

COMENTARIOS A RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

SOBRE LA CALIFICACIÓN REFACCIONARIA DE LOS CRÉDITOS
Y SU ANOTACIÓN. SU APLICACIÓN AL ÁMBITO DE LAS COOPERATIVAS
DE VIVIENDAS (*)

por

ENCARNA CORDERO LOBATO
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha
Of Counsel de Pérez-Llorca

SUMARIO: I. TEXTO DE LA RESOLUCIÓN.—II. COMENTARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. UNA CUESTIÓN PREVIA: LA UTILIDAD REAL DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE CRÉDITOS REFACCIONARIOS. 3. LA INSUFICIENCIA DEL CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DE CRÉDITO REFACCIONARIO. 4. LAS EXCEPCIONES A LA *PAR CONDITIO* Y LA FUNDAMENTACIÓN DEL PRIVILEGIO DE LOS CRÉDITOS REFACCIONARIOS. 5. CONSTRUCCIÓN, REPARACIÓN O MEJORA DE CUALQUIER CLASE DE BIENES. 6. CRÉDITOS CAUSALMENTE CONECTADOS CON LA CONSTRUCCIÓN, REPARACIÓN O MEJORA DE BIENES. 7. EL PROBLEMA DE LA CONEXIÓN CAUSAL CUANDO LA CONSTRUCCIÓN, REPARACIÓN O MEJORA, SI BIEN FORMA PARTE DE LA ESTRUCTURA CAUSAL DEL NEGOCIO, SÓLO AFECTA INDIRECTAMENTE A LAS FINCAS. 8. LA CONEXIÓN CAUSAL EN EL CASO DE CRÉDITOS EN LOS QUE LA CONSTRUCCIÓN, REPARACIÓN O MEJORA NO FORMA PARTE DE LA ESTRUCTURA CAUSAL DEL NEGOCIO. 9. EN CONCRETO, LA CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS ORIGINADOS POR LAS APORTACIONES REALIZADAS POR COOPERATIVISTAS DE VIVIENDAS: a) *El problema del nexo causal entre aportación y mejora: aportaciones que no se materializan sólo en la construcción, reparación o mejora de viviendas*; b) *El problema del contenido del derecho de reembolso*; c) *El juego circular de prelación: la responsabilidad del socio por las deudas de la cooperativa*; d) *Disponibilidad de otras garantías*. 10. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE CRÉDITOS REFACCIONARIOS Y CONSTANCIA REGISTRAL DE LA CONSTRUCCIÓN, REPARACIÓN O MEJORA.

(*) Realizado en el marco del proyecto de investigación «Hipoteca, prenda de créditos, garantías financieras y Derecho Foral sobre garantías mobiliarias: una reflexión sobre los pilares de las garantías reales y las incertidumbres de las últimas reformas DER 2008-01746», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por el Doctor Ángel CARRASCO PERERA.

I. TEXTO DE LA RESOLUCIÓN

Resolución de 17 de mayo de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la Registradora de la Propiedad, número 39 de Madrid, a practicar una anotación preventiva de crédito refaccionario.

En el recurso interpuesto por don J. M. G. V., en nombre y representación de doña M. C. S. G., contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Madrid, número 39, doña María Josefa C. Pérez Martín, a practicar una anotación preventiva de crédito refaccionario.

HECHOS

I

Mediante escrito presentado en el citado Registro de la Propiedad el veintinueve de octubre de dos mil nueve, doña M. C. S. G. solicitó la práctica de una anotación preventiva de crédito refaccionario sobre determinadas fincas, sobre la base de que el veintitrés de abril de dos mil tres, dicha señora había ingresado en la Cooperativa «El Balcón de O'Donnell», con la finalidad de obtener una vivienda de protección pública de las que aquella promocionaba, siendo la empresa «Gespozuelo, S. L.», la que promovía esa Cooperativa. Manifestaba la solicitante que con el dinero que aportó en su día se compraron determinadas fincas registrales inscritas en dicho Registro a nombre de la citada Cooperativa, que detalla, aclarando que dichos terrenos se compraron con las aportaciones de los socios y no con el capital social en los años 2005 y 2006, por lo que solicitaba la «anotación preventiva del crédito refaccionario sobre el proyecto de construcción de la vivienda en su apartado de compra de terrenos por importe de 48.874,04 euros».

II

Dicho documento fue objeto de calificación negativa que a continuación se transcribe: «...Prevía calificación del precedente documento, no se practica la anotación del crédito refaccionario en él solicitada en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: Hechos.—El veintinueve de octubre de dos mil nueve, a las 12,50 horas, se presenta, en el asiento 1.668 del diario 28, una solicitud de anotación preventiva de crédito refaccionario, a solicitud de doña M. C. S. G. Dicha solicitud se basa en que el veintitrés de abril de dos mil tres decidió ser parte de la Cooperativa «El Balcón de O'Donnell S. C. M. V.», para obtener una vivienda de protección pública, y que la empresa que promueve esa Cooperativa es Gespozuelo, S. L. Según la solicitante, con el dinero que aportó se compraron las fincas registrales ... (en realidad la ...) y 14.284 (aclarando que dichos terrenos se compraron con las aportaciones de los socios y no con el capital social en los años 2005 y 2006). A dicha instancia se acompañan los siguientes documentos: 1.º Un escrito de fecha 18 de febrero de 2009, del Consejo Rector de la Cooperativa «El Balcón de O'Donnell S. C. M. V.», en el que se comunica la cantidad aportada por doña M. C. S. G. a la Cooperativa; la fecha en la cual el Consejo aceptó y calificó su baja como voluntaria, acta de 15 de septiembre de

2008, el artículo 14 de los estatutos que prevén las consecuencias de la baja y los reembolsos que deben producirse. Dicho escrito no tiene las firmas legitimadas.

2.º Contrato de inscripción en el «Balcón de O'Donnell S. C. M. V.», con número de socio 169, promoción entrega del Sur-Este de Vicálvaro, Madrid (UZP 201, UZP 202; UZP 203; UZP 204), de fecha 23 de abril de 2003 (con el anexo donde constan las cantidades entregadas), suscrito entre la solicitante de la anotación y la Cooperativa representada por don L. E. C. V., doña M. I. G. H. y don J. G. M., en calidad de Presidente, Vicepresidente y Secretario de la Cooperativa. Así como la memoria de calidades. Dicho documento se encuentra compulsado con el original por el Secretario del Ayuntamiento de Navalcarnero el día 26 de octubre de 2009. Pero en el documento original las firmas no están legitimadas.

