la mecànica registral, d'acord amb les regles generals. Finalment, convé tenir present també que el mateix succeïa quan s'hagués pactat l'alienació directa, atès que, si bé aquest pacte només calia que constés en escriptura pública (article 8.1 de la Llei 19/2002),<sup>117</sup> la manca d'inscripció comportaria la prevalença d'altres drets registrats.

Les conclusions obtingudes per al dret de retenció s'havien de fer extensives també a l'anticresi. De la lectura de l'article 21.2 de la Llei s'havia de deduir que la inscripció de l'anticresi no era constitutiva, però, atesa la remissió de l'article 23 de la Llei 19/2002 als modes de realització de valor previstos per a la retenció d'immobles (article 8 de la Llei 19/2002), hauríem d'entendre que la subhasta sols era possible si l'anticresi estava inscrita i que, fins i tot si ens conformàvem amb l'alienació directa, caldria en tot cas l'escriptura pública, però aquesta seria insuficient si el creditor anticrètic concorria amb un creditor hipotecari, amb independència que la seva inscripció sigués anterior o posterior a la constitució de l'anticresi.

A la vista de les previsions contingudes al llibre v del Codi civil de Catalunya, la solució guanya en claredat respecte a l'anticresi: convertida la inscripció en requisit d'oposabilitat a tercers, hi ha concordança entre les regles substantives i les registrals en aquest sentit. En canvi, la perpetuació de la manca de definició quant als requisits constitutius del dret de retenció i l'estranya previsió del repetit article 569-8.3*b* del Codi fan més complex arribar a les conclusions abans apuntades, tot i que sembla que no hi ha altra sortida. Potser caldrà en últim terme aplicar analògicament a la retenció les previsions d'oposibilitat regulades per a l'anticresi, però aquesta és una qüestió que escapa completament a l'objectiu d'aquest estudi.

117. Tot i que la Llei 19/2002 no ho digués expressament, hauríem d'interpretar aquest requisit com a condició d'eficàcia davant de tercers, anàlogament al que es proposava respecte a l'anticresi.