

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

I. Resoluciones comentadas

COMENTARIO A LA RESOLUCION DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 1988

Resumen de los hechos

Los hechos acaecidos en el presente caso son los siguientes:

El Banco Hispano Americano inicia procedimiento ejecutivo contra don Juan y su esposa, razón por la cual se practica el 5 de mayo de 1984 el embargo de varios bienes inmuebles propiedad de los demandados. El 8 de mayo de 1984 don Juan vende los bienes trabados con el embargo a don Agustín, en escritura pública.

El 10 de mayo de 1984 recae providencia por la que se ordenaba la anotación preventiva de embargo librándose mandamiento al Registrador, el cual fue presentado el día 26, presentándose la anotación preventiva el 24 de julio de 1984. El 30 de agosto de ese año se presenta en el Registro la escritura de venta para su inscripción, realizándose ésta el 5 de octubre de 1984. Posteriormente, el 12 de marzo de 1985, se expide certificación de cargas para el procedimiento ejecutivo, de acuerdo con el artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y finalmente, el 18 de septiembre de 1986, se dicta auto de adjudicación del bien tratado a favor del Banco Hispano, quien lo adquirió por 1.500.000 pesetas. Por ello, presentó dicho auto en el Registro para su inscripción que le fue denegada por el Registrador el 28 de octubre de 1986, por varios defectos:

1. No haber tenido en cuenta a don Agustín en el procedimiento como tercer poseedor que inscribió su derecho antes de la expedición de la certificación (art. 143 RH) y ser de derecho preferente por ser su título anterior a la anotación (art. 44 LH). Considerándose un defecto insubsanable.

2. No constar las circunstancias personales del adjudicatario según los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario.

3. No haber liquidado el impuesto de Plus Valía o no haberlo acreditado con su presentación.

4. Que en el auto de adjudicación se contienen tres inmuebles, aunque el procedimiento parece referirse sólo al primero.

Por ello, se volvió a presentar en el Registro el auto de adjudicación con la subsanación de errores realizada en una diligencia del Secretario del Juzgado en la que se acreditaban las circunstancias personales del adjudicatario, la identi-

ficación de la finca adjudicada, así como la personación en las actuaciones de don Agustín desde el 20 de marzo de 1989 antes de la realización de la primera subasta.

En esta segunda presentación en el Registro se vuelve a denegar la inscripción porque:

1. Don Agustín, actual titular registral, tiene título anterior a la anotación del embargo y por ello tiene carácter preferente (arts. 44 LH y 1.923 Cc.), consecuencia de lo cual es la insubsanabilidad del defecto según el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y reiterada doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

2. No haber liquidado el impuesto de Plus Valía o no haberlo acreditado ni haber acompañado la carta de pago del ITP.

Ante ello se interpuso recurso gubernativo, por el Procurador del Banco, contra la denegación del registrador alegándose la invocación del principio *Prior tempore, potior iure*, ya que la compra de don Agustín se inscribió con posterioridad a la anotación del embargo.

La Audiencia Territorial de Sevilla confirmó la nota del Registrador basándose en los artículos 44 de la Ley Hipotecaria, 1.923 del Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Ello motivo la apelación del auto presidencial ante la Dirección General, la cual recordó revocar el auto apelado y la nota del Registrador en el extremo recurrido, que era el primer defecto consignado en la nota de calificación.

Los fundamentos jurídicos de la presente Resolución son los que a continuación transcribo literalmente, comenzando por el segundo, debido a que en el primero la Dirección se limita a resumir los hechos acaecidos:

Segundo.—No discutiendo el recurrente más que el primer defecto de los consignados en la nota de calificación, la cuestión planteada es la de decidir si un embargo aún no anotado tiene eficacia sobre una enajenación posterior del bien trabado, habida cuenta de que la inscripción de ésta es posterior a la anotación de aquél.

Tercero.—La traba del embargo, a diferencia de la hipoteca, no produce la vinculación exclusiva del bien afecto al crédito que lo determina; esa vinculación opera en beneficio del proceso en que se acuerda, al efecto de facilitar la actuación de la Justicia y asegurar la efectividad de la ejecución ya acordada o que pueda acordarse en el futuro, independientemente de cual sea el crédito que, en definitiva, resultará satisfecho con el importe realizado, ya sea el del actor, ya sea el de un tercero que interponga y triunfe en la tercera correspondiente (art. 1.520 LEC). Así pues, el embargo para nada altera la naturaleza del crédito del actor, que sigue siendo un derecho personal; el que el artículo 1.923-4 del Código civil le conceda determinada preferencia a partir de la anotación exceptuando la regla general de igualdad de trato de los acreedores, no trasciende a esa naturaleza personal y sólo juega para decidir, en una posible incidencia del proceso de ejecución, cuál sea el crédito que debe ser satisfecho preferentemente con el importe realizado.

Cuarto.—Lo dicho anteriormente no quiere decir que el embargo, en sí, carezca de trascendencia real. Se trata de una medida cautelar que, como otras que pueden ser adoptadas en diversas actuaciones judiciales —con carácter preventivo

o en vías de ejecución, en procesos singulares o en procedimientos colectivos, con inmisión o no en la posesión de los bienes—, a la vez que confiere a los órganos judiciales poderes inmediatos sobre las cosas, que pueden ser actuados aun sin la mediación de su dueño, restringe claramente las facultades dominicales. Y así ocurre que sólo será posible la enajenación respetando el embargo y que el dueño de los bienes embargados no puede darles, en su caso, en hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento.