3.º Modificación al contrato de inscripción antes citado, de fecha 26 de marzo de 2008, suscrito por las mismas partes. Se modifica la vivienda a adquirir, que pasa a ser de 90 metros cuadrados y cuatro dormitorios y adquiere un número distinto de cooperativista, el número 250. Dicho documento se encuentra compulsado con el original por el Secretario del Ayuntamiento de Navalcarnero el día 26 de octubre de 2009. Pero en el documento original las firmas no están legitimadas. La situación de las fincas sobre las que se solicita la anotación, registrales ... y ... La ... figura inscrita a favor de la Cooperativa «El Balcón de O'Donnell, Sociedad Cooperativa Madrileña de Viviendas», en pleno dominio, en cuanto a una participación del cincuenta por ciento, y dicha participación además de las notas de afección al Impuesto de la inscripción 3.ª, y la de estar incluida en la Junta de Compensación del UZP 204 Desarrollo Este. Los Berrocales, quedando afecta al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación o expropiación en caso de propietarios no adheridos, habiéndose expedido la certificación de dominio y cargas, aparece gravada con una hipoteca a favor de la Caja de Ahorros del Mediterráneo, que causó la inscripción 7.ª, respondiendo la citada participación de esta finca de un principal de doscientos mil euros, más responsabilidades accesorias; y la finca 14.284 aparece inscrita en su totalidad a favor de la Cooperativa «El Balcón de O'Donnell, Sociedad Cooperativa Madrileña de Viviendas», en pleno dominio, y además de las notas de afección al Impuesto de la inscripción 1.ª y 6.ª, y la de estar incluida en la Junta de Compensación del UZP 204 Desarrollo Este. Los Berrocales, quedando afecta al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación o expropiación en caso de propietarios no adheridos, habiéndose expedido la certificación de dominio y cargas, aparece gravada con una hipoteca a favor de la Caja de Ahorros del Mediterráneo, que causó la inscripción 6.ª, respondiendo de un principal de dos millones novecientos setenta y nueve mil trescientos dieciocho euros, con cincuenta y cinco céntimos, más prestaciones accesorias. Fundamentos de Derecho: No se practica la anotación de crédito refaccionario solicitada habida cuenta de que dicha anotación debe practicarse cuando el crédito que garantiza tenga ese carácter de crédito refaccionario, carácter que no es a la legislación hipotecaria a la que corresponde definir (lo que debe entenderse por crédito refaccionario), sino a la legislación civil sustantiva, perteneciendo a la legislación hipotecaria solo el ámbito de la publicidad en materia inmobiliaria. Se trata, pues, de dilucidar «si los reembolsos» de las aportaciones hechas por un socio de una cooperativa de vivienda que ha causado baja justificada en la misma tienen o no el carácter de crédito refaccionario. La doctrina, ya que no hay un concepto establecido legalmente de refacción sino que el código se limita a establecer su preferencia en relación con otros créditos, ha ido perfilando junto con la jurisprudencia los contornos del concepto;

refacción quiere decir etimológicamente acción de hacer o reparar una cosa, pero hoy es mantenido casi unánimemente que debe ser interpretado en un sentido amplio y que podría abarcar desde la reconstrucción de un edificio, la rehabilitación, mejora, e incluso la construcción *ex novo*. También es cierto que es unánime la doctrina y la jurisprudencia al interpretar que el crédito refaccionario no nace necesariamente de un préstamo en el sentido técnico-jurídico que ha de darse a dicho contrato, sino también de aquellos otros que hayan contribuido de modo directo al resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble, refiriéndolo a toda relación jurídica que implique un adelanto por el contratista al propietario. No parece estar restringido el privilegio exclusivamente a un contrato de préstamo ya fuere de dinero o de efectos, sino que privilegia al que tuviere un crédito, de cualquier tipo, derivado de haber invertido en la construcción o conservación de una cosa que sin su actividad no estaría en el patrimonio del deudor (así, la Ley Hipotecaria habla de cantidades «que de una vez o sucesivamente se anticiparen»). En definitiva, cualquier contrato por el que se pretenda financiar tiene por causa conceder crédito sin necesidad de fingir que se constituye un préstamo. Por último, es claro que el fundamento del privilegio refaccionario es el aumento de valor del bien refaccionado introducido por el acreedor en el patrimonio del deudor, pero también parece claro que siempre referido a una construcción, ya sea su realización, modificación, mejora, rehabilitación, etc. Según la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de mayo de 1987, serán refaccionarios todos los créditos surgidos como consecuencia, directa o indirecta, de un contrato de obra, de modo que cualquier financiación de una obra consistente en construir, reparar, mejorar, o conservar, será refaccionario. No existen pronunciamientos jurisprudenciales, al menos que me consten, que traten sobre la adquisición de terrenos para construir (ni en el ámbito cooperativista) como créditos refaccionarios, y lo que sí remarca toda la jurisprudencia es que el concepto amplio de crédito refaccionario no autoriza su extensión indiscriminada a todo el que tenga origen en un suministro de bienes o servicios que guarden cualquier tipo de relación con bienes inmuebles. Ciñéndonos al caso que nos ocupa hay que apreciar: 1.º Que los bienes sobre los que se pide la refacción son fincas a nombre de la Cooperativa «El Balcón O'Donnell», una de ellas en cuanto a la participación del cincuenta por ciento, pero que se trata de fincas rústicas (aunque inmersas en una actuación urbanística por compensación). 2.º Que sobre dichas fincas no existe ninguna declaración de obra nueva, ni en construcción ni terminada. 3.º Que solamente existe una adquisición de los terrenos (en los que posiblemente se pretenda edificar). Que dicha adquisición no se puede determinar —es una cuestión de prueba— (que el registrador no está legitimado para apreciar de la documentación aportada) si se realizó o no con el capital social de la cooperativa, aunque el solicitante de la anotación asevera que fue con las aportaciones de los socios y no con el capital social. Cuestión difícil de entender si se tiene en cuenta que según el artículo 49 de la Ley de Cooperativas de Madrid (4/1999, de 30 de marzo) que el capital social está constituido por las aportaciones obligatorias y voluntarias de sus socios y en su caso asociados, y el artículo 45 de la Ley de Cooperativas (Ley 27/1999, de 16 de julio) que viene a establecer lo mismo, y que conforme a los artículos 7 de ambas Leyes: La Cooperativa desde el momento de su inscripción tiene personalidad jurídica. No parece que haya refacción, un aumento del valor de bien como consecuencia de las obras, (reparación, mejora, rehabilitación o construcción) en el patrimonio del deudor (hasta ahora solo ha habido la adquisición del terreno), ya que como antes decía

las fincas siguen calificadas como rústicas y no existe declaración de obra nueva. Por otro lado, los artículos 15.4 de la Ley Estatal y 55.5 de la Ley Autonómica fijan la responsabilidad del socio que causa baja en la cooperativa. «Responderá personalmente de las deudas sociales... durante cinco años desde la pérdida de su condición de socio de las obligaciones contraídas por la cooperativa con anterioridad a su baja hasta el importe... Parece el criterio establecido en estos preceptos contrario a la idea del privilegio que otorga la refacción. Puesto que hace responsable al cooperativista que causa baja de las deudas contraídas por la cooperativa. Parece colocar en situación más privilegiada a los acreedores de la cooperativa que al propio cooperativista. La resolución de la Dirección General de los Registros, de 6 de abril de 2006, ratifica los criterios mantenidos en esta nota. En materia estrictamente hipotecaria se aprecia también una serie de defectos conforme a los artículos 42.8, 55, 59 a 64, 68.2, 92 y 93, 95 de la Ley Hipotecaria, y antes 155 a 160, 166-7, 197.5 y 206.8 del Reglamento Hipotecario. El artículo 155 exige, para solicitar la anotación, la comparecencia de todos los interesados en la anotación, ya sea personalmente o debidamente representados. Salvo que las firmas estén legitimadas notarialmente (cuestión que no se da en el presente supuesto). Es decir, haría falta o bien la comparecencia de ambas partes de la forma determinada en el artículo 155, es decir, que haya acuerdo entre el deudor y el acreedor para solicitar la anotación (o que al menos el deudor titular registral tenga conocimiento de que se va a practicar la anotación, desde mi punto de vista, si admitiéramos que el crédito es refaccionario, véase artículo 55 del Reglamento Hipotecario, que exige al Juez la audiencia de todo el que tenga intereses en contradecir la anotación), o bien solicitarlo por vía judicial, recomendando al interesado que anote preventivamente la demanda que entable para conseguir anotación del artículo 42.8 de la Ley Hipotecaria. Existe, además, sobre las fincas una hipoteca inscrita, con lo cual el supuesto se desplazaría al artículo 61 del Reglamento Hipotecario, que exige convenio unánime en escritura pública o una providencia judicial. Conforme al artículo 63, faltaría determinar el valor de las fincas refaccionadas antes de empezar las obras. «Choca este precepto de nuevo con la calificación de este crédito como refaccionario», puesto que se habría incrementado el patrimonio del deudor como consecuencia de la adquisición de los terrenos, pero no se ha producido un incremento de valor de los terrenos como consecuencia de la refacción. Por los argumentos expuestos:

