

Los límites a la eficacia de la inscripción del remate (Crítica de la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS de 5 de marzo de 2007)

por

JOSE A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ
*Profesor Titular, acreditado Catedrático
Magistrado*

SUMARIO

1. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL MÁS RECIENTE CONSIDERA EL REMATANTE TERCERO HIPOTECARIO SI CUMPLE LAS CONDICIONES DEL ARTÍCULO 34 LH.
2. LA ADQUISICIÓN EN SUBASTA JUDICIAL NO PUEDE GARANTIZAR LA IDENTIDAD DE LA FINCA SUBASTADA, POR LOS FRECUENTES ERRORES AL IDENTIFICAR EL OBJETO O SUJETOS DE LA ACCIÓN EJECUTIVA.
3. LA ADQUISICIÓN EN SUBASTAS JUDICIALES TAMPOCO GARANTIZA FRENTE A LAS CARGAS REALES MANIFIESTAS O LIMITACIONES LEGALES DEL DOMINIO.
4. LA POSESIÓN PÚBLICA ANTERIOR A LA AP DE EMBARGO ES OPO-NIBLE AL REMATANTE.
5. EL REGISTRO NO PUEDE GARANTIZAR LA PROPIEDAD AL TERCERO QUE INSCRIBE UN REMATE:
 - 5.1. EL REMATE NO CUMPLE LAS CONDICIONES DEL ARTÍCULO 34 LH: ES UN ACTO DE NATURALEZA ALEATORIA Y QUE NO PROVIENE DEL TITULAR INSCRITO.
 - 5.2. LA PROTECCIÓN DEL TERCERO HIPOTECARIO ESTÁ EN CONTRADICCIÓN CON LA NATURALEZA PROCESAL DEL REMATE.
 - 5.3. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN NO PUEDE SER SANCIONADA CON LA PÉRDIDA DE LA PROPIEDAD PORQUE EL PROPIETARIO ESTÁ TUTELADO POR LA CONSTITUCIÓN Y NO PUEDE SER OBLIGADO A INSCRIBIR NI A PARTICIPAR EN EL PROCESO EJECUTIVO.
 - 5.4. LA EXIGENCIA DE BUENA FE NO BASTA PARA JUSTIFICAR LA PROTECCIÓN REGISTRAL DEL REMATANTE.

6. LA CLÁSICA DISTINCIÓN JURISPRUDENCIAL ENTRE DOBLE VENTA Y VENTA DE COSA AJENA MANIFIESTA LA DISTINCIÓN ENTRE INOPONIBILIDAD Y PUBLICIDAD.
 7. LA ADQUISICIÓN A *NON DOMINO* DEL REMATANTE CONTRADICE EL CARÁCTER SUMARIO DEL PROCESO EJECUTIVO Y LA COHERENCIA REGISTRAL DE LAS PREFERENCIAS DEL CRÉDITO EN LA EJECUCIÓN:
 - 7.1. OBSERVACIÓN PRELIMINAR: EL ARTÍCULO 594 LEC NO PROCLAMA LA ADQUISICIÓN A *NON DOMINO* DEL REMATANTE.
 - 7.2. LA PREFERENCIA DE LA ANOTACIÓN DE EMBARGO Y EL SIGNIFICADO DE LA INOPONIBILIDAD.
 - 7.3. CARÁCTER IDEAL DEL EMBARGO, CONCURRENCIA DE EMBARGOS QUE SE EJERCITAN EN PROCESO EJECUTIVO E INCONSECUENCIA DE LA PUBLICIDAD DEL REMATE.
-
1. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL MÁS RECIENTE CONSIDERA EL REMATANTE TERCERO HIPOTECARIO SI CUMPLE LAS CONDICIONES DEL ARTÍCULO 34 LH

La STS de 5 de marzo de 2007 dictada con unanimidad por el pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, y redactada por el Exmo. Señor don Francisco Marín Castán, concluye que después de un procedimiento de apremio (judicial o administrativo) sobre bienes que consten en el Registro a nombre del embargado, si el rematante inscribe, el artículo 34 LH ampara su adquisición *a non domino*. La sentencia realiza un riguroso y detallado examen de las previas vacilaciones jurisprudenciales, y concluye que la adquisición del rematante se apoya en el registro, que salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente (1). La sentencia reniega también de la distinción jurisprudencial entre doble venta y venta de cosa ajena, y considera el remate como una segunda venta, que si se inscribe debe prevalecer sobre la anterior no inscrita (2).

(1) Véase detallado el comentario de GORDILLO CAÑAS, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 75, pág. 1413 y sigs.

(2) Y tal doctrina ha sido reiterada en las sentencias de 7 de septiembre de 2007 (véase el comentario de INIESTA DELGADO, *CCJC*, 77, pág. 807 y sigs.), 17 de mayo, 8 de octubre, 20 de noviembre y 18 de diciembre de 2008. La renovación jurisprudencial parece que se extiende también (con cita expresa de la STS de 5 de marzo de 2007) a otro tema que no comentaré ahora, y sobre el que había también una antigua contradicción jurisprudencial: el de la hipoteca constituida por un no propietario, que también se entiende constituida *a non domino* (SSTS de 10 de octubre de 2007 y 2 de diciembre de 2008, en éstas la hipoteca se constituye cuando un promotor había antes vendido las viviendas en documento privado y cobrado la mayor parte del precio). Con anterioridad, la jurisprudencia mayoritaria declaraba que en el proceso ejecutivo no se valora ni se declara la propiedad, lo que es propio del juicio plenario. Y se concluía que el anotante de embargo y el rematante en proceso de ejecución (judicial o administrativo) es causahabiente y sucesor de la misma titularidad del embargado, y no adquiere más propiedad que la que tenía el

El nuevo criterio jurisprudencial está ligado a una doctrina crítica, que se habría iniciado recientemente, quizá como un clamor ante la falta de seguridad de las adquisiciones en subastas judiciales, y por la escandalosa devaluación, en ocasiones, de la propiedad en la ejecución (3). En particular, después de la reforma de 1992, y sobre todo tras la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, muchos autores se declaran partidarios de aplicar el principio de publicidad registral a favor del rematante (4). A mí, sin embargo, me parece que

embargado. En las adjudicaciones judiciales y administrativas de inmuebles se consideraba nulo el remate de bienes ajenos, y en consecuencia cabía reivindicar la propiedad y demostrar que la cosa no pertenecía al titular registral, aún después de la enajenación judicial e inscripción del remate. Ver estudio detallado y riguroso de la evolución de la jurisprudencia en la propia sentencia de 5 de marzo de 2007 y en ERDOZAIN LÓPEZ, *Anotaciones preventivas de embargo, prelación de créditos y transmisiones a terceros*, Pamplona, 1998, pág. 56 y sigs.; SARMIENTO RAMOS, *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, Madrid, 1993, pág. 213, con cita de la más antigua jurisprudencia en nota 13. Hasta hace poco la ausencia de publicidad registral en favor del rematante en las subastas judiciales y administrativas era mantenida también por la generalidad de la doctrina hipotecaria y civil, en relación con la poca eficacia que se presuponía a la AP. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, II, 2.ª ed., Barcelona, 1950, pág. 426 y sigs., con cita extensa de Jerónimo González, presupone que sólo hay publicidad del artículo 34 LH para las adquisiciones que provienen de contrato, no para las transmisiones forzosas en proceso ejecutivo, aunque subraya que la redacción del precepto no es tan clara en este punto después de la reforma hipotecaria de 1944-46. Yo, tras buscar los manuales civiles, procesales e hipotecarios sobre este punto, me da la impresión de que hasta época reciente la opinión de ROCA SASTRE se repite incesantemente (véase, por ejemplo, últimamente, GARBERI LLOBREGAT (director), «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», IV, los procesos civiles, Barcelona, 2001, pág. 853, y AMORÓS, «Las anotaciones de embargo y las recientes reformas legislativas», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2005, pág. 871, aun niegan la protección hipotecaria al rematante, por no tratarse de una venta voluntaria que proceda del vendedor), aunque sólo hay escasas referencias incidentales, y en general se presta poca atención al tema. Alguna jurisprudencia y doctrina aislada, desde antiguo, se opone a la doctrina mayoritaria y propugna aplicar la noción de tercero hipotecario al rematante (así, RAMOS FOLQUES, «La anotación preventiva de embargo en los casos de disconformidad entre realidad y registro: sus efectos después de la reforma de 1944», en *RDP*, 1951, pág. 553 y sigs.; quien parece propugnar tras criticar a ROCA SASTRE, extender la publicidad aun desde la misma anotación preventiva, y que «una vez anotado su derecho personal (por el acreedor) no puede perjudicarle quien alegue derechos dominicales sobre la misma finca». Insiste luego sobre la misma tesis en un interesante artículo: «El precedente real de las anotaciones de embargo», *RDP*, 1952, pág. 703 y sigs.).

(3) En ese sentido, ROBLEDÓ VILLAR, *La subasta judicial, el remate*, Barcelona, 1998, pág. 373; ALONSO SÁNCHEZ, B., *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procedimientos de ejecución*, Madrid, 1999, pág. 95; DÍAZ FRAILE, «Las tercerías de dominio en relación con el Registro de la Propiedad», en *Consultor Inmobiliario*, 2005, pág. 6; PARDO MUÑOZ, «La adquisición de la propiedad en subasta judicial: protección y límites de responsabilidad», en *Propiedad y Derecho Civil*, Madrid, 2006, pág. 283 y sigs.; PÉREZ GARCÍA, *El valor de los bienes en la ejecución*, Madrid, 2007.