Quinta.—Admitida la trascendencia real del embargo, surge la cuestión sobre si para la misma es requisito constitutivo la práctica de la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, como parecen apoyar la analogía con la hipoteca —cfr. artículos 4 del Código civil y 145 de la Ley Hipotecaria (R. 1946, 342, 886 y N. Dicc.18732)—, el carácter obligatorio de la anotación preventiva —cfr. artículos 43 de la Ley Hipotecaria, 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 68 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria (R. 1954, 1851, y N. Dicc. 15460)—, y los términos de los artículos 764 y 1.409 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de lo que parece resultar que la práctica de la anotación es uno de los requisitos del embargo.

Pero ha de reconocerse que en ningún precepto se establece expresamente el carácter constitutivo de la anotación preventiva. Habrá de estimarse, pues, que respecto de este acto modificativo de los derechos reales inmobiliarios rigen las normas generales de nuestro sistema, según las cuales la inscripción, como regla, no tiene carácter constitutivo ni siquiera en el supuesto de que se trate de derechos reales que no lleven aneja la facultad de posesión inmediata, como, por ejemplo, ocurre con los censos consignativos, las servidumbres negativas, sobre todo las no aparentes, o el retracto convencional.

No sirve, por tanto, como argumento la analogía de lo que singularmente ocurre con la constitución de hipoteca o con algún otro supuesto.

El carácter obligatorio de la anotación de embargo (cfr. artículo 43 de la LH, 1.453 de la LEC y 68 de la LHM), debe conjugarse con el principio de rogación y con la realidad positiva que nuestra legislación supone —como se verá— que el embargo existe y puede ser actuado aun sin anotación preventiva.

La expresión legal según la cual «se limitará el embargo a librar mandamiento por duplicado al Registrador para que extienda la correspondiente anotación preventiva» (cfr. artículos 764 y 1.409 de la LEC) no equivale a decir que no hay embargo hasta que no haya anotación preventiva. Lo que quiere decirse es que acordado el embargo no procederán otras medidas —como el secuestro o la intervención en la Administración—, que proceden, en cambio, en otras medidas cautelares judiciales.

Por el contrario, sí hay, en cambio, datos positivos que abonan la tesis de que el embargo es una medida que se constituye enteramente en la esfera judicial (cfr. artículos 63-12 y 1.403 y ss. de la LEC). El asiento de anotación preventiva procede a petición del que «obuviere mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo (hecho pasado) en bienes inmuebles del deudor» (cfr. artículo 42-2 de la LH); antes de la anotación puede proceder la previa notificación del embargo (luego ya existe) —cfr. artículos 1.373 del Código civil y 144-1 del Reglamento Hipotecario (R. 1947, 476, 642 y N. Dicc. 18733)—; el embargo no anotado —y por hipótesis no anotable— es el que puede dar lugar a la llamada tercería registral regulada en el artículo 38-III, de la Ley Hipotecaria; aun sin la anotación

preventiva (porque no está inmatriculada la finca, porque caduque la anotación de suspensión de la anotación de embargo o la misma anotación), el embargo puede ser actuado hasta el remate (a salvo de los derechos concedidos por las Leyes a los interesados, si quisieran ejercitarlos) (cfr. artículos 1.493 y 1.497 de la LEC y 140 del RH)

Esta segunda posición viene hoy apoyada en doctrina reiterada del Tribunal Supremo, a la que este Centro directivo debe ajustar una resolución conforme a la cual el embargo existe jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta legalmente, con independencia de su anotación en el Registro oportuno, y la anotación no puede condicionar su existencia ni tener respecto de ella un valor constitutivo —Sentencias de 14 de octubre de 1965 (R. 4441), 19 de abril de 1971 (R. 2276), 27 de julio de 1977, 4 de abril de 1980 (R. 1921) y 24 de noviembre de 1986 (R. 6579)—. Y es también la solución más conforme con la doctrina del Alto Tribunal respecto de la tercería de dominio: al ser esta una cuestión de preferencia, se precisa invocar un título dominical vigente al efectuarse judicialmente la traba para que pueda el tercerista obtener el respeto y protección que reclama —Sentencias de 7 de julio de 1988, 25 de noviembre de 1926, 15 de marzo y 22 de junio de 1928, 6 de febrero de 1929, 18 y 24 de febrero de 1936 (R. 475 y 352), 28 de enero de 1964 (R. 391), 21 de febrero de 1966 (R. 1532), 25 de marzo de 1969 (R. 1589) y 4 de abril de 1980—; de conformidad con los principios de economía y celeridad, no tendría sentido que la protección de las adquisiciones posteriores a la traba (y anteriores a la anotación de la traba en el Registro) fuera excluida de la vía de la tercería y se dejara, en cambio, abierta la acción reivindicatoria en proceso independiente que, de prosperar, haría inútil toda la ejecución ultimada.