La dudosa clasificación del crédito como crédito refaccionario, ya que la prestación no parece haberse invertido inmediatamente en la refacción (mejora, construcción, rehabilitación, etc., de una obra); Preceptos de la Ley de Cooperativas que hacen responsable al socio que ha causado baja de las deudas de la cooperativa frente a otros acreedores (a los que sí parece atribuirles preferencia frente al socio); Calificación de terrenos como rústicos, inexistencia de declaración de obra nueva; Falta de fijación del valor inicial de las fincas objeto de refacción; y falta del convenio unánime en escritura pública o providencia judicial; el Registrador que suscribe deniega la anotación preventiva solicitada. Contra el acuerdo de calificación anterior, que se comunica al presentante, podrán los interesados reclamar potestativamente o ante la... Madrid, 16 de noviembre de 2009.—El Registrador [Firma ilegible y sello con el nombre y apellidos de la Registradora]».

III

El representante de la solicitante de la anotación preventiva interpuso recurso contra la anterior calificación, alegando, en síntesis:

1. Que es suficiente un contrato en el que figure el compromiso de financiar para que el mismo sea considerado crédito refaccionario, pues es evidente la voluntad de financiar la vivienda con el mismo, toda vez que la solicitante de la anotación aportó las cantidades que en el contrato se indican. Por ello, ha de entenderse que simplemente las aportaciones de cantidad a una promoción son causa directa para ser considerado aquel como préstamo refaccionario. Además, en este caso se compraron terrenos rústicos y se convirtieron en urbanos realizándose una mejora de los mismos.
2. Que en línea con la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de mayo de 1987, son créditos refaccionarios todos los surgidos como consecuencia, directa o indirecta, de un contrato de obra, de modo que cualquier financiación de una obra consistente en construir, reparar, mejorar o conservar será refaccionario, y precisamente lo presentado al Registro es un contrato de obra concertado entre la solicitante y la Cooperativa, para realizar una vivienda, no para comprar una parcela, aunque esto último sea necesario para el resultado final perseguido.
En todo caso se muestra la conformidad con la nota, en el sentido que se exija por la Registradora la concurrencia de la solicitante y de la Cooperativa, toda vez que el crédito debe de ser inscrito con la aportación de legitimidad de las firmas de ambas partes (*sic*); estando también conforme con la aplicación del artículo 61 del Reglamento Hipotecario, «pero sobre las fincas que se compra con el dinero puesto para el proyecto con el Cam, es decir, a las posteriores al 2005» (*sic*).
3. Que sólo el hecho de la firma de un contrato de construcción es suficiente causa para ser considerado como crédito refaccionario, independientemente de que el promotor o la cooperativa «se lo gaste en tierras, licencias o lo que sea», pues la calificación jurídica se da con independencia de que la vivienda se realice o no.

IV

Mediante escritos de 30 de noviembre de 2009, la Registradora de la Propiedad elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 3 de diciembre de 2009).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1923 del Código Civil; 15 y 51 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas; 23.1, 49 y 55 de la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid; 42, 55, 59 a 64 y 92 a 95 de la Ley Hipotecaria; 18, 20 a 23, 26, 27 y 35 de la Ley de 21 de agosto de 1893, de Hipoteca Naval; 90.1.3.º y 90.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; 155 a 160, 166, 197 y 206 del Reglamento Hipotecario; las sentencias del Tribunal Supremo, de 19 de abril de 1975, 21 de mayo de 1987, 30 de marzo de 1990,

5 de julio de 1990, 9 de julio de 1993, 22 de julio de 1994, 21 de julio de 2000 y 6 de febrero de 2006; y las Resoluciones de este Centro Directivo, de 14 de junio de 1899, 9 de junio de 1911, 29 de marzo de 1954, 10 de diciembre de 1999, 12 de marzo de 2004 y 6 de abril de 2006.

1. En el presente recurso debe decidirse si puede o no considerarse como crédito refaccionario, susceptible de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, el originado por la aportación que de una determinada cantidad de dinero ha realizado una persona al ingresar como cooperativista en una cooperativa de viviendas de la que posteriormente causa baja.

El solicitante de dicha anotación alega que con el dinero que aportó se compraron las fincas inscritas en dicho Registro a nombre de la citada cooperativa, para construir viviendas de protección pública, y que dichos terrenos se compraron con las aportaciones de los socios y no con el capital social de dicha entidad.

La Registradora de la Propiedad deniega la práctica de la anotación preventiva solicitada por entender, en esencia, que el eventual derecho de reembolso de la aportación, en su día realizada, no tiene la cualidad de crédito refaccionario. Considera que la adquisición de terrenos para construir no da lugar al nacimiento de créditos refaccionarios y que, además, en el Registro únicamente consta la mera adquisición de los terrenos, sin que figure ninguna declaración de obra nueva y sin que se pueda apreciar de la documentación aportada si se realizó o no con el capital social de la cooperativa.

2. En nuestro ordenamiento jurídico no existe norma alguna que defina el crédito refaccionario. El Código Civil se limita a establecer determinada preferencia legal en favor de los créditos refaccionarios sobre los inmuebles que hubiesen sido objeto de la refacción, distinguiendo según consten o no en el Registro de la Propiedad (cfr. art. 1923, núms. 3 y 5). La Ley Hipotecaria dispone que el acreedor refaccionario puede exigir anotación preventiva —con los efectos de la hipoteca— sobre la finca refaccionada (cfr. art. 59 en relación con los arts. 42.8.º, 60 a 65 y 92 a 95). Asimismo, se regula la preferencia del crédito refaccionario en la Ley de Hipoteca Naval (cfr. arts. 18, 20 a 23, 26, 27 y 35) y en la Ley Concursal (arts. 90.1.3.º y 90.2).

Para la Real Academia Española de la Lengua, el calificativo «refaccionario», referido a un crédito, viene a indicar que procede de dinero invertido en fabricar o reparar algo, con provecho no solamente para el sujeto a quien pertenece, sino también para otros acreedores o interesados en ello.

Puede afirmarse que se considera crédito refaccionario el contraído en la construcción, conservación, reparación o mejora de una cosa, generalmente un inmueble. Tradicionalmente se ha exigido a la figura del acreedor refaccionario una colaboración personal en las tareas vinculadas a la cosa refaccionada. Y, según la evolución jurisprudencial, el crédito deriva de la anticipación de dinero, material o trabajo con dicha finalidad.