(4) Con diversos argumentos, GARCÍA GARCÍA, «El tópico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Registral*, Madrid, 1988, pág. 233 y sigs.; *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, Madrid, 1993, pág. 256. CUENA CASAS, M., *Función del poder de disposición en*

pudieran existir razones que quizá deberían hacer reconsiderar la nueva doctrina del Tribunal Supremo, y que paso a exponer a continuación.

2. LA ADQUISICIÓN EN SUBASTA JUDICIAL NO PUEDE GARANTIZAR LA IDENTIDAD DE LA FINCA SUBASTADA POR LOS FRECUENTES ERRORES AL IDENTIFICAR EL OBJETO O SUJETOS DE LA ACCIÓN EJECUTIVA

Parece que el primer gran escollo para defender dogmáticamente la extensión del principio de publicidad a los remates judiciales es la imprecisión en la identificación exacta del objeto y sujetos del proceso ejecutivo, mucho más grave que en las inscripciones ordinarias; y el registro no ejerce ni puede ejercer sobre el mandamiento de embargo, ni siquiera los controles de identidad material y personal que exige a las escrituras ordinarias que fundan una inscripción (art. 51 RH). Los errores y defectuosa descripción de fincas (en su identidad o extensión), y los errores en la identificación de los titulares de las fincas, son relativamente frecuentes en las anotaciones preventivas de embargo y anuncios de subasta, y por lo tanto en los remates. Aunque el artículo 166 RH

los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales, Barcelona, 1996, pág. 327; VEGAS TORRES, *Derecho Procesal Civil, ejecución forzosa, procesos especiales*, Madrid, 2000, pág. 151; GÓMEZ GÁLLIGO, «La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución hipotecaria en la nueva LEC», en *RCDI*, 2000, pág. 1875; RIVAS TORRALVA, *Aspectos registrales del nuevo proceso de ejecución*, Madrid, 2001, pág. 33; DÍAZ MARTÍNEZ, *La ejecución forzosa de bienes inmuebles en la nueva LEC*, Pamplona, 2001; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, «Comentario a la STS de 10 de junio de 2003», en *RCDI*, 2004, pág. 1964 y sigs.; VELA SÁNCHEZ, «Sentencia de 14 de octubre de 2002: Subasta pública judicial y su eficacia sobre la transmisión dominical de inmuebles. Requisitos para que se cumpla la doctrina del título y el modo, y para que, adjudicada la finca, desconociendo la inexistencia registral, el rematante goce de la condición de tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 61, 2003, págs. 185-196; «La controversia jurisprudencial sobre la concurrencia de título y modo en las ventas judiciales: ¿cual es su trascendencia práctica?», en *RCDI*, 2007, pág. 2217; «La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios», en *Anuario de Derecho Civil*, 2007, págs. 67-118; «La doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria», en *Diario La Ley*, núm. 7143, 2009; SABORIDO SÁNCHEZ, «Eficacia de la anotación preventiva de embargo y tercero hipotecario», en *RD Patrimonial*, 17, 2006-2; MARTÍNEZ ESCRIBANO, «La eficacia del embargo y su alcance frente a terceros», en *Cizur Menor*, 2006, pág. 56; Díez Soto, *Concurrencia y prelación de créditos, teoría general*, Madrid, 2006, pág. 169; ESPEJO LERDO DE TEJADA, «La buena fe requerida por el adquirente en remate a *debitore non domino*», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2007; MONDEJAR PEÑA, «Las adquisiciones a *non domino* de bienes inmuebles en los procedimientos de apremio al amparo del artículo 34 LH», en *Diario de Jurisprudencia El Derecho*, 2007, núm. 2487, pág. 1. Y de algún modo el líder espiritual de la nueva doctrina hipotecaria parece ser GORDILLO CAÑAS, A., «Comentario a la sentencia de 8 de marzo de 1993», en *CCJC*, núm. 31, 1993, pág. 273; también: «Adquisición en procedimiento de embargo y protección registral», en *AC*, 2007, pág. 597 y sigs.; «El principio de la fe pública registral», II, en *ADC*, 2008, pág. 1073.

establece que las anotaciones preventivas se practicarán en la misma forma que las inscripciones, el artículo 75 LH al regular la nulidad de las anotaciones se muestra muy poco riguroso con la falta de identidad o descripción inadecuada de la finca o de su titular, pues basta que *pueda venirse en conocimiento de la finca o derecho anotado, de la persona a quien afecte* (5).

De todos es sabido que el juzgado que ejecuta puede no controlar la realidad física o entidad superficial de los bienes subastados, y en ciertos casos aún se desconoce la situación real y localización de los bienes inmuebles subastados (6). La finca embargada puede no existir o puede ser difícil de identificar, o tener superficie o linderos muy distintos de los referidos en la anotación de embargo, o puede tratarse de un embargo no determinado de «resto» de finca, difícil de concretar después de varias segregaciones o agregaciones; o identificarse la finca en calles, lugares o localidades confusas o equivocadas (7). Y las

(5) El artículo 73.1 LH se muestra también muy poco riguroso en la exigencia de aquellas «circunstancias... que deba contener la anotación preventiva», pues sólo son sustanciales (art. 72 LH y art. 166.3 RH) expresar la causa del embargo y el importe de la obligación que lo hubiera originado, no la exacta identificación de la finca; y el artículo 20 LH aun parece facilitar más el embargo en causas criminales: «*cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento*». La doctrina registral se refiere a la comprensión de la descripción de la finca o de los sujetos de la acción ejecutiva en «*términos flexibles*» (Resoluciones de 13 de julio de 1971 y 15 de octubre de 1991); y no puede ser de otro modo, porque si el registro se mostrase riguroso en la identidad (si por ejemplo se toma en serio sus nuevos instrumentos georeferenciados), la práctica de la anotación preventiva de embargo se dificultaría gravemente, amén de crearse fuertes tensiones entre el registro y el poder judicial. La cuestión se plantea en multitud de Resoluciones de la DGR: por citar sólo Resoluciones recientes, la Resolución de 10-2-2006 no cumplimenta el mandamiento de cancelación de una AP de embargo porque la descripción que se hace en el título judicial presenta una notable diferencia con la superficie que consta en el registro; la Resolución de 27 de marzo de 2007 subraya que no puede rechazarse un mandamiento judicial «por no coincidir exactamente los datos registrales de la finca»; y cuando el mandamiento de embargo no puede practicarse exactamente sobre la parcela descrita en el registro debe cumplimentarse «en la parte que sea posible», Resolución de 28 de mayo de 1987 (véase en detalle, AGUILERA ANEGÓN, «Calificación registral de embargo de bienes inmuebles», en *La Ley*, 2006, 2, D-104).

(6) Y eso desde antiguo, véase: ROBLEDO VILLAR, «La subasta judicial y su problemática», en *RGD*, junio de 1966, pág. 6598 y sigs. Se refiere RENTERÍA AROCENA («Efectos de la inscripción en el registro de la propiedad de enajenaciones anteriores a la AP de embargo», en *Estudios en homenaje a Chico Ortiz*, Madrid, 1995, pág. 769), a la inseguridad de las adquisiciones en procedimientos de apremio y a su inadecuada identificación, consecuencia de las muchas veces insuficiente titulación en que se fundamentan.

(7) Teóricamente la situación posesoria y lindes del inmueble y por tanto su realidad material exacta se tiene que hacer constar en los edictos que anuncian la subasta (arts. 646.2 y 661 LEC), pero ordinariamente el juzgado se limita a decir que no le consta la situación posesoria o alguno de sus elementos de identificación (ACHÓN BRUÑÉN, *La problemática...*, pág. 12); también se puede requerir al ejecutado para que manifieste la situación posesoria del inmueble (art. 589 LEC), pero ello muchas veces no se hace, y cuando se hace puede ser con graves errores o inexactitudes, porque podemos dudar fundamentalmente de la leal colaboración del ejecutado con su propia ejecución. Las dudas sobre la

irregularidades en la identificación de los titulares registrales de fincas son también frecuentes (8).

La doble inmatriculación es un problema distinto de la extensión de los efectos de la publicidad a los datos de hecho, pero cabalmente ligado al mismo (9); la falta de constancia de la identidad física de la finca es la razón

identidad de la finca se prevén con anterioridad a la traba del embargo, pero una vez trabado las dudas de identidad no impiden que se continúe el proceso ejecutivo salvo la oportuna tercería (arts. 593.2 y 3 LEC), que es infrecuente por cuestiones de identidad o de linderos. Respecto de la identidad material de la cosa subastada, son corrientes las denegaciones de inscripción de ventas judiciales por la defectuosa descripción del bien embargado que no permite su correcta identificación (así STS de 11 de febrero de 1991). Una jurisprudencia reiterada afirma que la adquisición en subasta judicial no acredita la identidad y linderos de la finca (STS de 28 de marzo de 1996), lo que sólo es una manifestación del principio registral de que la publicidad registral no protege los datos de hecho. La STS de 9 de diciembre de 2004 examina un error en la designación de una finca hipotecada a favor de La Caixa en cuya escritura de constitución inscrita se consigna entresuelo 1.º en vez de entresuelo 3.º La sentencia no admite la ejecución contra los auténticos propietarios legítimos poseedores, afirmando la evidencia del error derivada de la posesión continuada del matrimonio comprador y del pago del precio a lo largo de diez años. La STS de 21 de enero de 2008 examina la nulidad de un proceso ejecutivo en el que se notifica el requerimiento de pago en un domicilio equivocado que es el que figuraba en el embargo; la STS de 23 de mayo de 2008 examina una doble ejecución de la misma finca que ha sido incorrectamente identificada en la segunda ejecución, pues aunque la finca estaba en Ibi (Alicante) y era correcto su número registral, la dirección estaba equivocada. El tema se plantea frecuentemente en la ejecución hipotecaria. El propio artículo 113 LH se refiere a una inadecuación entre la descripción registral y la realidad material de la finca hipotecada, y expresamente resuelve el tema de construcciones y accesiones posteriores a la constitución de la hipoteca desde la perspectiva de la separabilidad y tutela del propietario: «*Si las accesiones o mejoras no pudieran separarse sin menoscabo de la finca, el dueño de las mismas cobrará su importe, aunque la entidad restante no alcance para cubrir el crédito hipotecario*». La STS de 15 diciembre de 1997 afirma que la hipoteca no se extiende a dos pisos que fueron construidos sobre el bajo objeto de hipoteca, pero que no se describen en la misma; la STS de 18 de noviembre de 2005 refiere que una hipoteca no se extiende a un chalet construido con posterioridad y que no se puede aplicar el artículo 34 LH porque no puede haber buena fe «cuando se conoce la situación física y jurídica de la finca, o hubo posibilidad de conocerla con una mínima diligencia».