Sexto.—Ciertamente, en nuestro sistema el acreedor que obtenga anotación preventiva de embargo goza de preferencia frente a los créditos o actos dispositivos posteriores a la fecha misma en que la anotación preventiva del embargo se produce, según resulta de los artículos 44 de la Ley Hipotecaria, y 1.923 del Código civil, y confirmó reiterada jurisprudencia. Por ello, naturalmente, no quiere decir que los créditos o los actos dispositivos anteriores a la anotación misma hayan de ser preferentes siempre al crédito en cuyo favor se practicó el embargo, o el embargo mismo todavía no anotado. Para decidir estas otras colisiones de derechos ha de estarse entonces a las demás normas de nuestro ordenamiento. La colisión entre los créditos anteriores a la anotación se decidirá por las demás normas sobre concurrencia y prelación de créditos. La colisión entre embargo no anotado y el acto dispositivo sobre el bien embargado se decidirá, puesto que afecta al campo de los derechos reales, según el principio *prior tempore potior iure*, a salvo el derecho del tercer protegido por la legislación hipotecaria. Es decir, producido el embargo, aunque no esté anotado el dueño del bien, sólo puede transmitirlo en la medida en que es suyo, o sea, con la carga del embargo; a salvo el caso en que el que hubiere adquirido el bien, con posterioridad al embargo, reuniera los requisitos para gozar del amparo de la legislación hipotecaria (lo que aquí no ocurre porque la anotación del embargo es anterior a la inscripción de la adquisición del bien).

Séptimo.—El resultado de la anterior doctrina es conforme con las finalidades de la legislación hipotecaria. Es cierto, que una de las preocupaciones de los redactores de la Ley Hipotecaria de 1861 fue conseguir que las llamadas hipotecas

judiciales —los embargos— se ajustaran también, como las hipotecas ordinarias, al principio de la publicidad registral (en lo embargos, a través de la correspondiente anotación preventiva). De este modo, coordinaba el régimen de los embargos con el que la Ley Hipotecaria de 1861 señalaba para las hipotecas voluntarias. Según la Ley de 1861 para que las hipotecas voluntarias pudieran perjudicar a tercero se requería «que la escritura se haya inscrito en el Registro que se establece por esta Ley» (cfr. su artículo 146). Con esta exigencia de publicidad se pretendía dar seguridad al tráfico inmobiliario y al crédito territorial; pero al tráfico inmobiliario y al crédito territorial que se acogían a la protección del sistema registral.

Aunque después nuestro sistema haya dado mayor alcance a la inscripción en el supuesto singular del derecho real de hipoteca, no hay razón —como ya dijimos— para extender esta norma singular a otros supuestos de modificaciones jurídicas reales. Y todo para conseguir, además —y esto es muy importante—, un resultado que no sólo va contra el sistema general, sino que tendría como resultado práctico, obstaculizar la realización de la justicia a pesar de haberse ultimado sin protesta de nadie el procedimiento de ejecución, y todo para dar protección singular a quien el ordenamiento —a otros efectos y respecto de las enajenaciones que impiden que la traba del embargo pueden constituirse sobre bienes del deudor— presume, que al adquirir el bien, está en connivencia fraudulenta (cfr. R. de 7 de noviembre de 1929), con el deudor enajenante (cfr. artículo 1.297 del Código civil).

Octavo.—En conclusión, puesto que la venta posterior al embargo no puede quedar protegida ni por el principio de prioridad ni por la fe pública registral (al estar ya anotado el embargo al tiempo de la inscripción de la venta), no cabe en el presente caso que deje de ser inscrito por la sólo razón invocada por el Registrador, el auto de adjudicación, siempre que, en cuanto a la cancelación del asiento relativo a la venta intermedia, se cumpla lo establecido en los artículos 131-17 y 133 de la Ley Hipotecaria y 175-2 y 233 del Reglamento Hipotecario.

Noveno.—Los anteriores razonamientos se hacen sobre un dato que no ha podido tener a la vista el Registrador en el momento de la calificación porque no viene consignado en la respectiva anotación de embargo: que el embargo fue practicado en 5 de mayo de 1984. Pero al no constar en este asiento la fecha de la traba, tampoco podía el Registrador denegar ahora la inscripción solicitada, sino suspenderla en tanto no se justificara dato tan decisivo.

COMENTARIO

La Dirección General centra el problema del caso en si el embargo anterior a la venta, pero anotado antes de la inscripción de ésta, es o no eficaz sobre tal venta.

Para ello, tras exponer una serie de fundamentos jurídicos va a resolver el recurso a favor de la eficacia del embargo sobre la venta, atendiendo a la primacía de la anotación preventiva del embargo por aplicación del principio invocado por el recurrente *Prior tempore potior iure*.

Para llegar a esta conclusión va a definirse sobre el concepto y la naturaleza del embargo, así como sobre el significado que tiene su anotación preventiva

en el Registro y la cuestión de la posible tercería de dominio, acabando por pronunciarse sobre el problema de la concurrencia y prelación de créditos.

Por ello, en el presente comentario he creído conveniente seguir su orden positivo, y voy a comenzar por analizar el embargo (I), siguiendo con el carácter que le imprime la anotación preventiva (II), para posteriormente entrar en la posibilidad que tiene el comprador, don Agustín, de ser un tercero protegido (III) con todos los problemas de prelación o prioridad en el Registro, para terminar con unas conclusiones (IV).