En efecto, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. la sentencia de 21 de julio de 2000 y las demás citadas en los «Vistos» de la presente Resolución), a la hora de proporcionar rasgos definitorios de esta figura, ha puesto de manifiesto que el crédito refaccionario no nace necesariamente de un préstamo, en el sentido técnico-jurídico que ha de darse a dicho contrato, sino también de aquellos otros contratos que hayan contribuido, de modo directo, al resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble, refiriéndolo a toda relación jurídica que implique un adelanto por el contratista al propietario. Se entiende igualmente que la palabra «anticipar», emplea-

da por el artículo 59 de la Ley Hipotecaria para anotar las cantidades entregadas de una vez o de modo sucesivo, ha de entenderse de modo amplio y comprensivo del adelanto que el contratista ha de hacer para ejecutar la obra, siendo el término «cantidad» una referencia a la valoración y determinabilidad a que alude el artículo 1273 del Código Civil, máxime cuando el artículo 60 de aquella Ley se refiere al «dinero o efectos en que consistan los mismos créditos». Todo ello, superando anteriores pronunciamientos del mismo Tribunal Supremo que habían aplicado el que se podría calificar como concepto estricto de crédito refaccionario, ciñéndolo al derivado de un contrato de préstamo de dinero destinado a la construcción o reparación de un edificio.

Ahora bien, en dicha jurisprudencia también se pone de relieve que tal «concepto amplio de crédito refaccionario no autoriza, empero, su extensión indiscriminada a todo el que tenga su origen en el suministro de bienes o servicios que guarden cualquier tipo de relación con bienes inmuebles». Y es que, en aquellos casos también calificados como supuestos de crédito refaccionario por el Alto Tribunal, se desprendía que el acreedor había ejecutado la propia obra del edificio o bien había suministrado elementos, integrados de forma fija en el inmueble en cuestión.

3. En el caso del presente recurso, y como acertadamente pone de relieve la Registradora en su calificación (que da perfecta cuenta de los antecedentes de hecho del caso y del contenido de los libros del Registro), a la vista de la pretensión de la solicitante de la anotación no puede afirmarse que estemos en presencia de una refacción, de un aumento de valor del bien como consecuencia de las obras, puesto que las fincas sobre las que pretende la anotación siguen calificadas como rústicas y no existe declaración de obra nueva sobre las mismas, debiendo recordarse, de nuevo, que es la incorporación del valor en el bien objeto de refacción —y no en el patrimonio del deudor— lo que tradicionalmente ha venido a justificar la preferencia reconocida en favor del crédito refaccionario y, por ende, la posibilidad de practicar la anotación preventiva del mismo.

Por lo demás, también deben compartirse los razonamientos que la Registradora expresa en su nota al interpretar el alcance de los artículos 15.4 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas Estatal, y 55.5 de la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, pues tales preceptos determinan la responsabilidad del socio que causa baja en la cooperativa, estableciendo que aquél responderá personalmente de las deudas sociales (obligaciones contraídas por la cooperativa con anterioridad a su baja y previa exclusión del haber social), durante cinco años desde la pérdida de su condición de socio y hasta el importe reembolsado, por lo que resulta evidente que al hacer responsable al cooperativista con esa extensión, coloca a los acreedores sociales en situación más privilegiada que a aquél, lo cual se opone al privilegio que otorga la refacción.

Pero es que, además, la expresión «reembolso» que emplea la legislación sobre cooperativas, no deja de ser en cierto sentido impropia, pues parece dar a entender devolución o recuperación exacta de lo que el cooperativista hubiera aportado, y lo que realmente ha de tener lugar, al causar aquél baja en la entidad, es una liquidación, puesto que el capital aportado es un capital de riesgo, sometido a pérdidas o incrementos, de modo que el socio que causa baja a lo que tiene derecho es a que le liquiden su aportación al capital, cuyo valor puede haber aumentado o disminuido. Esta idea es recogida por la legislación cuando alude a la «liquidación de estas aportaciones», que necesariamente conduce a

referenciar la «aportación por liquidar» no a «parte alícuota del patrimonio social» sino a «parte alícuota del capital social» (parte alícuota del patrimonio neto repartible reflejado en el pasivo del balance por el capital social, dentro de los fondos propios).

Añádase a lo anterior para concluir, y como refuerzo de la consideración de mera pretensión personal que tiene el derecho de reembolso del socio, que el Tribunal Supremo ha encuadrado la acción para reclamarlo en el ámbito del artículo 1964 del Código Civil (plazo de prescripción de las acciones personales que no tengan fijado un término especial).

4. Por último, tampoco cabe olvidar las objeciones formales que se contienen en la parte final de la nota de calificación y que el recurrente admite en su escrito, por lo cual queda reforzada, aun más, la negativa a la práctica de la anotación pretendida.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

Contra esta resolución, los legalmente legitimados, pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 20 de mayo de 2010

La Directora General,
M.^a Ángeles ALCALÁ DÍAZ

II. COMENTARIO

1. INTRODUCCIÓN

Resulta paradójico que sea precisamente en una materia de interpretación estricta como es la concurrencia y prelación de créditos donde dispongamos de un privilegio de una interpretación tan compleja como la que, a la vista de las dudas que periódicamente se plantean sobre su extensión, es predicable del privilegio de los créditos refaccionarios. Desde su creación por Marco Aurelio, inspirado en la idea de facilitar la reconstrucción de Roma tras el desbordamiento del río Tiber (D. 42, 3, 1; D. 42, 5, 24 y D. 20, 2, 1), el privilegio de los créditos refaccionarios se ha venido manteniendo en nuestro Derecho histórico (Leyes 26, 28, Título XIII, partida V; art. 596.8.º del CCo de 1829, arts. 1927 y 1874 del Proyecto de CC de 1851) y en nuestros repertorios legislativos (art. 1923.3.º y 5.º del CC, art. 42.8.º y concordantes de la LH y su Reglamento, art. 90.1.3.º de la Ley Concursal, etc.) con la mayor opacidad, pues sólo en alguna disposición aislada, donde se califica como refaccionario a determinadas clases de créditos, se especifica que tienen tal condición los créditos derivados de ciertos tipos contractuales (préstamos, aunque sólo para ciertas finalidades como, por ejemplo, la rehabilitación de viviendas: art. 11.3 del RD 2329/1983, de 28 de julio), o los créditos por concretos derechos de reembolso legalmente establecidos (art. 64 de la LAR derogada). Posiblemente la interpretación inicial del concepto, construida en torno a la idea de préstamo y que fue la tradicional hasta la STS de 21 de mayo de 1987 (cfr. SSTs de 12 de septiembre de 1862, 19

de abril de 1975), explique el discreto nivel de litigiosidad de este privilegio, pues precisamente los financiadores de la construcción no lo necesitan, ni siquiera en su versión registral, ya que tienen a su disposición la posibilidad real de exigir la constitución de una garantía hipotecaria. De hecho, a pesar de esta formulación tradicional del privilegio, en alguna ocasión el mismo fue negado a un prestamista con pacto de destinación a la construcción (STS de 5 de julio de 1975) y, sin embargo, fue concedido a los contratistas de obra (SSTS de 21 de noviembre de 1880, 30 de diciembre de 1896; RDGRN de 9 de junio de 1911) y a los suministradores de materiales de construcción (SSTS de 15 de noviembre de 1868 y 11 de octubre de 1894), por estimar que tales créditos entrañan un «anticipo» que estos acreedores hacen al deudor.