(8) Puede identificarse el demandando titular registral sin que conste edad, estado civil o profesión (Resoluciones de 28 de marzo de 1969, 13 de julio de 1971 y 15 de marzo de 1975; destacándose que es «muy conveniente» hacer constar domicilio y DNI). La Resolución de 15 de marzo de 2006 se refiere a una cancelación en cuyo mandamiento no figuran correctamente los datos del titular registral (que admite). RODRÍGUEZ LÓPEZ-TRIGO PORTELA («Las relaciones entre el embargo y el Registro de la Propiedad», en *Práctica de tribunales*, 2006, 25, pág. 19), afirman que es frecuente que se proceda contra los bienes de personas que tienen idénticos nombre y apellidos cuando no consta el DNI, pues se utilizan conjuntamente todas las bases de datos de todos los registros de España. La identificación de los titulares es aún más crítica cuando se procede contra herederos indeterminados (véase Resolución de 22 de enero de 2003); según la Resolución de 19 de octubre de 2007, el procedimiento de apremio contra una herencia yacente basta se sustancie contra quien, según el título sucesorio, es verosímil que sea miembro o partícipe de la citada herencia (aunque no basta la demanda genérica a los causahabientes. Resolución de 6 octubre de 2007).

(9) ARRIETA SEVILLA, «La doble inmatriculación registral», en *Cizur Menor*, 2009, pág. 235.

por la que la jurisprudencia, en general, niega la eficacia de la publicidad registral en la doble inmatriculación, aunque la misma provenga de vendedores distintos (10).

Se plantea entonces el problema de si puede garantizarse la publicidad del remate cuando no hay un hecho cierto (ni subjetivo, ni objetivo) que lo sustente (11). El objeto del remate: ¿resulta de la realidad, del proceso ejecutivo o resulta de la descripción del registro? Se plantea también qué debe hacer el juez si descubre, a lo largo de la ejecución, que la finca embargada está deficientemente identificada en los títulos ejecutivos, en la anotación o si descubre que el inmueble ejecutado está doblemente inmatriculado (bien porque existe una doble inmatriculación, bien porque por efecto de la defectuosa descripción una finca esta enclavada en la otra), o si descubre que la identidad física en la realidad difiere sustancialmente de la que se describe en la anotación de embargo. Yo creo que la respuesta es que el juez debe continuar la ejecución (12), haciendo la advertencia pertinente, pero ello sólo tiene sentido porque el registro no garantiza la propiedad *a non domino*, sino

(10) *Ibidem*, pág. 222. Recientemente se defiende por CLEMENTE MEORO (*Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad*, Valencia, 1997), la publicidad registral en la doble inmatriculación cuando uno sólo de los titulares registrales cumple las condiciones del artículo 34 LH y el otro inmatricula o es adquirente a título gratuito. En el mismo sentido, HERRERO OVIEDO, «Pluralidad de folios registrales para una misma finca: eliminación de la disfunción», en *Estudios en homenaje a Amorós Guardiola*, Madrid, 2006, pág. 2447 y sigs., quien propugna cuando ambos titulares son terceros registrales bien remontarse a descubrir el origen de la irregularidad o cuando esto no sea posible dirimir el problema por la usucapión. ARRIETA SEVILLA admite también excepcionalmente la publicidad registral si hay dos titulares registrales distintos ninguno de los cuales es verdadero propietario y el titular auténtico es extrarregistral, o cuando el primer adquirente no inscribe, pero hay una segunda inmatriculación distinta de la del segundo adquirente (pág. 229), y limita la eficacia de la publicidad de la finca inmatriculada porque afirma que quien ha inscrito su título en el RP debe poder confiar en la protección que el registro le proporciona. La jurisprudencia continúa perpleja en este punto, recientemente la STS de 13 de noviembre de 2008 resuelve que ante la doble inmatriculación no prevalece el tercero hipotecario, pero las SSTs de 20 de marzo de 2007 y 30 de junio de 2008 parecen resolver lo contrario y afirman que basta confiar en el folio real de la finca. A mi juicio la justicia de estas sentencias que admiten publicidad en la doble inmatriculación es muy dudosa y se ampara de hecho la apropiación posesoria por una promotora, de fincas que incluso constaban en el folio registral de los demandantes. Yo creo que la titularidad registral pierde su capacidad legitimadora y queda bajo sospecha si existen dos inmatriculaciones de la misma finca. Y me parece ontológicamente contradictorio que dos folios estén prestando a la vez publicidad registral.

(11) La publicidad en general no se extiende a los datos de hecho; aunque recientemente se asiste a ciertos comentarios críticos: FAJARDO FERNÁNDEZ y ARRIETA SEVILLA, «La fe pública registral en la invasión tabular parcial de finca no inmatriculada», en *RCDI*, 2007, pág. 1569 y sigs., propugnan una interpretación que favorezca la publicidad de lo que llaman cabida «delimitadora».

(12) Artículo 594 LEC y la Resolución de 22 de noviembre de 2007 parece darlo por supuesto cuando afirma que una demanda de rectificación del folio registral debe dirigirse también contra el titular de una hipoteca.

que es el rematante el que debe investigar primero y defender después la realidad y exactitud de la titularidad inscrita y rematada (13).

3. LA ADQUISICIÓN EN SUBASTAS JUDICIALES TAMPOCO GARANTIZA FRENTE A LAS CARGAS REALES MANIFIESTAS O LIMITACIONES LEGALES DEL DOMINIO

El adjudicatario de un remate debe aceptar la subsistencia de todos los gravámenes anteriores (art. 670 LEC), lo que comprende todos aquellos gravámenes registrales y manifiestos que hayan de subsistir, y también las limitaciones legales del dominio (14). La finca se adquiere con sus cargas legales: el artículo 1.640 del Código Civil lo refiere expresamente para el retracto enfiteútico, el artículo 37.3 LH a los retractos legales. El artículo 593.2.II LEC permite específicamente a un tercero acreditar el carácter de vivienda familiar del inmueble embargado para oponerse al embargo (15).

La razón dogmática para la subsistencia de las limitaciones legales es justamente su carácter de manifiestas (puestas de manifiesto por la ley o por la realidad de hecho). Y, a mi juicio, en aplicación del mismo principio, el derecho manifiesto por antonomasia es la propiedad (definido por la ley constitu-

(13) Y ello es porque la subasta no debe garantizar la propiedad, que debe tener un significado aleatorio. El remate debe hacerse, en todo caso, a riesgo y ventura del rematante, sin que éste pueda ampararse en la publicidad del registro, y mucho menos en la publicidad de la anotación de embargo, que es la que identifica el objeto de la ejecución (aunque se puede oponer la inoponibilidad de lo no inscrito).

(14) Respecto de las servidumbres manifiestas hay mucha jurisprudencia que afirma que se adquiere la finca que se embargó, y no tal como se describe en el registro o en la publicidad de los edictos. La STS de 24 de marzo de 1993 contempla la hipótesis de subasta judicial de bienes que el plan de urbanización declara como de servicio público, y que por ello no podía ser dedicado a edificación; la sentencia declara que incumbe al licitador investigar la cuestión de hecho antes de concurrir a la subasta, lo que significa el tratamiento del plan de urbanismo (o la afectación demanial del bien) como una carga pública preferente (con cita de la STS de 15 de diciembre de 1992), que el adquirente en subasta judicial tiene obligación de conocer. Los retractos legales son oponibles al rematante: ARCOS VIERA, «Criterios jurisprudenciales acerca del ejercicio de la acción de retracto legal en supuesto de venta en pública subasta judicial», en *Aranzadi Civil*, 1961, 1 pág. 171. Y en particular los retractos arrendaticios de los artículos 25 y 31 de la LAU (MARINA REIG, «Enajenación forzosa y ejercicio de los derechos de adquisición preferente de los artículos 25 y 31 de la LAU», en *SEPÍN*, diciembre de 1996, pág. 4. Véase también SSTs de 2 de marzo de 1959, 23 de enero de 1971, 30 de octubre de 1990, 27 de julio de 1996, 9 de marzo de 1999 y 14 de junio de 2004).

(15) La STS de 22 de abril de 2004 sostiene que el derecho de uso de la vivienda familiar es oponible frente a terceros, y preferente frente al derecho de uso del adjudicatario en subasta judicial. Sin embargo, la STS de 19 de septiembre de 2007 no admite frente al tercero hipotecario la oponibilidad de un pacto de no disposición de la vivienda adjudicada a la esposa, y tampoco admite la oponibilidad del pacto de donarla a los hijos al llegar a la mayoría de edad.

cional y la realidad manifiesta), y por ello es el derecho que con más razón debe prevalecer frente al «tercero» en las subastas judiciales; y el registro sólo puede ofrecer, en consecuencia, un reforzamiento de las garantías del remate en el sentido de inoponibilidad, no de la publicidad. Y no tiene sentido que tengan mayor protección frente al remate el titular de un retracto legal o de una servidumbre manifiesta, que el propietario (cuyo título tiene una particular excelencia, pues tiene el rango de los rangos: la protección constitucional).