I. EL EMBARGO

Como antes he dicho, la Dirección General comienza por analizar el embargo, en atención al planteamiento que hace del problema en el segundo fundamento jurídico, en donde enfrenta en primer lugar el embargo no anotado con una ena-

Considera el embargo como una medida cautelar (fund. jur. 4) constituida enteramente en la esfera judicial (fund. jur. 5) cuya función es «facilitar la actuación de la Justicia y asegurar la efectividad de la ejecución ya acordada o que pueda acordarse...» (fund. jur. 3) y que produce como efectos «la vinculación... “del bien trabado”... en beneficio del proceso en que se acuerda» (fund. jur. 3), el poder inmediato sobre la cosa de los órganos judiciales y la restricción de «las facultades dominicales» (fund. jur. 4), de modo que el dueño sólo podrá enajenar la cosa respetando el embargo, y no podrá «darles, en su caso, en hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento» (fund. jur. 4), de acuerdo con lo que señala el artículo 2 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento.

Esta definición o descripción del embargo que da la Dirección General es acorde con la postura doctrinal y jurisprudencial mayoritaria al respecto. No se duda de que el embargo es un acto procesal en cuanto a que debe decretarse por la autoridad judicial durante la sustanciación del procedimiento ejecutivo, cuya esencia es la traba o afección de ciertos bienes del patrimonio del deudor-ejecutado, para dirigir sobre ellos la actividad ejecutiva posterior (1).

Tal traba consiste en una declaración de voluntad del Juez, por la que afecta o sujeta esos bienes del deudor para proyectar sobre ellos la actividad ejecutiva posterior. Con ello, se consigue «facilitar la actuación de la Justicia» en cuanto, supone que la tramitación del proceso no va a ser en vano o inútil, sino que va a tener asegurada la efectividad de la ejecución posterior del bien, así como se va a garantizar al acreedor ejecutante la posibilidad de percibir el producto de la realización de esos bienes afectados y, conseguir el restablecimiento de su patrimonio, consiguiendo igualmente el cumplimiento de la obligación del deudor.

(1) PRIETO CASTRO y FERRÁNDIZ, *Derecho procesal civil*, Madrid, Tecnos, 1988, 4.ª ed., pp. 464 y 468. FRANCO ARIAS, *El procedimiento de apremio*, Barcelona, Bosch, 1987, pp. 7 y 224-225, así como nota 641. SOLCHAGA LOTEGUI, *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles*, Pamplona, Aranzadi, 1986, pp. 139-140.

En contra, Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, T. II, Madrid, Tecnos, 1978, pp. 74-75 y 410-411. En igual sentido, en *Las anotaciones preventivas de embargo*, «RDN», 1964, p. 14. RAMOS FOLQUES, *El precedente real de las anotaciones de embargo*, «RDP», 1951, p. 704.

Formalmente, el embargo decretado por la autoridad judicial, se adopta mediante una providencia en la que se identifican los bienes y, a partir de ese momento, el embargo existe jurídicamente y es válido entre las partes y frente a terceros que lo conozcan; de ahí la posición de la Dirección General en su Quinto fundamento al decir: «el embargo existe jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta legalmente, con independencia de su anotación en el Registro oportuno...» (2).

Esta última afirmación, anticipada, la volveré a analizar posteriormente, al estudiar el carácter de la anotación preventiva con relación al embargo.

Antes, creo necesario señalar la diferencia que supone la traba del embargo con la hipoteca.

La Dirección General señala que «La traba del embargo, a diferencia de la hipoteca, no produce vinculación exclusiva del bien afecto al crédito que lo determina... Así pues, el embargo para nada altera la naturaleza del crédito del actor, que sigue siendo un derecho personal» (fund. jur. 2).

Las diferencias del embargo con la hipoteca son:

- De un lado, la hipoteca es un derecho real accesorio de otro principal, frente al embargo que no es un derecho sino un acto judicial, una medida cautelar (3).
- De otro, la hipoteca concede al acreedor hipotecario un poder directo e inmediato sobre la cosa hipotecada, frente al embargo que únicamente concede al ejecutante la posibilidad de percibir el precio obtenido en la subasta pública, siempre que no exista una tercería de dominio o de mejor derecho, por lo cual sólo «asegura la efectividad de la ejecución ya acordada o que pueda acordarse en el futuro, independientemente de cuál sea el crédito que, en definitiva, resultará satisfecho con el importe realizado, ya sea el del actor, ya sea el de un tercero que interponga y triunfe en la tercería correspondiente... (fund. jur. 3).

Sin embargo, también existen similitudes, en cuanto al igual que la hipoteca, la enajenación del bien embargado pasa con la traba del embargo aunque siempre que el tercero lo conozca o esté anotado en el Registro en el momento de su adquisición; y, al igual que la hipoteca concede al acreedor hipotecario un poder inmediato sobre la cosa, el embargo concede a los órganos judiciales un poder inmediato sobre el bien trabado, en cuanto pueden venderlo en pública subasta para la realización de valor de la cosa (4).

(2) SOLCHAGA LOTEGUI, *Op. cit.*, p. 145. CAMY, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. V, Madrid, Centro de Estudios Hipotecarios, 1971, pp. 527-528. En el mismo sentido, las STS citadas por la Resolución comentada en su fundamento jurídico 5.º

(3) Ver nota 1. En igual sentido y contra la idea de embargo como un derecho real, CARRERAS, *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, p. 121. REY PORTOLES, *Prelación de créditos con embargo anotado* (arts. 1.923.4 y 1.927.2.2 del Cc.), «Centenario de la Ley de Bases del Código civil», Madrid, Centro de Estudios Hipotecarios, 1988, pp. 391-392: «Si, pues el verdadero árbitro del asiento (cfr. art. 206, segundo, del RH), atendiendo en el orden civil y asimilados al principio de rogación (cfr. el número sexto del citado art. 206 del RH), es el Juzgado, se hace difícil negar, como digo, que el embargo... constituyan simplemente dos medidas cautelares complementarias de índole procesal (en el mismo sentido, la citada R. de 6 de septiembre de 1988).