La situación no varió sustancialmente con la STS de 21 de mayo de 1987, pues si bien supimos entonces que el privilegio no es exclusivo de los financiadores de la construcción, sino que beneficia a todo crédito que haya contribuido «de modo directo» (sentencia citada) o que esté «causalmente conectado» con obras de reparación, construcción o mejora de bienes (SSTS de 9 de julio de 1993, 21 de julio de 2000, 12 de julio de 2004, 6 de febrero de 2006) o, más ampliamente, que es refaccionario el crédito que se contrae y emplea en la construcción, conservación o reparación de un bien (SSTS de 5 de julio de 1990 y 6 de febrero de 2006), no por ello el concepto perdió ambigüedad. Sobre todo porque también han estimado los tribunales que el concepto amplio de crédito refaccionario no autoriza su extensión indiscriminada a todo el que tenga su origen en el suministro de bienes o servicios que guarden cualquier tipo de relación con bienes inmuebles (STS de 21 de julio de 2000). En estos años hemos tenido que considerar si en una concepción tan extensa —aunque no indiscriminada (*sic*)— del privilegio refaccionario tienen cabida créditos distintos al del contratista de obras, por ejemplo, el crédito del tercer poseedor por el coste de las obras realizadas en la finca hipotecada (a lo que la STS de 5 de julio de 1990 respondió negativamente), el crédito de quien suministró maquinaria pesada para el desarrollo de la industria con respecto a la finca en la cual se ubica (la respuesta fue negativa en la STS de 21 de julio de 2000) o de quien financió la adquisición de esta maquinaria (SAP de Vizcaya, de 14 de enero de 1993), el crédito del proyectista (se hubiera declarado preferente en la SAP de Málaga, de 2 de junio de 2005, si el proyecto se hubiera referido a la finca cuestionada) o, también, si es posible la refacción de créditos (el problema se atisbó en la STS de 9 de julio de 1993, pero la posibilidad se niega en la STS de 4 de diciembre de 2006, con el argumento de que sólo cabe refacción de cosas corporales).

El último caso en el que se ha planteado la aplicación del privilegio refaccionario es en el ámbito de las cooperativas de viviendas. En concreto, en las resoluciones comentadas, la DGRN tiene que resolver si tiene tal naturaleza y es susceptible de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, el crédito «originado por la aportación que de una determinada cantidad de dinero ha realizado una persona al ingresar como cooperativista en una cooperativa de viviendas de la que posteriormente causa baja». Nosotros, que no estamos constreñidos por este objeto procedimental, aprovecharemos la ocasión que nos brindan estas resoluciones para reflexionar más ampliamente sobre cuáles deban ser las reglas que permitan determinar qué créditos están comprendidos en la regla de excepción.

Existen, además, algunas singularidades del caso sometido a la consideración de la DGRN que también serán objeto de estudio, significativamente, la

necesidad o no de que el incremento patrimonial haya tenido reflejo registral (sea mediante la conversión del terreno en urbano o a través de la declaración de la obra nueva).

2. UNA CUESTIÓN PREVIA: LA UTILIDAD REAL DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE CRÉDITOS REFACCIONARIOS

La crisis del sector de la construcción ha propiciado que la anotación preventiva de créditos refaccionarios esté viviendo un inusitado esplendor. No son pocas las demandas a comitentes en las que se solicita —incorrectamente, desde luego— su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad conforme al artículo 42.1.º LH, con el argumento de que se está exigiendo el pago de un crédito refaccionario. Como es evidente, tal anotación sólo procede cuando la demanda tiene por objeto precisamente la extensión de la anotación preventiva de créditos refaccionarios del artículo 42.8.º LH. Y ésta es en la actualidad la única utilidad de la anotación preventiva del artículo 42.8.º LH: que el acreedor refaccionario que seguramente esté desprovisto de cualquier otra garantía de cobro puede conseguir un medio de aseguramiento tan eficaz como la hipoteca sin necesidad de que, una vez perfeccionado el contrato, el deudor preste su (improbable) consentimiento. Porque, ciertamente, si la anotación preventiva ha de practicarse con el consentimiento del deudor, será preferible constituir una hipoteca a solicitar la práctica de una anotación preventiva cuya conversión en inscripción de hipoteca puede requerir un procedimiento judicial dirigido a resolver la (eventual pero muy probable) controversia sobre las obras realmente realizadas y su precio (art. 94 LH). Por ello no dejará de ser preferible la hipoteca pese a que la misma tenga una carga fiscal mayor que la anotación [el tipo de gravamen de la hipoteca es del 1% mientras que la anotación sólo tributa por el 0,5%, cfr. arts. 11.1.c) y 44 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados].

3. LA INSUFICIENCIA DEL CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DE CRÉDITO REFACCIONARIO

El modo de proceder de la jurisprudencia a la hora de definir qué sea el privilegio refaccionario ha resultado altamente insatisfactorio, pues, o bien era técnicamente incorrecto, o bien no sirvió para resolver los casos posteriores, en los que siempre fue necesario crear argumentos adicionales de decisión. En efecto:

En un primer momento, el tenor literal de los artículos 59 («cantidades que... anticipare») y 60 LH (cantidad de dinero o efectos en que consistan los mismos créditos») propició que el concepto girase en torno al del contrato de préstamo, de modo que el privilegio beneficiaría a quien hubiera entregado dinero o materiales necesarios para la construcción, conservación o reparación de una finca (SSTS de 20 de diciembre de 1896 y 19 de abril de 1975). Sin embargo, la impropia utilización de la figura del préstamo no impidió que los créditos del contratista de obra y de los suministradores de materiales para la construcción, reparación o mejora de inmuebles se consideraran comprendidos en la preferencia crediticia.

La mejora técnica de la formulación del privilegio iniciada por la STS de 21 de mayo de 1987 no solucionó el problema. Y es que ni la mayor amplitud con que se pueda definir el privilegio (es refaccionario «el crédito que se contrae y emplea en la construcción...», SSTs de 5 de julio de 1990 y 6 de febrero de 2006), ni tampoco la concreción que, en algunos pronunciamientos, impone la necesidad de que el crédito haya contribuido «de modo directo» (STS de 21 de mayo de 1987) o que el mismo esté «causalmente conectado» con obras de reparación, construcción o mejora de bienes (SSTs de 9 de julio de 1993, 21 de julio de 2000, 12 de julio de 2004 y 6 de febrero de 2006), responde por sí sola a la cuestión de si tiene esta naturaleza el crédito del tercer poseedor de finca hipotecada (que la STS de 5 de julio de 1990 negó con argumentos adicionales), o si lo es el crédito del que vendió maquinaria pesada para el desarrollo industrial con respecto a la finca en la que se ubica la industria (lo que la STS de 21 de julio de 2000 niega, aunque siembra la duda de si existiría tal privilegio frente al acreedor hipotecario con pacto de extensión convencional a esta maquinaria conforme al art. 111 LH). Por otra parte, esta concepción amplia del privilegio tampoco explica por qué no es posible la refacción de créditos (problema que no se llegó a tratar en la STS de 9 de julio de 1993, aunque sí en la STS de 4 de diciembre de 2006, donde esta posibilidad fue descartada con el argumento adicional de que el privilegio sólo admite ejercicio sobre cosas corporales). Finalmente, en el caso que ahora comentamos, tampoco la formulación actual del privilegio utilizada por la jurisprudencia permite concluir si el cooperativista que causa baja en la cooperativa de viviendas es o no un acreedor privilegiado, pues esta condición se niega con el argumento, también nuevo, consistente en el juego circular de prelación que esta cualidad comportaría, y sobre la que volveremos luego.

Es más, tampoco se nos ha explicado cuál es la frontera exacta en que deba situarse el límite que pone la STS de 21 de julio de 2000 cuando veda una extensión indiscriminada del privilegio refaccionario a todo el que tenga su origen en el suministro de bienes o servicios que guarden cualquier tipo de relación con bienes inmuebles. Tal vez como expresión de esta contención, en la STS de 7 de octubre de 2008 se niega que el acreedor directo del artículo 1597 del Código Civil sea un acreedor privilegiado en la concurrencia con otros acreedores del comitente (porque «nada tiene que ver [la acción directa] con la materia de privilegios crediticios»).