4. LA POSESIÓN PÚBLICA ANTERIOR A LA AP DE EMBARGO ES OPONIBLE AL REMATANTE

Según el régimen establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, en el proceso ejecutivo se ha debido requerir al embargado que señale si el inmueble embargado está ocupado por alguna persona, y el título que ostentan para esta ocupación (art. 589.1 LEC); se ha debido notificar la ejecución y requerir a los poseedores su título de posesión (art. 661 LEC). Y a petición del ejecutante debe valorarse la situación posesoria del inmueble ejecutado lo que puede hacerse antes (art. 661 LEC) o después del remate (art. 675 LEC); y en la ejecución hipotecaria se puede pedir también la administración o posesión interina de la finca o bien hipotecado (art. 690 LEC).

En términos generales en el juicio ejecutivo se puede consumir el lanzamiento de los ocupantes sin título, pero el rematante debe respetar las relaciones posesorias constituidas sobre el bien embargado antes de la anotación de embargo, y excepcionalmente prevalecen también ciertos arrendamientos protegidos, aunque sean posteriores a la anotación de embargo o constitución de la hipoteca (16), lo que se funda habitualmente en la subsistencia de cargas

(16) La cuestión está contemplada en el artículo 13 LAU de 1994, a cuyo tenor, si durante los cinco primeros años de duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria, el arrendatario tendrá derecho a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años; y en los contratos de duración pactada superior a cinco años, si quedara resuelto por esa misma causa una vez transcurridos los cinco primeros años, quedará extinguido el arrendamiento, salvo que haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendado. La jurisprudencia de los arrendamientos posteriores es más comprometida, pues era frecuente en el anterior régimen procesal introducir por el embargado un arrendatario que entorpecía la ejecución. La Exposición de Motivos de la LEC 2000 se refiere al incidente en la ejecución que permite desalojar inmediatamente a quienes puedan ser considerados ocupantes de mero hecho o sin título suficiente, que en principio son los que no tienen título o éste es posterior a la AP de embargo. Sobre el artículo 13 LAU de 1994, hay una copiosa bibliografía. Véase M. I. POVEDA BERNAL, «Ejecución hipotecaria y extinción de los arrendamientos», en *RCDI*, 1999, pág. 89; ALONSO SÁNCHEZ, pág. 169. La mayoritaria en la doctrina se manifiesta en ese sentido: ESTRADA ALONSO, «La eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados», en *RCDI*, 1989, pág. 411 y sigs. REDONDO

manifiestas y anteriores (17). La específica protección de todo poseedor es el resultado de la jurisprudencia constitucional sobre este punto (18).

A mi parecer si se concibe al rematante que inscribe como tercero hipotecario adquirente *a non domino* de la propiedad, resultaría que el poseedor (en base al carácter manifiesto de su derecho) tendría más protección que el propietario (también manifiesto), porque el poseedor es mantenido en su posesión si tiene un título posesorio anterior a la anotación de embargo (aunque no esté inscrito), pero no se protege al propietario frente al tercero rematante de buena fe (aunque tenga un título y una situación socialmente consolidada anterior al embargo).

5. EL REGISTRO NO PUEDE GARANTIZAR LA PROPIEDAD AL TERCERO QUE INSCRIBE UN REMATE

Además de las razones formales que he explicado para negar la publicidad en el remate: la falta de control de la identidad y realidad física de la finca en el proceso ejecutivo, la falta de garantía de la realidad manifiesta y de la legalidad que le afecta (también podría añadir la falta de control efectivo del registro de la primera inscripción, y la falta de control efectivo de la realidad de las transmisiones que publica), existen razones materiales específicas para negar la publicidad del remate: el remate no puede asimilarse a una compraventa onerosa pues es un acto de naturaleza aleatoria, que no se funda en un precio justo, ni proviene del titular registral. Además el juicio ejecutivo

GARCÍA, *La entrega de la posesión en los procesos de ejecución de inmuebles*, Madrid, 2002; ACHÓN BRUÑEN, «Problemática relativa al desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles subastados», en *RCDI*, 2004, pág. 11 y sigs.; AZOFRA MACKKI, «La ejecución hipotecaria y los arrendamientos para uso distinto de vivienda», en *RCDI*, 2005, pág. 525 y sigs.; PÉREZ GURREA, «Análisis jurisprudencial de los efectos que produce la ejecución hipotecaria sobre los arrendamientos posteriores a su constitución», en *RCDI*, 2006, pág. 1215 y sigs.

(17) En detalle, REDONDO GARCÍA, *La entrega de la posesión en los procesos de ejecución de inmuebles*, Barcelona, 2002.

(18) Las SSTC de 16 de enero de 1992 y 24 de enero de 1995, disponen que el arrendatario posterior en todo caso tiene derecho a ser oído, lo que se basa en la tutela jurisdiccional de la propiedad y en evitar la indefensión, principio que yo entiendo se debería aplicar también a la propiedad. El Tribunal Constitucional después, perfilando el criterio en sentencias 158/1997 ó 223/1997, declara que el poseedor actual, con el fin de evitar su indefensión, y «al tener conocimiento de la ejecución mediante los obligados requerimientos, tiene la posibilidad de aducir la existencia de un derecho que en apariencia puede subsistir»... «Más la decisión en cada una de las situaciones posesorias, como cuestión de legalidad, habrá de acordarse por el Juez o Tribunal, estableciendo si ha de hacerse efectivo el lanzamiento en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, o bien si, por constatar que existe un título que resulta suficiente para amparar la continuidad de su situación posesoria, aquella diligencia no debe llevarse a cabo». Doctrina que se reitera en la STC 154/2007.

no proclama la propiedad *erga omnes*, y hay que partir de que la inscripción del remate no puede sustantivizarse como propiedad, pues el remate es un acto procesal consecuencia de una AP de embargo de la que depende.

5.1. EL REMATE NO CUMPLE LAS CONDICIONES DEL ARTÍCULO 34 LH: ES UN ACTO DE NATURALEZA ALEATORIA Y QUE NO PROVIENE DEL TITULAR INSCRITO

El artículo 34 LH dice textualmente: «El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho *de persona* que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo...». Entiendo que el remate no cumple las condiciones del artículo 34 LH, pues el remate ni es una adquisición a título oneroso (es un acto aleatorio), ni proviene de persona que en el Registro aparece con facultades para transmitirlo (pues lo transmite el juez). El remate es aleatorio por la falta de correspondencia entre precio y valor, es la razón que justifica la rebaja drástica de los precios de adjudicación, que si no habría o podrían ser tenidos por usurarios (19).

Y no se cumple un segundo requisito del artículo 34 LH: el remate tampoco es un acto que procede del titular inscrito (exigencia literal del art. 34 LH), sino del Juez. Como todos los actos y contratos litigiosos en razón de la sospecha que representan, entiendo que debe estar sometido a un particular régimen de ineficacia y tutela (arts. 1291.5 y 1.535 CC), que en este caso proclama la primacía de la tutela del propietario real, sobre el «tercero» rematante.

5.2. LA PROTECCIÓN DEL TERCERO HIPOTECARIO ESTÁ EN CONTRADICCIÓN CON LA NATURALEZA PROCESAL DEL REMATE

El juicio ejecutivo no declara derechos, sólo realiza bienes; del mismo modo la acción de tercería no produce efecto de cosa juzgada, ni declara derechos (art. 603 LEC). La *litis* se plantea en la acción ejecutiva exclusivamente frente al embargado (y aun en la tercería se dirige contra el embargado y el embargante); es una acción sumaria entre las partes litigantes, no *erga omnes*, lo que significa que no declara y ni siquiera constata la propiedad. Y

(19) La asimilación del remate a una venta es un argumento de la sentencia reiterado por la doctrina para sostener la adquisición *a non domino* del rematante. Afirma, por ejemplo, GORDILLO, que la venta en pública subasta no deja de ser una venta, y el subastado está realmente inscrito (*El principio*, cit., pág. 1077), y añade ESPEJO LERDO DE TEJADA que lo mismo que en el remate sucede en la enajenación voluntaria y allí nadie duda de la condición de tercero hipotecario del adquirente («La buena fe requerida por el adquirente en remate *a debitore non domino*», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2007, págs. 406, 408).

porque nadie en ningún momento del proceso ejecutivo ha afirmado y menos garantizado la propiedad, puede concluirse que el rematante no adquiere la propiedad que le transmite el titular registral, sino que se subroga en la posición de éste, por orden del juez (20).

Y aun se puede añadir un segundo argumento procesal: la eficacia sustantiva del remate queda traicionada por su dependencia del proceso ejecutivo, que se hace efectiva mediante la anotación preventiva; y en efecto por mucha buena fe que tenga el rematante o por muy inscrita que esté la propiedad a favor del titular registral, el remate no es inscribible si a lo largo del proceso ejecutivo caduca la anotación preventiva (21). Y esto pone el acento en una cuestión básica previa: el remate no es la continuación o sucesión de una inscripción (que limpie el defecto de titularidad) sino la consecuencia de una anotación preventiva, que publica el proceso, no la titularidad. Y el remate por ello debe estar afecto a la preferencia procesal del embargo, y el rango y preferencia de la anotación del crédito ejecutado, que es la causa de la ejecución, y por ello el remate no puede sustantivizarse (*a non domino*) respecto de la propiedad manifiesta o del orden de las preferencias que publica el propio registro.