(4) Por ello, cabría hablar como hace REY PORTOLES, *Op. cit.*, p. 392, del «embargo —anotado o no— como un “semiderecho real de constitución coactivo-judicial”, peculiar

Sin embargo, estas similitudes no permiten pensar en el embargo como un derecho real similar a la hipoteca, sino como un acto judicial, una medida cautelar, que tiene el carácter de garantía antes de su anotación, por virtud del órgano que lo adopta (permitiéndole la enajenación forzosa del bien sin mediación de su dueño, en la segunda fase del proceso ejecutivo) y que tiene como única finalidad asegurar la efectividad de una ejecución y el posible cobro de un crédito. Con ello se busca conseguir el cumplimiento forzoso de una obligación del deudor (5).

II. LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO

La Dirección General comienza en el fundamento jurídico Quinto, planteando el problema del carácter constitutivo o no de la anotación preventiva sobre el embargo. Para ello, examina diversos argumentos de los que se podría sentar la conclusión de ese carácter constitutivo.

Comienza por ver la posibilidad de inducir ese carácter constitutivo de la anotación a través del argumento analógico, en base del artículo 4.1 del Código Civil, al igual que lo tiene la inscripción respecto de la hipoteca en base a los artículos 145 de la Ley Hipotecaria y 1.875.1 del Código Civil (6).

En este caso, afirma, y creo que correctamente, que no sirve el argumento analógico por cuanto:

- El artículo 42 señala su carácter potestativo, en cuanto permite la posibilidad de la anotación del embargo si lo desea quien ha conseguido que se practique.
- Cabe el embargo y la posterior ejecución de esos bienes trabados, aunque no estén inmatriculados en el Registro, como expresamente se reconoce en los artículos 1.493.2; 1.497 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 140 del Reglamento Hipotecario. En igual sentido la doctrina y jurisprudencia (7).
- En nuestro ordenamiento jurídico, la inscripción en el Registro es, por regla general, declarativa, siendo la constitutiva una excepción, para los casos expresamente previstos, puesto que en nuestro sistema jurídico la mayoría de los actos que afectan a los derechos reales por negocio jurídico se producen mediante el título y el modo (8).

rizado porque su eficacia *erga omnes* se proyecta sólo *in futurum* y no *in praeteritum*, es decir, contra adquirentes (*idem* acreedores) ya existentes en el momento de la fecha de aquél».

(5) SOLCHAGA LATEGUI, *Op. cit.*, p. 140. En igual sentido, ver nota 4 y las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1966, 16 de mayo de 1969, entre otras, donde el Tribunal Supremo nos dice que el embargo está en función de garantía del cumplimiento de una obligación y tiene sustantividad propia.

(6) Entre los autores que lo defienden, PRIETO CASTRO, *Op. cit.*, p. 469.

(7) Vid. DIEZ PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, Tecnos, 1988, 4.^a ed., pp. 332-333. LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, vol. III bis, Barcelona, Bosch, 1984, p. 224.

(8) Posición mayoritaria doctrinal y jurisprudencial al respecto. Vid. LACRUZ-SANCHO, *Op. cit.*, p. 224. DIEZ PICAZO, *Op. cit.*, pp. 311-313. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, T. I, Barcelona, Bosch, 1979, 7.^a ed., páginas 196 y 248. En igual sentido, sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1947, 24 de mayo de 1952, 13 de marzo de 1964, 1 de octubre de 1974, 25 de febrero de 1972 y 31 de enero de 1978, y Resoluciones de la

Un segundo argumento sobre ese carácter constitutivo de la anotación, estaría como señala la Dirección General en esta Resolución, en el carácter obligatorio que se impone en los artículos 43 de la ley Hipotecaria, 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 58 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, de manera que al establecerse legalmente el mandato de anotar preventivamente el embargo, como igualmente señalan los artículos 764 y 1.409 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para otros tipos de embargos, puede parecer que la anotación es un requisito para la constitución del embargo y para su validez.

Como he dicho anteriormente, la anotación no es un requisito necesario para que se practique el embargo, pues éste existe desde que se decreta judicialmente, y esa obligatoriedad debe entenderse como una imposición legal de que esa medida sea inscrita en el Registro, dentro de unos plazos si el órgano encargado de mandarlo no quiere sufrir las consecuencias de su omisión, ni la persona a cuyo favor se hace quiere verse privada de los efectos de la fe pública registral que ella conlleva (9).

Esto significa, no que la anotación haga eficaz el embargo, pues éste desde su existencia en el momento de su práctica extrarregistral existe y es eficaz frente a las partes y a los terceros que lo conozcan, sino que puede decirse que con la anotación del embargo éste se hace eficaz frente a todos, de manera que la anotación puede considerarse una condición para que esa medida extrarregistral goce de las ventajas que concede el Registro a los actos en él inscritos.

Así, frente al carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca por cuanto es un requisito necesario para su existencia y validez, confiréndole el carácter de derecho real y dándole con ello a su titular las ventajas de todo acreedor hipotecario (acción real de hipoteca, etc.), la anotación no es constitutiva del embargo ni transforma la naturaleza del crédito que asegura, y su obligatoriedad legal se manifiesta como un deber a los órganos que lo han decretado, aunque sí es una condición para asegurar esa obligación personal *erga omnes* y privilegiar a su vez el crédito anotado (10).