4. LAS EXCEPCIONES A LA *PAR CONDITIO* Y LA FUNDAMENTACIÓN DEL PRIVILEGIO DE LOS CRÉDITOS REFACCIONARIOS

En otro lugar (*El privilegio del crédito refaccionario*, Tecnos, 1995, *passim*) nos hemos ocupado ampliamente de la relevancia que los privilegios tienen en la distribución del riesgo de insolvencia patrimonial del deudor y, por tanto, de la precaución con que ha de operarse en la definición de un sistema eficaz de prelación de créditos. Es evidente que sólo puede ser correcta una interpretación del privilegio que sea conforme con la finalidad perseguida por el Legislador, pues es precisamente la causa concreta (*privilegia non ex tempora aestimatur; sed ex causa*) lo que en cada caso ha de servir para identificar el ámbito de créditos privilegiados. En el caso del privilegio refaccionario, pese a los esfuerzos doctrinales, hay que concluir que los restantes acreedores no experimentan ni un beneficio ni un enriquecimiento injustificado por obra del

acreedor refaccionario, ya que si tienen mayores expectativas de cobro, merced a la actividad edificatoria, ello sucede por disponerlo así la regla de responsabilidad patrimonial universal del deudor establecida en el artículo 1911 del Código Civil. Además, hay que tener en cuenta que ningún empobrecimiento sufre el acreedor que ingresa en su patrimonio un derecho de crédito por razón de la obra. Es más, similares incrementos patrimoniales pueden suponer para el deudor otras prestaciones que no están dotadas de privilegio crediticio alguno. Tampoco es generalizable el fundamento de política económica y social ofrecido por DE ÁNGEL YAGÜEZ (*Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación civil*, Madrid, 1969, pág. 148), no ya porque sea una explicación de índole política, sino porque este deseo legal de proteger y fomentar la actividad constructiva es incongruente con el riesgo y ventura que el contratista de obra soporta conforme a lo establecido en los artículos 1589, 1590 y 1593 del Código Civil.

En definitiva, si el privilegio refaccionario no tiene una fundamentación jurídica, hay que concluir con DE CASTRO (*El negocio jurídico*, ed. facsímil, 1971, Madrid, 1985, pág. 285 y sigs.) que es sólo la «causa concreta» tomada en cuenta por el legislador la que hace nacer el privilegio, en nuestro caso, el construir, el mejorar bienes, el repararlos. De este modo, si el privilegio no reposa en una particular razón que justifique la exención a la regla del dividendo, sólo estará justificado conceder esta excepcional forma de protección en que el privilegio consiste a aquellos acreedores que no puedan disponer de ninguna garantía que les permita evitar el riesgo de insolvencia de su deudor, bien porque no sea posible acudir al mercado de garantías (por carecer de poder de negociación o por el irrazonable coste de la misma), bien porque la concurrencia con otros acreedores no sea posible por estar facultado para detraer su crédito. En otro caso no estará justificado que el acreedor se beneficie gratuitamente de esta ventaja legal, cuando, como decía GARCÍA GOYENA al justificar la supresión en el Proyecto de Código Civil de 1851 del privilegio de quienes financiaron la construcción, éstos «fueron libres en no prestar sino con la hipoteca del mismo inmueble» (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, ed. facsímil de 1973, tomo IV, pág. 288). Sobre todo ello, vid. CORDERO LOBATO, *El privilegio del crédito refaccionario*, cit., *passim*.

5. CONSTRUCCIÓN, REPARACIÓN O MEJORA DE CUALQUIER CLASE DE BIENES

El Código Civil establece privilegios refaccionarios inmobiliarios y mobiliarios sin exigir en cuanto a estos últimos que el bien refaccionado sea corporal. No compartimos las razones aducidas en la STS de 4 de diciembre de 2006 para restringir el privilegio del artículo 1922.1.º del Código Civil a los bienes corporales, pues es claro que ninguna restricción hace el Código. Es más, en aquellas actividades edificatorias que tienen por objeto la construcción, reparación o mejora de bienes demaniales, la concesión de un privilegio refaccionario sobre el crédito del contratista por razón de las obras es la única forma de posibilitar una protección del subcontratista y de los suministradores de material equivalente a la que tiene un acreedor refaccionario que sí puede cobrar con preferencia en el concurso con otros acreedores sobre el valor del bien refaccionado.

6. CRÉDITOS CAUSALMENTE CONECTADOS CON LA CONSTRUCCIÓN, REPARACIÓN O MEJORA DE BIENES

Como hemos indicado, el privilegio no se disfruta por el solo hecho de haber realizado una prestación que incrementa el patrimonio del deudor, sino sólo cuando esta prestación ha tenido como consecuencia la construcción, reparación o mejora de bienes. Esta conexión causal es indudable en aquellos casos en que la construcción, reparación o mejora forma parte de la estructura causal del negocio del que deriva el crédito, como sucede en el crédito que el contratista de obra o, en su caso, el subcontratista acreedor directo, tengan contra el comitente, ya que en ambos casos existe un nexo causal entre la prestación realizada y el resultado edificatorio. Lo mismo ocurre con el *facere* en que consiste la prestación del director del proyecto de edificación utilizado para la construcción, reparación o mejora de un inmueble.

Idéntica conexión causal existe en aquellos supuestos de naturaleza no contractual en los que el acreedor tiene reconocido un derecho de reembolso por razón de las obras, como sucede con los supuestos de reembolso por impensas en cosa ajena, casos en que únicamente habrán de excluirse aquellos créditos cuyo régimen específico conceda a su titular un derecho a detraer el importe del crédito, que evite la concurrencia con otros acreedores del deudor común (ampliamente, CORDERO LOBATO, *El privilegio del crédito refaccionario*, cit., págs. 141 y sigs.). En esta situación se encuentra el tercer poseedor de finca hipotecada, razones por las que consideramos correcto el fallo —que no la argumentación— de la STS de 5 de julio de 1990.

7. EL PROBLEMA DE LA CONEXIÓN CAUSAL CUANDO LA CONSTRUCCIÓN, REPARACIÓN O MEJORA, SI BIEN FORMA PARTE DE LA ESTRUCTURA CAUSAL DEL NEGOCIO, SÓLO AFECTA INDIRECTAMENTE A LAS FINCAS

Nos preguntamos ahora si es posible predicar la cualidad refaccionaria de aquellos créditos que derivan de prestaciones que si bien han tenido como consecuencia directa una construcción, reparación o mejora, sin embargo, las mismas no se han realizado sobre el bien cuestionado. Piénsese, por ejemplo, en las obras de urbanización que afectan a las fincas y que, como alegaban los recurrentes en la resolución cuestionada, permitan considerar que el suelo ha perdido su calificación de rural para ser suelo urbano, pues bastaría que tales actuaciones se hubieran materializado para que el suelo mereciera la calificación de urbano (cfr. CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, 6.^a ed., Dilex, 2008, pág. 95 y sigs.). Existe aquí un indudable incremento de valor de los inmuebles que no se concreta en un bien específico, sino que beneficia por igual medida a todas las fincas comprendidas en el área de actuación. Ciertamente que, en este caso, el agente urbanizador (o la figura análoga regulada en la legislación urbanística autonómica) no necesitará valerse del privilegio refaccionario, ya que puede conseguir que las fincas de resultado en el procedimiento de equidistribución queden afectas al pago de los gastos de urbanización, con las limitaciones establecidas en el artículo 19 del Real Decreto 1093/1997, afección que en la legislación autonómica está condicionada a la extensión de la correspondiente nota marginal. Ahora bien, todavía habría que decidir si este privilegio puede favorecer a los acreedores del urbanizador que pretendan ejercitar la acción directa del artículo 1597 del Código Civil frente a los propietarios de las fincas afectadas.