(20) La eficacia del remate está ligada a la naturaleza del embargo. La enajenación voluntaria tiene un alma, se confía en un vendedor, hay un responsable y un tracto, y se le puede pedir responsabilidad si enajena y no era el propietario (estafa, etc.); es una relación (causal y de fe) entre vendedor y comprador; mientras que en las enajenaciones judiciales no hay justiprecio, ni transmisión propiamente dicha: el juez no transmite, constata la deuda y la ejecutividad del título; y ninguna tutela penal existe frente a errores de determinación de la titularidad o identidad del bien o del titular registral. Y no es ningún secreto que la presencia de «subasteros» ha desacreditado socialmente las subastas judiciales, que compran porque la propiedad subastada no vale nada (aleatoriedad). ¿Y se puede afirmar que ahí empieza la verdad jurídica de la propiedad, como propiedad creada de la nada: *a non domino*?

(21) No se admiten cancelaciones ni adjudicaciones en virtud de AP caducada, lo que es un supuesto común: Resoluciones de 8 de marzo de 2006, 14 de marzo de 2006, 27 de diciembre de 2006, 30 de junio de 2007, 19 de julio de 2007, etc. El supuesto es también común en la jurisprudencia (SSTS de 21 de noviembre de 2006, 18 de junio y 2 de julio de 2008, que declaran ineficaces los remates en virtud de una anotación caducada). Ver ACHÓN BRUNÉN, «El tercer poseedor de los bienes embargados y su intervención en el proceso de ejecución», en *RCDI*, 2005, pág. 438, nota 17. La Resolución de 14 de marzo de 2006 es comentada por DOMÍNGUEZ LUELMO (*CCJC*, 73, pág. 369), que opina que se debe poder inscribir el remate pero no la cancelación de cargas, pues al haber caducado la AP, las cargas posteriores mejoran su rango, una opinión dudosa, pues siendo el proceso, aun sumario, un medio de conocimiento de superior «rango» formal del registro quizá debe reconocérsele al juez la disponibilidad con carácter sumario del folio en el proceso, siempre que acredite haber oído a los titulares de cargas cuya cancelación ordena; y la razón de fondo es que, a mi juicio, el registro debe estar al servicio del proceso y no el proceso al servicio del registro.

5.3. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN NO PUEDE SER SANCIONADA CON LA PÉRDIDA DE LA PROPIEDAD, PORQUE EL PROPIETARIO ESTÁ TUTELADO POR LA CONSTITUCIÓN Y NO PUEDE SER OBLIGADO A INSCRIBIR NI A PARTICIPAR EN EL PROCESO EJECUTIVO

Considero infundado culpar al propietario por falta de diligencia al no inscribir, o por no participar con la oportuna tercería en el proceso ejecutivo (22). La propiedad es anterior al registro y superior a una ejecución sumaria; existe en sí misma y por sí misma, se inscriba o no se inscriba, se participe o no se

(22) Lo que VELA SÁNCHEZ llama negligencia en la constancia registral de su derecho («La controversia jurisprudencial sobre la concurrencia de título y modo en las ventas judiciales: ¿cuál es su trascendencia práctica?», en *RCDI*, 2007, pág. 2217). Según este autor protege contra el primer comprador que no inscribe al segundo que lleva su adquisición al registro, premiando así su mayor diligencia y su colaboración con la seguridad del tráfico («La fe publica registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios», en *ADC*, 2007, pág. 91); VELA SÁNCHEZ afirma también que el comprador *poco diligente* sólo puede proteger su derecho sustantivo por la oportuna tercería (*la fe pública*, cit., págs. 99 y 100); un brillante autor y una brillante exposición que, a mi parecer, encubre la radicalidad de someter la persona, la justicia, la propiedad y el derecho a la sola fe registral (la última fe sobre la faz de la tierra, en nuestro secularizado mundo jurídico). También ESPEJO LERDO DE TEJADA («La buena fe requerida por el adquirente en remate a *debitor non domino*», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2007, pág. 393), dice que el propietario ha debido participar en la tercería de dominio. MARTÍNEZ ESCRIBANO (pág. 61) después de afirmar que la propiedad sólo puede declararse en vía judicial en un procedimiento contradictorio, se refiere al «desinterés» del propietario que no interpone la oportuna tercería, y al «fin disuasorio de su desidia», y a la «sanción» de su inactividad. Los procesalistas gustan de añadir leña al fuego al subrayar particularmente que la tercería de dominio es una carga procesal del propietario (NADAL GÓMEZ, Irene, *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, Madrid, 2001, pág. 156; DE LA OLIVA, Díez PICAZO, VEGAS, *Derecho procesal civil, ejecución forzosa, procesos especiales*, 3.ª ed., Madrid, 2005, págs. 201 y 273, aunque facilitada su posición por la tercería registral, artículo 658 LEC. MONTERO AROCA, *Tratado del proceso de ejecución civil*, II, Valencia, 2004, pág. 1527, afirma que las preferencias establecidas por la ley deben hacerse valer por la oportuna tercería). Y en esto también los registradores se muestran de acuerdo con civilistas y procesalistas: ARNAÍZ RAMOS («La AP de embargo en la Ley 1/2000, de 7 de enero», en *RCDI*, 2001, pág. 1571, se refiere en parecidos términos al comprador poco diligente que se atrasa en acudir al registro y que sólo puede hacer valer su preferencia por la oportuna tercería). La doctrina mayoritaria no se preocupa por la justicia de estas pretendidas adquisiciones *a non domino* en las subastas judiciales, y se escuda en una pretendida falta de diligencia del propietario. ¿Cómo puede explicarse la confiscación del propietario? ¿Es un acto de soberanía estatal? ¿Del juez? La propiedad sabemos porqué la pierde el embargado (por no pagar) pero... ¿por qué la pierde el propietario? ¿Por qué la gana el rematante? ALONSO SÁNCHEZ (*Las adjudicaciones procesales de bienes en los procedimientos de ejecución*, Madrid, 1999) opina que el juez actúa no en funciones de representación del embargado, sino de «ejercicio de potestad jurisdiccional ejecutiva» (pág. 73), a mí ésta me parece una terrible expresión, vacía pero estremecedora, que hace del juez el ejecutor ciego de los designios registrales, y que simplifica en demasía el fundamento del registro, del proceso y de la propiedad.

participe en tercerías (23). La supuesta «culpa» del propietario es además insostenible cuando en la ejecución común, y más en la hipotecaria, las causas de oposición están drásticamente limitadas, e incluso hay ejecuciones administrativas que no admiten siquiera tercerías de dominio o mejor derecho. ¿Y cómo va a participar el propietario en la oportuna tercería cuando, por ejemplo, puede no haberse enterado del embargo y la posterior adjudicación? (24).

5.4. LA EXIGENCIA DE BUENA FE NO BASTA PARA JUSTIFICAR LA PROTECCIÓN REGISTRAL DEL REMATANTE

Doctrina y jurisprudencia se estremecen ante las posibles consecuencias en sede de ejecución de la protección del tercero por el registro, pero confían en que la exigencia de buena fe en el rematante evite las secuelas extremas de esta novedosa doctrina (25).

Yo creo que con la llamada redentora a la buena «fe» se ha creado un subterfugio para encubrir las auténticas cuestiones de fondo planteadas. La buena fe es una generalidad imprecisa, que simplifica en exceso el espectáculo del triunfo de la fe registral sobre el derecho no inscrito; del poder

(23) La Constitución promete protección a los propietarios, no específicamente a los que inscriben en el registro. La propiedad, entidad anterior al registro, preferencia paradigmática del sistema patrimonial, significa la persona, la libertad individual, y es fundamento del Estado como realidad de la persona y su libertad. No puede ser traicionada (*a non domino*) más que excepcionalmente en las adquisiciones voluntarias, y nunca en el remate. A mi juicio, en el remate no se puede privar al propietario de la propiedad sin ser oído y sin asumir un justo precio para tal expropiación; sería ni más ni menos una confiscación.

(24) Piénsese también que como el recurso contra la inscripción sólo está previsto en la calificación negativa, nunca contra la inscripción misma, si un tercero inmatricula una finca mía, o parte de ella, yo ni siquiera puedo recurrir naturalmente (gubernativamente) y tendría que ejercitar una acción reivindicatoria, y tendría que presentarme como tercerista de mejor derecho cada vez que se embargue al titular registral, y ya el colmo según alguna doctrina como hay publicidad registral en la doble inmatriculación (aunque yo sea propietario y aunque lo tenga inscrito) en ciertos casos podría perder mi propiedad por una inscripción ajena si se admitiese la publicidad registral a pesar de la doble inmatriculación.

(25) El fundamento octavo de la de 5 de marzo de 2007 plantea el problema de compradores de vivienda que se ven privados de su propiedad pese a haber entrado en posesión de las viviendas compradas cuando se sigue un procedimiento de apremio contra la entidad vendedora que continúa siendo titular registral, y refiere un posible remedio: la demostración de la falta de buena fe del rematante. También en la doctrina se repite ese argumento, así ROBLEDO VILLAR (*La subasta judicial, el remate*, Barcelona, 1998, pág. 377) refiere que, en este caso, el tercero no puede tener buena fe; y emplea el mismo argumento ESPEJO LERDO DE TEJADA, que destaca la posible falta de buena fe por evidencia de posesión contraria consolidada. VELA SÁNCHEZ subraya también que si había una inscripción o anotación posterior, el tercero registral no puede desconocerla porque carece de buena fe, y lo que le concede es una cómoda posición registral al trasladar la carga de la prueba (*La fe pública*, pág. 104).

sobre la realidad social. La «fe» pública registral a favor del rematante se ampara en la buena «fe» del rematante («fe» que se presume); a mi juicio demasiada «fe» en una sola línea: impropio de un discurso de juristas. ¿Es la escritura pública y la inscripción en el registro el principio del derecho patrimonial o es sólo la ritualización formal de una realidad de hecho que les precede y condiciona? Esa es la pregunta que hay que contestar, y en ese contexto investigar la fe del rematante es eludir la respuesta dogmática al principio primero que se cuestiona. Y es que, a mi juicio, resolver la eficacia de la titulación y del registro con una llamada a la buena fe del rematante es resolver un problema jurídico con discrecionalidad judicial, es decir renunciar al derecho como criterio objetivo y coherente anterior a la sentencia.