Así pues, la anotación preventiva de embargo es un complemento de éste y por tanto, una forma de asegurar un crédito personal que de otra forma no tendría acceso al Registro, dotándole de preferencia frente a otros créditos posteriores, sin alterar su naturaleza personal, y de la eficacia que le concede el principio de publicidad registral, haciéndolo oponible frente a terceros (11).

Así, la anotación preventiva de embargo responde al principio hipotecario de especialidad que se recoge en el artículo 13.1 de la Ley Hipotecaria, que confiere eficacia frente a terceros a los actos limitativos del dominio y permite, junto

Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de marzo de 1936, 10 de enero de 1939 y 24 de marzo de 1959, entre otras.

(9) ROCA SASTRE, *Op. cit.*, T. I, p. 248.

(10) En este sentido, CAMY, *Op. cit.*, pp. 526-528. SOLCHAGA, *Op. cit.*, pp. 145-147. REY PORTOLES, *Op. cit.*, p. 392. LACRUZ-SANCHO, *Op. cit.*, pp. 224-226. Díez PICAZO, *Op. cit.*, pp. 332-333.

En contra, PUIG BUTRÀU, *NEJ*, Seix, voz «Anotación Preventiva», que considera a ésta como constitutiva por cuanto crea «una verdadera garantía de efectos semejantes a la hipoteca», pp. 681 y 683. Igual, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, T. III, Barcelona, Bosch, 1979, 7.ª ed., p. 23. PRIETO CASTRO, *Op. cit.*, pp. 469-470.

(11) Por todos, ROCA SASTRE, *Op. cit.*, T. III, páginas. 18-19.

a los artículos 7 y 9 del Reglamento Hipotecario, la inscripción en el Registro de actos de trascendencia real que no supongan derechos reales.

Este carácter prioritario o preferencial del crédito nos lleva al tercer punto de este comentario y que creo que es el centro del problema planteado en la Resolución que conecta con los efectos de esa anotación preventiva e incluso del embargo mismo en relación con enajenaciones de ese bien por adquirentes que desconocen tal traba y que documentan su contrato escriturariamente.

III. EFECTOS DE LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO. PRELACION DE CREDITOS

Con relación a este tema, la Resolución comienza en su fundamento jurídico Sexto, por expresar la preferencia que el artículo 44 de la Ley Hipotecaria y el artículo 1.923.4 del Código Civil conceden al acreedor que obtenga anotación preventiva de embargo. Para, posteriormente, señalar cómo, en el caso que nos ocupa, existe una colisión entre embargo no anotado y un acto dispositivo sobre ese bien embargado, la cual debe decidirse, por afectar al ámbito de los derechos reales, por el principio *Prior tempore, potior iure*, sin que el tercer adquirente, don Agustín, pueda considerarse tercero protegido por la legislación hipotecaria, al ser la inscripción de la venta posterior a la anotación del embargo y no quedar amparado ni por el principio de prioridad registral ni por el principio de la fe pública registral (fun. jur. 8).

La anotación preventiva de embargo, si como he dicho anteriormente, es un asiento registral que una vez inscrito en el Registro confiere al embargo eficacia frente a terceros, dándole publicidad, ¿qué efectos producirá con respecto a la adquisición posterior al embargo pero anterior a la anotación?

La Ley Hipotecaria de 1861, en su exposición de motivos, ya establecía cómo las anotaciones únicamente se constituían para asegurar las consecuencias de un juicio y sólo gozarían de preferencia en relación a los créditos de otros con el deudor que se hubieren contraído después de la anotación. Hasta aquí, esta claro, que se conferían a la anotación preventiva de embargo, efectos *in futurum*, es decir, a partir de la fecha de inscripción pero no antes (12).

Esto se deduce también hoy de los artículos 1.923.4 y 1.927.2 del Código Civil, así como el artículo 44 de la Ley Hipotecaria. Es la postura tradicionalmente mantenida en la doctrina y jurisprudencia mayoritaria.

Por ello esos efectos reales de la anotación, frente a actos posteriores, es una eficacia relativa y no absoluta, por cuanto se permiten las tercerías y otras medidas civiles que suspenden la ejecución y permiten a los terceros adquirentes y titulares del bien defender su derecho anterior a la anotación (13).

Con ello, niego las posturas de autores como García García, Alvarez y Cape-rochipi y Franco Arias, entre otros, que defienden la eficacia real absoluta de la anotación de embargo (14).

(12) REY PORTOLES, *Op. cit.*, pp. 360 y 392.

(13) Por todos, ROCA SASTRE, *Op. cit.*, p. 20.

(14) Vid. REY PORTOLES, *Op. cit.*, pp. 348-355.

Partiendo de esa idea, la Dirección General, se pronuncia en el fundamento jurídico Sexto sobre los efectos de la anotación preventiva de embargo. Recogiendo la postura tradicional de la doctrina y jurisprudencia comienza por afirmar la preferencia del embargo anotado frente a los créditos o actos dispositivos posteriores a ella, en base a los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código civil, que así lo establecen. Sobre ello es unánime la doctrina y jurisprudencia. Esta misma preferencia se deduce del artículo 71 de la Ley Hipotecaria, que permite la enajenación de los bienes embargados y anotados preventivamente en el Registro, sin perjuicio de la persona a cuyo favor se hizo la anotación preventiva, es decir, que el bien se adquiere trabado y, por tanto, el adquirente asume la responsabilidad que se derive de ello a no ser que desampare los bienes.