En este orden de ideas, también hay que plantearse si el acreedor de los propietarios en una propiedad horizontal puede pretenderse acreedor con privilegio refaccionario cuando realiza una construcción, reparación o mejora de bienes comunes, pues si bien las propiedades privativas se encuentran afectas a la garantía de los créditos por gastos comunes, la misma sólo beneficia a la comunidad de propietarios y no a los acreedores por razón de las obras que provoquen la correspondiente derrama por gastos comunes. No obstante, a diferencia de lo que sucede en el caso de las obras de urbanización, los elementos comunes construidos, reparados o mejorados sí son parte inseparable de las fincas privativas que componen la edificación, por lo que puede afirmarse que la actividad edificatoria se materializa en el bien privativo. Lo único que resta por decidir en este caso es la medida en que cada propietario es responsable frente al tercero, lo que puede resolverse con las reglas generales (mancomunidad estructurada de acuerdo con el coeficiente de participación de cada finca, cfr. art. 1137 CC).

8. LA CONEXIÓN CAUSAL EN EL CASO DE CRÉDITOS EN LOS QUE LA CONSTRUCCIÓN, REPARACIÓN O MEJORA NO FORMA PARTE DE LA ESTRUCTURA CAUSAL DEL NEGOCIO

Todavía más complejo es establecer el nexo causal en aquellos créditos que derivan de prestaciones consistentes en un *dare*, pues en ellas el empleo de los bienes entregados (dinero, materiales de construcción, proyectos técnicos de edificación) excede la cobertura causal del negocio. De este modo, no bastará con probar la realización de la prestación (la entrega), sino que habrá de acreditarse la inversión efectiva del objeto de la prestación en el proceso constructivo. No obstante, a esta constatación también podrá llegarse mediante la prueba de presunciones (se utilizó en la STS de 1 de diciembre de 1868, porque «la sociedad del tranvía no podía dedicarse a otro tipo de negociaciones», cuales eran la construcción y mantenimiento de las instalaciones del ferrocarril). En algunos casos legalmente establecidos, el solo pacto de destinación en contratos de financiación permite al acreedor disfrutar de la condición de acreedor privilegiado (determinados préstamos para la rehabilitación de viviendas conforme al art. 11.3 del RD 2329/1983).

9. EN CONCRETO, LA CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS ORIGINADOS POR LAS APORTACIONES REALIZADAS POR COOPERATIVISTAS DE VIVIENDAS

a) *El problema del nexo causal entre aportación y mejora: aportaciones que no se materializan solo en la construcción, reparación o mejora de viviendas*

La estructura causal del crédito del socio por las aportaciones que ha realizado a la cooperativa de viviendas no comprende la construcción, reparación o mejora de viviendas. No es sólo que la prestación del socio consista en un *dare* cuyo empleo en las obras deba acreditarse por quedar fuera de la estructura causal. Es que, además, la cooperativa de vivienda puede destinar las aportaciones de los socios a operaciones que no consistan en la construcción, reparación y mejora de bienes, a saber la cooperativa tendrá que pagar la remuneración del gestor profesionalizado de la cooperativa (el director, el promotor de la cooperativa), coste este que no se materializa en ninguna

actividad edificatoria. Además, la cooperativa tendrá que adquirir los terrenos necesarios para la edificación, y lo cierto es que el privilegio refaccionario no comprende los créditos por razón de la venta o la financiación de la misma al deudor, de modo que el vendedor de inmuebles, el prestamista que financió la adquisición y el comprador que anticipó cantidades para la compra de viviendas terminadas carecen de privilegio alguno, sin perjuicio de otras eventuales garantías con que puedan contar (por ejemplo, las garantías por cantidades adelantadas en la venta de inmuebles, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 57/1968 y legislación complementaria). No sucede lo mismo con el vendedor de bienes muebles que dispone de un privilegio específico, distinto del refaccionario (art. 1922.1.º CC; sobre la distinción entre privilegio refaccionario y privilegio del vendedor a plazos, cfr. GULLÓN BALLESTEROS, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, tomo II, pág. 2067). En general, la cooperativa está facultada para realizar todas aquellas operaciones necesarias para el mejor cumplimiento del objeto social (en cuanto al Derecho estatal, art. 89.2 de la Ley 27/1999), que no siempre se concretarán en una construcción, reparación o mejora del inmueble. Sobre todo ello, cfr. CARRASCO/CORDERO/GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., pag. 915 y sigs.

De este modo, el primer obstáculo para admitir la cualidad refaccionaria del crédito de reembolso del cooperativista radica en la dificultad para establecer la relación causal entre la aportación del socio y la construcción, reparación o mejora de un inmueble.

b) *El problema del contenido del derecho de reembolso*

En la Resolución comentada, la DGRN estima que la expresión «reembolso» es impropia, y que no existe devolución o recuperación exacta de lo que el cooperativista hubiera aportado, sino que más propiamente procede una «liquidación» de su aportación al capital, cuyo valor puede haber aumentado o disminuido. En nuestra opinión, esta configuración del crédito del socio frente a la cooperativa no impide que el mismo pueda calificarse como refaccionario. Aunque es cierto que la interpretación conjunta de los preceptos reguladores del crédito del cooperativista que causa baja en las cooperativas de viviendas no permiten estimar que el socio tenga derecho a la misma cantidad que aportó, pues la misma estará expuesta a las fluctuaciones que procedan según el balance del cierre del ejercicio correspondiente (arts. 51 y 89.5 de la Ley 27/1999), lo cierto es que esta necesidad de liquidación final no impide de por sí apreciar que existe una relación causal entre la aportación y la edificación. Por la misma razón tampoco nos parece decisivo que el crédito del socio que causa baja sea una «mera pretensión personal» (FD 3.º de la resolución comentada), no sólo porque también ha de tener la misma naturaleza el crédito de un contratista de obra (que a estas alturas ya nadie discute que sea un crédito refaccionario) sino porque al cuestionar la naturaleza refaccionaria del crédito del socio que causa baja nadie está considerando que el mismo pueda transformarse en un derecho real sobre los bienes de la cooperativa, lo que sólo sucederá, en su caso, merced a la protección registral del crédito refaccionario anotado y a su conversión en inscripción de hipoteca. En nuestra opinión, la falta de correspondencia entre el importe del capital aportado y el importe del capital a reembolsar que proceda tras la liquidación que

ordena la legislación de cooperativas constituye únicamente un problema liquidatorio que, por lo demás, puede solucionarse conforme al régimen liquidatorio de los créditos refaccionarios anotados que se contiene en la legislación hipotecaria (cfr. art. 94 LH).

c) *El juego circular de prelaciones: la responsabilidad del socio por las deudas de la cooperativa*

El régimen de las sociedades cooperativas revela que los créditos de los acreedores de la cooperativa constituyen un interés que prevalece sobre el de los socios cooperativistas: así, el cooperativista que causa baja responde personalmente de las deudas sociales, previa excusión del haber social, durante cinco años desde la pérdida de la condición de socio, por las obligaciones contraídas por la cooperativa con anterioridad a su baja, hasta el importe reembolsado de sus aportaciones al capital social (art. 15.4 de la Ley 27/1999). Además, cuando la cooperativa es objeto de liquidación, antes de efectuar cualquier reintegro a los socios han de pagarse las deudas sociales, consignarse o asegurarse los créditos no vencidos (art. 75 de la Ley 27/1999). Es más, a todo ello el Tribunal Supremo ha añadido que el socio adjudicatario de los inmuebles responde personal e ilimitadamente de las deudas que la cooperativa tiene con suministradores de materiales o con constructores por razón del proceso edificatorio (cfr. referencias jurisprudenciales en CARRASCO/CORDERO/GONZÁLEZ CARRASCO, *De-recho de la construcción y la vivienda*, cit., págs. 1023-1025).