Yo creo que en la doctrina que critico, de protección registral *a non domino* del rematante, hay previamente una doble discrecionalidad: discrecionalidad en decidir si se recurre a la buena fe, y discrecionalidad en decidir si existe buena fe. A mí me parece que las sentencias que aplican o niegan la adquisición *a non domino* por el rematante o bien asumen *a priori*, sin cuestionar su justicia, una radical eficacia de la inscripción (se apoyan en que la buena fe se presume), o bien asumen un inadmisibles grado de discrecionalidad judicial en la resolución (y declaran la falta de buena fe). En particular, me parece que a partir de la sentencia de 5 de marzo de 2007 se han multiplicado las sentencias que discuten sobre la buena fe del rematante, y estas sentencias se pueden dividir en dos grandes categorías, una es la de aquellas sentencias que simplifican en demasía el problema planteado, resolviendo la cuestión jurídica a través de artificios formalistas y rituales, quizá sin dar la importancia que merece a la realidad de hecho, como justicia del caso concreto (26). Y una segunda categoría de sentencias valoran a través de la buena fe la situación posesoria de hecho, o la justa equivalencia de prestaciones, evitando la inconsecuencia dogmática de la fe pública (27); en esta

(26) En la STS de 2 de diciembre de 2008 un promotor hipoteca unas viviendas, anteriormente vendidas, y distribuye arbitrariamente la responsabilidad hipotecaria entre ellas. La sentencia declara la mala fe en la distribución de la responsabilidad, pero no en la constitución de la hipoteca o en el remate, pero, ¿por qué no se valora si se podía haber conocido sin esfuerzo que el promotor había vendido antes las viviendas y que estaban habitadas? La STS de 22 de septiembre de 2008 resuelve a favor de un comprador en periodo de retroacción de la quiebra, respecto del rematante en un proceso ejecutivo instado por unos trabajadores. En esta sentencia que a mi parecer carece de razones jurídicas de fondo, la llamada a la buena fe habilita una resolución discrecional del fondo. La STS de 18 de junio de 2008 se plantea el conflicto entre dos adjudicaciones: una en virtud de una AP de embargo caducada y otra en la que no había una previa anotación de embargo, y resuelve a favor del adquirente extrarregistral anterior, porque dice que su buena fe se presume, solución que a mí me resulta superficial y muy pobre en cuanto a razonamiento de fondo.

(27) A mí me parece que, en general, tienen mayor mérito y profundidad aquellas sentencias que niegan la buena fe del rematante, porque han entrado a valorar la situación de fondo, aunque desde luego flotando a la deriva en el mar de los conceptos jurídicos.

segunda categoría efectivamente la jurisprudencia hace gala de su preocupación por la tutela de la justicia del caso, pero ello es a costa de sacrificar el rigor dogmático del discurso jurídico y su coherencia.

Es obvio por otra parte que en materia de aplicar la buena fe y proteger al rematante, muchas sentencias se contradicen, porque en tiempos de libertad religiosa nadie sabe que es la mala fe; y en casos idénticos o similares unas sentencias admiten la oponibilidad de la «maldad» del tercero hipotecario y otras muchas no la admiten, y presumen que el tercero es bueno; y también hay notorias contradicciones en tema del remate y valoración de la realidad de hecho, y en cuanto al remate y la doble inmatriculación. Es decir se ha pretendido unificar la doctrina jurisprudencial y lo que ha hecho es propiciar la discrecionalidad judicial, y además llevar la misma contradicción doctrinal sobre la fe pública a otras sedes jurídicas (28).

6. LA CLÁSICA DISTINCIÓN JURISPRUDENCIAL ENTRE DOBLE VENTA Y VENTA DE COSA AJENA MANIFIESTA LA DISTINCIÓN ENTRE INOPONIBILIDAD Y PUBLICIDAD

La nueva corriente jurisprudencial entiende aplicable el artículo 34 LH a la «doble venta» en subastas judiciales, e insiste muy particularmente en derogar la antigua y consolidada distinción jurisprudencial entre doble venta

Así, la STS de 14 de mayo de 2008, que afirma que el juicio ejecutivo era simulado. La STS de 21 de enero de 2008 declara la nulidad de un proceso ejecutivo por no haberse requerido de pago a los deudores, y niega también la condición de terceros hipotecarios al rematante y sucesivos adquirentes porque afirma «que conocían que en la vivienda vivían personas que poseían a título de dueño», lo que, a mi juicio, es el problema de fondo reconocer la propiedad (que se prueba por la posesión) como oponible al remate. La STS de 28 de diciembre de 2007 niega la buena fe por no haberse acreditado el pago del precio y declara la nulidad de la segunda compraventa por simulación. La STS de 14 de septiembre de 2007 niega la buena fe porque se debió haber conocido la venta anterior. También la STS de 7 de septiembre de 2007 niega la buena fe en el rematante por ser la realidad de hecho notoria: la demandada poseía la finca habitaba en ella y estaba separada por una valla metálica.

(28) Y el argumento histórico incidental que emplea la sentencia de 5 de marzo de 2007 a favor del tercero hipotecario en el remate carece de consistencia. Es evidente que el sistema que crea la Ley Hipotecaria de 1861-69 es un sistema respetuoso con el sistema histórico de registro de inoponibilidad de títulos, que pretende crear la hipoteca inmobiliaria como base de un crédito seguro. La reforma hipotecaria de 1909 es el relato del fracaso del principal intento de importar un derecho registral germánico, de legitimación registral radical, que incorpora el hecho al registro. La «importación» radical de una publicidad absoluta para el tercero hipotecario es una innovación de la normativa hipotecaria de 1944-46, basado en una ideología totalitaria del Estado, y sus perfiles están poco delineados legislativamente. En todo caso es absolutamente claro que ninguno de los padres del Derecho Hipotecario hace el más mínimo comentario a favor de reconocer la condición de tercero hipotecario al rematante, sino todo lo contrario.

y venta de cosa ajena (29). La jurisprudencia unificada por la STS, de 5 de marzo de 2007, puede también incardinarse en una radical evolución de la doctrina en este punto (30). Esta innovación es, a mi juicio, doblemente criticable: porque aplica una doctrina errónea de la publicidad registral a la doble venta, y además porque, como he dicho, a un remate ni siquiera se le puede llamar venta.

(29) Una jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo distinguía dos supuestos: a) *Doble venta*: cuando la primera compraventa —que se opone a la segunda que causó inscripción registral— no se hubiera consumado en el sentido de no haberse producido la posesión real o de hecho del bien adquirido, o de no haberse consumado la adquisición por pago del precio y vida continuada en el inmueble, en cuyo caso la venta que prevalece y resulta válida es la primera que se inscribe en el Registro de la Propiedad. b) *Venta de cosa ajena*: cuando la primera compraventa resulte plenamente realizada por pago íntegro del precio y entrega de la cosa al vendedor, que accede efectivamente a su posesión inmediata y disfrute, y que puede considerarse socialmente consolidada, en cuyo caso no ha lugar a la preferencia de la posterior inscripción registral. Nótese que el concepto de cosa ajena que se planteaba la pretérita jurisprudencia es más restringido que el de doble venta en sentido estricto, en el que el primer comprador haya simplemente recibido por *traditio*, real, simbólica o instrumental, la cosa vendida y se vuelva a vender a un tercero que inscribe o que se trate de dos ventas que provienen de distintos compradores (lo que la doctrina también solía considerar incluido en el art. 1.473 CC, ver SÁNCHEZ CEBRIÁN, *Doble venta y publicidad registral*, Madrid, 2004, pág. 217, nota 33).

(30) PETIT SEGURA, *La doble venta y la doble disposición de la cosa*, Barcelona, 1990, que califica la doble venta del artículo 1.473 del Código Civil como una subespecie de las adquisiciones *a non domino*; GARCÍA GARCÍA dice: «debería diferenciarse el caso de doble venta del supuesto de «venta de cosa ajena», para llegar a la conclusión de que mientras en este segundo supuesto hay «adquisición *a non domino*», que es nula a efectos reales, en el primer caso hay adquisición *a domino*, que es válida y eficaz en virtud de la inscripción en el Registro», en *Derecho Inmobiliario Registral*, t. II, Madrid, 1993, págs. 80-81 y 87. Este planteamiento se generaliza: por ejemplo, RUBIO GARRIDO, *Doble venta y doble disposición*, Barcelona, 1994, que insiste se trata el artículo 1.473 del Código Civil de consumir adquisiciones *a non domino*; CANO MARTÍNEZ, *Doble venta, una situación de pendencia*, Barcelona, 2000; PAU PEDRÓN, «La doble venta de inmuebles y la publicidad registral», en *La Publicidad Registral*, Madrid, 2001; BUSTOS PUECHE, «El sujeto beneficiario de la protección registral», en *RCDI*, 2003, pág. 2627 y sigs.; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, «Comentario a la sentencia del TS de 10 de junio de 2003», en *RCDI*, 2004, pág. 1965, define la venta de cosa ajena como válida pero ineficaz y el registro purga esa ineficacia; AMORÓS GUARDIOLA, «Comentario al artículo 606 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, pág. 343 y sigs.; GORDILLO, que considera en base al artículo 1.473 del Código Civil que la inscripción en el registro es un modo atributivo de la propiedad; SÁNCHEZ CEBRIÁN, para quien ha inscrito el negocio válido en el que funda su adquisición podrá hacer valer su derecho frente a todos y, en particular, frente al adquirente en virtud de título anterior que no lo inscribió» (cit., pág. 521); GARCÍA BERNARDO LANDETA, «La doble venta y la venta de cosa ajena de bienes inmuebles», en *RDN*, 2007, pág. 59 y sigs., no comprende cómo una diferencia temporal cualitativa se convierte en cuantitativa; PÉREZ UREÑA, «La venta de cosa ajena a la luz de los principios registrales de prioridad y buena fe», en *Boletín de Contratación Inmobiliaria*, 54, febrero de 2009, se muestra favorable al nuevo criterio jurisprudencial; SABORIDO SÁNCHEZ, cit., pág. 131 y sigs.; VELA SÁNCHEZ, «La doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria», en *LL*, 26 de marzo de 2009, pág. 6.