Ahora bien, ¿esa preferencia del acreedor con anotación preventiva de embargo, se mantiene también frente al adquirente del bien embargado antes de ser anotado en el Registro y sin conocimiento de ello hasta el momento de la inscripción de su escritura en el Registro?

Según la Dirección General, sí, porque esa venta no puede quedar protegida por los principios de prioridad ni de fe pública registral, al estar ya anotado el embargo en el momento de la inscripción (fund. jur. 8). En igual sentido, se pronuncian los autores que defienden la eficacia real absoluta de la anotación preventiva de embargo, al dar a la anotación efectos retroactivos al momento del embargo.

Analizándolo detenidamente, he de puntualizar que la inscripción en el Registro se realiza antes de que el Registrador haya librado la certificación de cargas al Juzgado. Este dato es importante, por cuanto en tal certificación se debe poner de manifiesto la titularidad del bien y puede ocurrir, según el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en el caso de que el embargo no hubiere sido anotado, que el bien hubiese sido enajenado y tuviese un nuevo titular, ante lo cual se prevé el sobreseimiento del procedimiento de apremio contra ese bien, e impediría que se inscribiese el auto de adjudicación en el Registro. (Así, se pronunció la Resolución de 9-11-1955.) Ello se debe a que el crédito del acreedor embargante, al no estar anotado, no goza de las ventajas que le concede el Registro: esto es, ni de la fe pública registral ni del principio de prioridad y el nuevo adquirente sí estaría beneficiado de ello (fund. jur. 5 y 6) (15).

Pero, si como ocurre en el caso que nos ocupa, la inscripción es posterior a la anotación del embargo y anterior a la certificación de cargas, estamos ante el supuesto que recoge el artículo 38.4 y 5 de la Ley Hipotecaria en relación al artículo 143 del Reglamento Hipotecario, de manera que ese adquirente aparece como un tercer poseedor, que tiene derecho a intervenir en el procedimiento subrogándose en el lugar del deudor, y el acreedor anotante le podrá reclamar el pago de su crédito si no lo verifica el deudor. Si no paga o no desampara los bienes, según el artículo 126 de la Ley Hipotecaria, responderá también de los intereses y costas. Y, tras la ejecución del bien, en el caso de que los desampare, puede conseguir lo sobrante.

Creo que ésta sería la solución a efectos registrales y que es la que dio el Registrador, el cual denegó la inscripción del auto de adjudicación por no haberse

(15) En este sentido se pronuncia unánimemente la doctrina y jurisprudencia. Por todos, vid. ROCA SASTRE, *Op. cit.*, T. 1., pp. 409-410.

tenido en cuenta en el procedimiento a ese tercer poseedor, aunque, posteriormente, tras la subsanación de errores, lo vuelva a denegar, ya no por el artículo 143 del Reglamento Hipotecario, sino por ser titular registral y gozar de la preferencia registral que le concede el artículo 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código civil por ser su título anterior a la anotación.

Aquí entramos en una nueva cuestión: la referente a la concurrencia y prelación de créditos.

El artículo 44 de la Ley Hipotecaria establece cómo el acreedor que obtenga la anotación preventiva de embargo, tendrá para su cobro la preferencia señalada en el artículo 1.923.4 del Código civil. Este artículo, por su parte, le confiere preferencia «sólo en cuanto a créditos posteriores».

Esta expresión última «créditos posteriores» puede tener tres interpretaciones, que a su vez traen tres soluciones diferentes a este problema (16):

1. Créditos que no acceden al Registro o que lo hacen con posterioridad en virtud de otras anotaciones o inscripciones. Es preferente el crédito que goce de anotación.

2. Créditos nacidos después de que se constituya el que es objeto de anotación. Habría que atender a su inscripción y a su fecha de constitución.

3. Créditos nacidos después de la fecha de la anotación de embargo.

Ante estas tres interpretaciones, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, unánimemente, señalan que es la tercera la interpretación correcta, dando preferencia frente a las anotaciones de embargo a los créditos y adquisiciones del bien embargado anteriores a la anotación, si se han realizado de buena fe y no ha habido fraude (17).

Frente a esta posición se alza esta Resolución, que da primacía al crédito anotado preventivamente en el Registro frente a la venta inscrita posteriormente, por entender que el conflicto está entre un acto dispositivo anterior a la anotación y un crédito anterior a ese acto dispositivo que motivó el embargo del bien también anterior al acto dispositivo y resuelve en base al principio *Prior tempore, potior iure*, por entender que la colisión se da en el campo de los derechos reales.

Con relación a esta argumentación, no creo que la solución de la primacía del embargo sobre el acto dispositivo esté en ese principio por afectar al campo de los derechos reales, puesto que el embargo no configura el crédito como tal. Sino, que más bien, esta solución la proporciona la interpretación segunda que anteriormente he señalado sobre el artículo 1.923.4 del Código civil, es decir, que el embargo procede de la existencia de un crédito de fecha anterior a la adquisi-

(16) En este sentido, DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, T. I, Madrid, Tecnos, 1983, 2.ª ed., p. 769. FRANCO ARIAS, *Op. cit.*, p. 378.