Vemos, pues, cómo o bien los acreedores terceros tienen una preferencia de cobro en el momento de la liquidación de la cooperativa, o bien tal preferencia ha de deducirse *a fortiori* del hecho de que el socio sea, junto a la cooperativa, deudor frente al tercero por razón de las obras de edificación. De este modo, hay que concluir que no sólo no cabría practicar la anotación preventiva de crédito refaccionario con respecto al crédito de reembolso que tiene el cooperativista que causó baja en la cooperativa, sino que, más en general, en ningún caso los socios cooperativistas tienen la condición de acreedores refaccionarios, pues, causen o no baja, su crédito de reembolso no prevalece sobre los créditos de los terceros que participaron en la edificación. En definitiva, la calificación refaccionaria del crédito de reembolso del socio por las aportaciones que haga a la cooperativa de viviendas es incongruente con las reglas que determinan la responsabilidad personal del socio por las deudas que la cooperativa ha contraído con terceros por razón de las obras de edificación.

d) *Disponibilidad de otras garantías*

Es más, no sólo el privilegio refaccionario es incongruente con el régimen aplicable a las cooperativas sino que, además, realmente el cooperativista no necesitará este privilegio legal en aquellos casos en que se hayan cumplido los deberes de aseguramiento de las cantidades reembolsables establecidos en la Ley 57/1986, de cantidades adelantadas en la construcción y venta de viviendas, cuyo régimen fue extendido a las construcciones en cooperativa primero por vía reglamentaria (el Decreto 3114/1968 y el Real Decreto 2028/1995, para las cooperativas de viviendas de protección oficial) y, con posterioridad, por la Disposición Adicional 1.^a de la LOE.

10. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE CRÉDITOS REFACCIONARIOS Y CONSTANCIA REGISTRAL DE LA CONSTRUCCIÓN, REPARACIÓN O MEJORA

Para terminar con este comentario, vamos a reflexionar sobre un requisito adicional al que la DGRN sujeta la práctica de la anotación preventiva de los créditos refaccionarios. El Centro Directivo confirma el criterio de la Registradora que, entre otras razones, había denegado la inscripción por no poder afirmarse que estuviéramos en presencia de una refacción, de un aumento de valor del bien como consecuencia de las obras, pues las fincas sobre las que se pretendía la anotación seguían calificadas como rústicas y no existía declaración de obra nueva sobre las mismas (FD 3.º de la Resolución comentada).

Se trata, pues, de determinar si la calificación del crédito como refaccionario o la práctica de la anotación preventiva del mismo como tal está supe-
ditada a que en el Registro de la Propiedad conste el plusvalor aportado por razón de la refacción, sea a través de la recalificación del suelo como urbano (lo que significa que se han realizado las correspondientes actuaciones urbanizadoras), sea a través de la práctica de la declaración de obra nueva.

En primer lugar, es claro que el privilegio refaccionario de los créditos no anotados se disfruta sin necesidad de la constancia registral del plusvalor aportado por las obras. De este modo, producida la concurrencia con otros acreedores sobre el bien refaccionado, será irrelevante que la edificación no haya sido declarada o que no se haya modificado la calificación registral del suelo, pues la ejecución para el cobro del crédito —con la preferencia que corresponda al crédito refaccionario no anotado— se efectuará sobre el inmueble en el estado en que se encuentre, comprendidas las edificaciones que no tuvieron acceso al Registro. Obsérvese que no estamos en un caso en que no consta la efectiva existencia de los bienes y derechos objeto de refacción (lo que daría lugar a la nulidad del embargo por indeterminado, art. 588 LEC), pues el derecho al cobro preferente en que el privilegio consiste no se ejercita sobre el plusvalor aportado (por ejemplo, la edificación con separación del suelo), sino sobre todo el inmueble objeto de refacción. Es más, en la ejecución ni siquiera importará la descripción registral del inmueble, pues el mismo habrá de ser tasado (art. 637 LEC), tasación —y eventuales tasaciones contradictorias— que se efectuarán atendiendo a su valor de mercado (art. 639 LEC), y donde o bien la falta de valoración de las edificaciones no declaradas ni valoradas habrá de ser corregida mediante una acción de enriquecimiento sin causa frente al adjudicatario (cfr. SSTs de 15 de noviembre de 1990 y 4 de junio de 1993), o bien habrá de estimarse que el adjudicatario no hace suya la edificación que no fue objeto de valoración en la ejecución (STS de 8 de noviembre de 2000).

Analizaremos ahora si la falta de constancia registral del plusvalor aportado al inmueble, si bien no impide la calificación refaccionaria de un crédito, sin embargo sí ha de entenderse que hace imposible la práctica de la correspondiente anotación preventiva. Nos parece dudoso, no sólo porque existan actividades edificatorias que no pueden tener reflejo registral (como sucede con las obras de conservación y mejora de los inmuebles) sino, sobre todo, por las reglas que disciplinan la práctica de la anotación preventiva. Y es que para que pueda procederse a la misma, ni la Ley Hipotecaria ni su Reglamento exigen que la prestación se haya empleado en la misma, ni, lógicamente, que tal aportación conste en el Registro. Es más, dado que la anotación ha de solicitarse necesariamente durante la realización de las obras (art. 42.8.º de la LH), es obvio que, en el caso de que la actividad edificatoria se haya llevado a cabo en

virtud de un contrato de obra, hasta que la misma no concluya, restarán prestaciones por ser empleadas. Es decir, que hasta la terminación de las obras tendremos solamente créditos refaccionarios en formación, momento en el cual procederá la liquidación del crédito y su conversión en inscripción de hipoteca (art. 94 LH). En definitiva, la anotación preventiva de créditos refaccionarios es una medida de aseguramiento del crédito que tiene por objeto la finca en el estado en que la misma se encuentre cuando la garantía deba hacerse efectiva (prelación sobre otros acreedores, ejecución de la hipoteca en que la anotación se haya convertido finalmente), regla que es, por lo demás, la que rige a la hora de determinar la extensión convencional de la hipoteca sobre los edificios que no han sido objeto de declaración (cfr. SSTs de 2 de enero de 1991, 10 de junio de 1995; RRDGRN de 6 de febrero de 1986, 21 de febrero de 1995, 21 de marzo de 1997; en contra STS de 8 de junio de 2004). Estimamos que no es misión del Registrador velar por que las edificaciones accedan al Registro de la Propiedad mediante la declaración de obra nueva que, por lo demás, ni siquiera es una declaración obligada a ningún otro efecto que no sea el de permitir la ulterior constitución de hipoteca sobre el edificio o sus unidades privativas (cfr. arts. 8.5.º LH y 51 RH) o la constitución del régimen de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles [art. 4.1.a) de la Ley 42/1998].