A mi parecer la adquisición *a non domino* en la doble venta significa reconocer una eficacia a la inscripción que no se corresponde con los presupuestos técnicos del registro (falta de control de la identidad y realidad física de la finca, de la titularidad de la primera inscripción; falta de control de la realidad de la transmisión); no se corresponde con la facilidad de acceder al registro situaciones inexactas o fraudulentas; no se corresponde con la naturaleza del registro como instrumento de protección del crédito. A mi entender en la doble «venta» la protección del tercero debe ser por la vía de la inoponibilidad, sin garantía de una adquisición *a non domino*. El registro no debe garantizar la propiedad sino que la cosa vendida no se ha vendido antes, o que la venta anterior no se ha consolidado (este es el límite de la publicidad y de la buena fe) (31).

La desorbitada interpretación del artículo 34 LH, contorna la distinción entre inoponibilidad y publicidad, elude la esencial excepcionalidad de la publicidad (dados sus perfiles inconstitucionales) y permitiría suprimir los artículos 1.473 CC y 32 LH, que resultarían superfluos (32). A mi entender la inscripción no puede convalidar los actos nulos y la venta de una cosa vendida anteriormente, cuando es evidente que hay propietario manifiesto o un adquirente que ha consolidado de forma pública y durante largo tiempo su titularidad han de asimilarse a los actos radicalmente nulos, que no se convalidan por la inscripción registral; porque la realidad notoria y manifiesta tiene la publicidad en sí misma (clama desde la tierra) que es superior a la

(31) La distinción entre doble venta y venta de cosa ajena es la realidad del llamado iter pluscuamperfecto de la propiedad que expone PETIT GARCÍA (pág. 316), también por MOLINA GARCÍA (pág. 316), y luego se reitera con diversas terminologías por muchos autores. GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, pág. 82, dice que la doble venta no es un supuesto de adquisición *a non domino* sino *a vero domino*, porque el primero que adquiere realmente es el primero en la inscripción; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La doble venta. Una situación de pendencia*, Barcelona, 2000, págs. 16 y 37, se refiere a la situación del primer comprador como de pendencia, hasta que se conozcan todas las circunstancias del caso; y SÁNCHEZ CEBRIÁN, *Doble venta inmobiliaria y publicidad registral*, Madrid, 2006, pág. 497, lo explica, con muy buen criterio por la ineficacia de títulos que no se inscriben. A mí me parece que hay que llevar a sus últimas consecuencias esta brillante doctrina: hay tres escalones en la publicidad de una transmisión: la posesión (*traditio*), la inscripción y la consolidación de la propiedad. Yo creo que para entender el artículo 1.473 II CC y 32 LH hay que comprender que la adquisición efectiva de la propiedad se basa en la publicidad de la transmisión (*traditio*), pero el registro añade algo más, que es la notificación pública de la transmisión, con una expresión más perfecta de las circunstancias de la misma (tiempo, causa, sujetos, condiciones), y por ello, por ser una publicidad más perfecta que la mera transmisión privada de la posesión, es lógico que ordinariamente prevalezca en caso de doble venta, pero siempre respetando la propiedad socialmente consolidada con posesión manifiesta, que es una relación jurídica que nace de la tierra misma y existe por sí misma como fundamento del derecho y de la libertad personal, sin intermediación del registro o del Estado.

(32) Dice, de modo quizá irreverente, BUSTOS PUCHE, que el Supremo no sabe qué hacer con el artículo 32 LH, pág. 1075.

artificial del registro (33). A mi entender, si la cosa se había vendido antes, mucho antes, y la situación estaba socialmente consolidada, y el precio pagado era justo, está claro que el vendedor no sólo no tenía poder de disposición y no era titular, sino que ni siquiera tenía intención de transmitir (no puede haber consentimiento sin intención de transmitir), pues el consentimiento se presta sobre la cosa y sobre la causa; además existía una causa ilícita (ánimo de defraudar al primer comprador, de enriquecerse torticeramente) y como el objeto era imposible (de modo tanto físico como jurídico) no podía ni nacer, ni existir obligación.

En todo caso y muy en particular debe insistirse en la imposible asimilación entre venta y remate, y que por lo tanto el régimen de la doble venta no es aplicable al remate; y la preferencia del remate en razón de su naturaleza y de su natural dependencia de una anotación preventiva, se rige por sus propias reglas procesales, registrales y materiales, no por el régimen de la compraventa. Como ya he explicado, todo remate tiene un sentido aleatorio, toda privación forzosa de la propiedad es sospechosa y requiere en el adquirente un mayor grado de diligencia; y el proceso ejecutivo no declara derechos, ni los trasmite, pues subroga al rematante en la posición del titular registral. También aquí la jurisprudencia y doctrina resuelven las incoherencias clamando por la buena fe, y la crítica a este circunloquio «espiritual» ya la hemos hecho antes (34).

(33) Según MIQUEL (*Comentario al art. 609*, comentarios al Código Civil, Ministerio de Justicia, I, pág. 1546 y sigs.), no se puede decir que la segunda venta es nula porque la compraventa produce efectos obligacionales no reales; y afirma en otro trabajo («El Registro Inmobiliario y las adquisiciones de la propiedad», en *RD Patrimonial*, 1, 1998, pág. 56) que si había una inscripción contraria, la posesión no llega siquiera a consumar la transmisión de la propiedad por *traditio* (lo que, a mi juicio, desconoce la supremacía de la legitimación posesoria sobre la registral). En el mismo sentido que Miquel opinan: SÁNCHEZ CEBRIÁN, cit., pág. 224; y también GORDILLO: la ajeneidad de la cosa no afecta al título de transmisión («Comentario a la STS de 5 de marzo de 2007», en *CCJC*, pág. 1436); SABORIDO SÁNCHEZ, por el contrario, le llama «argumentación esencial», y también convence a ARRIETA SEVILLA, que dice que hay falta de poder de disposición, no falta de objeto, pág. 176.

(34) Las dobles «ventas» se han mostrado particularmente frecuentes en casos de concurrencia de procesos de ejecución (véase GONZÁLEZ PILLADO, *La acumulación de ejecuciones en el proceso laboral*, Valencia, 1998, pág. 55). El supuesto más común en la jurisprudencia es el del comprador que toma posesión pero no inscribe, y luego el bien es embargado por deudas de su vendedor que continúa como titular registral, ¿puede el rematante considerarse después que inscribe adquirente a *non domino*? Por ejemplo, en el supuesto de hecho de la STS de 15 de julio de 2004, el señor Eduardo vendió nueve pisos con poder suficiente y consentimiento de una promotora (Paraje de Fuente Nueva, S. A.), pisos que los compradores ocuparon efectivamente; sin perjuicio de lo cual, «se atrevió ésta» (*sic* en la sentencia) a volver a vender los citados inmuebles a otra mercantil, y por medio de la madre política del citado, de sesenta y tres años, actuando la misma como representante de la promotora. Normalmente la jurisprudencia resuelve este problema clamando por la buena fe. A mi juicio, el acierto de la STS de 20 de noviembre de

7. LA ADQUISICIÓN A *NON DOMINO* DEL REMATANTE CONTRADICE EL CARÁCTER SUMARIO DEL PROCESO EJECUTIVO Y LA COHERENCIA REGISTRAL DE LAS PREFERENCIAS DEL CRÉDITO EN LA EJECUCIÓN

7.1. OBSERVACIÓN PRELIMINAR: EL ARTÍCULO 594 LEC NO PROCLAMA LA ADQUISICIÓN A *NON DOMINO* DEL REMATANTE

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 afirma de modo tajante que el embargo sobre bienes que no son del ejecutado es eficaz (art. 594 LEC). Es una norma que expresamente deroga la doctrina jurisprudencial anterior que proclamaba la nulidad del embargo de cosa ajena; y en consecuencia también declaraba nulo el remate de cosa ajena (35). Muchos autores suponen que tras la reforma procesal de la nueva LEC, el artículo 594 LEC establece la publicidad registral *ex* artículo 34 LH en favor del rematante (36). Como

2008 es extraordinariamente dudoso: el demandante adquiere un inmueble en documento privado en 1979 de la entidad ADADA, S. L., y ejerce allí un negocio, pero el inmueble sigue inscrito a nombre de Adada; muchos años después se ejecuta el inmueble por deudas de Adada. ¿Merece ser el rematante protegido por el registro? ¿Por qué no plantearse si el ejecutante pudo haber fácilmente conocido la realidad de la transmisión previa de la propiedad y la posesión contraria? También me parece dudoso el acierto de la STS de 5 de mayo de 2008: una señora compra una finca en 1987 y vive en ella, el vendedor sigue como titular registral y se embarga en 1993 y se adjudica en 1997 por deudas de la Hacienda Pública del vendedor, ¿no se debió al menos haber notificado la ejecución a la propietaria? (al hablar de la buena fe hemos criticado también en el mismo sentido la STS de 2 de diciembre de 2008).