(17) LACRUZ, *Op. cit.*, pp. 226-227. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos...*, T. I, pp. 769-770. Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1967, 14 de diciembre de 1968, 31 de enero de 1978 y 15 de marzo de 1988. Resoluciones de la Dirección General del Registro Notarial de 29 de noviembre de 1962, 17 de diciembre de 1975, 5 de marzo de 1982, 12 de septiembre de 1983, etc.

En contra, ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho inmobiliario registral*, Madrid, Civitas, 1986. FRANCO ARIAS, *Op. cit.* GARCÍA GARCÍA, *El tópico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo...*, «Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral», CEH, Madrid, 1988, pp. 233 y ss.

ción del bien, y la inscripción de dicha adquisición es posterior a la anotación del embargo. Por ello creo que la solución ha de ser semejante a la del caso del artículo 38.4 y 5 de la Ley Hipotecaria, del tercer poseedor, aunque siempre con las diferencias propias de cada situación y orden en que se plantean.

Con ello se consigue la finalidad del embargo: asegurar el bien y la posible satisfacción del acreedor ejecutante. Igualmente, se responde al principio de seguridad jurídica que de otra forma quebraría y traería insatisfacción y recelo hacia los procedimientos judiciales ejecutivos o similares.

Además, el adquirente no quedaría desprotegido, pues tendría las acciones civiles procedentes frente al vendedor del saneamiento por evicción. (Arts. 1.475 y ss. del Cc.)

E igualmente, se cumplirían las finalidades de la legislación hipotecaria de seguridad al tráfico inmobiliario y al crédito territorial, como señala la Resolución en su fundamento jurídico Séptimo.

De este modo, el asiento de inscripción de la venta ha de ser cancelado, en la forma prevenida en los artículos 131.17 y 133 de la Ley Hipotecaria y 175.2 y 233 del Reglamento Hipotecario, para que pueda inscribirse el auto de adjudicación del bien resultado de la venta en subasta pública, en virtud del principio registral de tracto sucesivo.

CONCLUSIONES

1. El embargo es un acto procesal encaminado a hacer efectiva una posterior ejecución sobre determinados bienes del deudor, cumpliendo una función de garantía por cuanto sujeta esos bienes a dicha traba y pasa con ellos en el caso de que el adquirente lo conozca.

2. La anotación preventiva de embargo no es constitutiva, sino obligatoria, en cuanto se establece legalmente que se realice por el órgano que decreta tal acto bajo sanciones en caso de omisión.

3. La anotación dota al crédito embargado de las ventajas de la fe pública registral y le dota de preferencia o prioridad frente a otros hechos o actos inscritos posteriormente, sin cambiar su naturaleza personal.

4. Al ser la inscripción del bien posterior a la anotación estamos ante un caso de tercer adquirente del los artículos 38.4 y 5 de la Ley Hipotecaria.

5. El artículo 1.923.4 del Código civil al que se remite el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, debe entenderse en el sentido de créditos o adquisiciones constituidas e inscritas posteriormente al crédito embargado.

6. Esta resolución supone un nuevo giro de toda la jurisprudencia y creo que es acertada y beneficiosa, puesto que aumentará la seguridad de los acreedores embargantes y evitará actos fraudulentos, a veces encubiertos, y que está de acuerdo, en los resultados, con la nueva posición doctrinal (Franco Arias, García García, Álvarez Caperochipi) que se está alzando ante los resultados injustos a que lleva la doctrina tradicional en el tema.

REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ
*Profesora de Derecho Civil
de la Universidad Autónoma de Madrid*

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I. SENTENCIAS COMENTADAS

DOBLE VENTA. VENTA DE COSA AJENA. ADQUISICION «A NON DOMINO». RESPONSABILIDAD POR EVICCIÓN

(Comentario a la STS, Sala 1.^a, de 4 de marzo de 1988) (1)

A mi padre, como modesto pero merecido homenaje, en el día (para él no propiamente de júbilo) de su jubilación como Catedrático, mas no como universitario.

(Sevilla, 30 de septiembre de 1989)

I. ANTECEDENTES FACTICOS

Extraídos de los tres primeros Fundamentos de Derecho —en adelante, FD— de la sentencia comentada, pueden resumirse como sigue:

La sociedad inmobiliaria «Promotora de Construcciones Urbanas, S. A.», ha vendido sucesivamente, a dos compradores diversos, un mismo piso, con determinados anexos, del que figura como titular registral del dominio. En primer lugar vendió al señor Lasheras, por documento privado fechado en 1981, quien pese a haberse posesionado materialmente de los bienes comprados, no se preocupó de reflejar registralmente su adquisición. Dos años después es el señor Sarrat quien compra, esta vez en venta públicamente escriturada, y, reflejando el Registro todavía la titularidad dominical de su transmitente, inscribe sin dificultad el dominio.

Enterado de la primera venta y de la situación posesoria del primer comprador, el señor Sarrat ejercita, sobre la base de los artículos 1.473 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria, acción reivindicatoria contra el señor Lasheras, al tiempo que, junto a la entrega de la posesión del piso y sus anexos, le demanda también la reparación de ciertos daños. Junto a ello, y para el caso de no prosperar la primera petición, realiza otra en forma subsidiaria, pide en ese caso que

(1) Esta misma sentencia (RA 1.554) ha sido comentada por RODRÍGUEZ MORA-TA, *CCJC*, 16 (1988), núm. 422, pp. 163 y ss.