(35) Antes de la LEC 1/2000 era frecuente en la jurisprudencia declarar la nulidad del embargo de cosa no perteneciente al ejecutado (SSTS de 16 de marzo de 1893, 22 de mayo de 1989, 8 de marzo de 1993, 25 de marzo de 1994, 10 y 16 de junio de 2003 y 25 de mayo de 2006, y la razón es que el titular del embargo no adquiere por el embargo mismo ni por su AP ningún derecho real sobre la cosa (STS de 10 de mayo de 1994).

(36) En particular, GORDILLO, *El principio...*, cit., pág. 1077; también GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, «Comentario a la sentencia del TS de 10 de junio de 2003», en *RCDI*, 2004, pág. 1965, afirma que como el artículo 594 LEC produce su validez, el artículo 34 LH suple su ineficacia; en el mismo sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, *La ejecución forzosa de bienes inmuebles en la nueva LEC*, Pamplona, 2001, pág. 75 y sigs.; NADAL GÓMEZ, *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, cit., pág. 138 y sigs., quien tras exponer la primera opinión de FERNÁNDEZ BALLESTEROS de que el embargo de cosa ajena era nulo, afirma la eficacia constitutiva del embargo, que sólo puede ser levantada con una declaración formal de titularidad del bien en una tercera de dominio, que exige un título anterior al embargo «consolidado» (y el posterior se debe cancelar radicalmente), lo que parece, si yo he entendido bien sus planteamientos, excluir la posibilidad de reivindicar los bienes después del remate, también pág. 198 y sigs.; en la pág. 309 vuelve sobre el tema y afirma que en esa eventual acción declarativa posterior el «tercer» propietario no podrá impugnar la adquisición basándose en que el embargo no debió trabarse por no pertenecer los bienes al ejecutado, ni puede pedir por esa causa la nulidad de actuaciones, quedándole a dicho tercero «ex propietario» la acción de enriquecimiento injusto. En el mismo sentido se manifiestan AMORÓS, «Anotaciones de embargo y las recientes reformas legislati-

he subrayado al comienzo de este trabajo, esta opinión hay que situarla en el contexto de un meritorio esfuerzo doctrinal y jurisprudencial para garantizar la eficacia del proceso ejecutivo, pero creo que hoy en día doctrina y jurisprudencia se exceden en este punto, porque si la opción del artículo 594 de la LEC 1/2000 es favorecer la eficacia y rapidez del proceso ejecutivo no se puede exagerar la eficacia adquisitiva de un procedimiento ejecutivo sin garantías de la titularidad (37).

El artículo 594 LEC se entiende si se sitúa en el contexto histórico que explica sus orígenes doctrinales y jurisprudenciales. Con anterioridad a las reformas legislativas de 1992 era frecuente que un proceso ejecutivo fuese defraudado por la presentación en el registro, en los momentos inmediatamente anteriores al remate, de una escritura pública de enajenación extrarregistral por el embargado de fecha anterior a la anotación de embargo; esta escritura se consideraba inscribible, y se afirmaba que cerraba el registro al remate (38). La Ley de 30 de abril de 1992, de Reforma urgente en materia

vas», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 35, 2005, pág. 838, y VELA SÁNCHEZ, «La doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria», en *LL*, 26 de marzo de 2009, pág. 8. La STS de 5 de marzo de 2007 parece hacer esa misma lectura del artículo 594 LEC.

(37) BUSTOS PUECHE, «Intento del TS por fijar la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 34 LH», en *Libro homenaje a Cuadrado Iglesias*, 2008, pág. 1076, piensa que el nuevo criterio establecido por el legislador en el artículo 594 LEC ha pesado sobre la decisión jurisprudencial, pero el artículo 594 no se inclina por la validez de la enajenación, sino por la validez del embargo. A su parecer, como el negocio se intenta hacer valer por una de las partes que ha participado en la negociación debe prevalecer el artículo 33 LH. A mí me parece que el artículo 594 LEC es el corolario y consecuencia del artículo 593 LEC, que ordena al juez antes de ordenar la traba que investigue diligentemente si los bienes son titularidad del embargado y le notifique el embargo trabado a todo aquel que pudiera ser propietario de la cosa embargada. Entiendo que el artículo 594 LEC autoriza al juez a seguir la ejecución aunque tenga dudas fundadas de la titularidad de los bienes embargados, pero siempre a expensas, riesgo y ventura del acreedor embargante y del rematante, porque el embargo de bienes ajenos es naturalmente ineficaz, salvo la eficacia singular de la inoponibilidad de títulos no inscritos, que es a lo que entiendo se refiere el inciso final del artículo 594.1 LEC. Un argumento que entiendo decisivo es que la primera redacción del proyecto de reforma de la LEC establecía en el artículo 607, apartado 1, el carácter irreivindicable de la adquisición del rematante, en el anteproyecto pasa a ser el artículo 597, que suaviza el precepto al añadir: «salvo las excepciones establecidas por las leyes», y el texto definitivo del artículo 594 actual se introduce tras el informe de la ponencia del Senado, que cambia sustancialmente su primitiva redacción, y que ya no establece el carácter irreivindicable de la adquisición en remate judicial (en detalle, SERRERA CONTRERAS, «Anotación preventiva de embargo. ¿Aun en ascenso?», en *RCDI*, 2001, pág. 1275 y sigs.).

(38) Idéntico sucedía con la constitución de una hipoteca, aun posterior a una AP de embargo, que subsistía tras el remate por decirse que la hipoteca era de mejor rango que la AP (Resoluciones de 20 de marzo y 28 de septiembre de 1968). Algún autor mantuvo en aplicación del principio de prioridad la preferencia del rematante sobre el adquirente anterior a la AP que no había inscrito su compra o la ineficacia de la hipoteca posterior, pero era una postura muy minoritaria (DE LA RICA ARENAL, «Meditaciones hipotecarias. El

procesal, tiene una preocupación muy particular por la protección y eficacia del juicio ejecutivo, que entiende se consigue estableciendo una radical prioridad de la anotación de embargo; la ley citada modifica en este sentido los artículos 1.512 y 1.518 LEC, y establece, tras el remate, la cancelación de los asientos posteriores a la anotación preventiva de embargo, lo que otorga una peculiar ofensiva a la anotación de embargo (establece la ineficacia de títulos fehacientes anteriores no inscritos) (39).

A mi parecer el artículo 594 LEC hay que situarlo en ese contexto. A partir de 1992 se reconoce al embargo validez en sí mismo, y también prioridad y preferencia (eficacia ofensiva) derivada de la inoponibilidad de títulos no inscritos tras la anotación del embargo en el registro. Entiendo que ésta es la opción que asume la LEC 1/2000, y que se incorpora, entre otros, al artículo 594 LEC.

principio de prioridad y las inscripciones retrasadas», en RCDI, 1958, pág. 794 y sigs.; FRANCO ARIAS, *El procedimiento de apremio*, Barcelona, 1987, pág. 114 y sigs.; criterio también seguido por alguna resolución DGR en su tiempo extravagante: Resolución de 20 de mayo de 1944; y yo mismo en el *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986).

(39) En el mismo sentido, el Real Decreto 1386/1992, de 13 de noviembre, realiza una reforma del artículo 175.2, RH. En su nueva versión se dispone por dicho artículo que «cuando en virtud de procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de embargo, aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores». En opinión de SARMIENTO RAMOS, si el embargo persigue y produce la vinculación de un bien a un proceso encaminado a su ejecución... habrá que admitirse igualmente que, por efecto del principio de prioridad, todos los gravámenes que recaen sobre el bien ya trabado deberán también quedar extinguidos al ejecutarse aquel en el procedimiento en que se acordó la traba (pág. 146), lo que se sustenta, según dicho autor, no sólo en la coherencia y eficacia de la prioridad registral, sino también en la eficacia y simplificación del procedimiento ejecutivo y en la seguridad de los postores de la subasta (véase, en particular, pág. 104 y sigs., y véase también, en ese sentido, RIVAS TORRALBA, pág. 31; MONSERRAT VALERO, «La anotación de embargo y las cargas reales anteriores cuando el crédito anotado es preferente al garantizado por éstas», en *Diario La Ley*, núm. 5190, jueves, 23 de noviembre de 2000; NADAL GÓMEZ, *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, Madrid, 2001, pág. 305 y sigs.). Tras la reforma de 1992, la Dirección General sostiene la ineficacia de los actos de disposición que no constan en el registro en el momento de la AP de embargo (véase Resoluciones de la DGRN de 23 de marzo y 5 de mayo de 1993), y doctrina y jurisprudencia sostienen mayoritariamente la ineficacia de una hipoteca constituida con posterioridad a una anotación de embargo, porque en el momento de nacer la hipoteca el embargo ya estaba publicado (véase MERINO GUTIÉRREZ, «El tercero hipotecario y la anotación de embargo», en *ADC*, I, 1994, pág. 91 y sigs.; NADAL GÓMEZ, pág. 50 y sigs.). Hoy este tema no parece conflictivo y a esta solución llegan las SSTs de 21 de junio de 2007 (con comentario de DOMÍNGUEZ LUELMO, *CCJC*, 76, pág. 215 y sigs.) y 3 de diciembre de 2007, el adquirente, según el registro, no tiene la protección del artículo 34 LH, si cuando va a inscribir existe una AP de embargo, aunque esta anotación sea posterior a la fecha fehaciente de su adquisición y el argumento principal de la sentencia parece ser que igual protección merece la confianza del comprador que del embargante. Frente al claro sentido de la reforma, algunos autores (por ejemplo, RENTERÍA, pág. 737 y sigs.) hacen una encendida defensa del régimen tradicional y sostienen que anotación e inscripción no son asientos homogéneos y no pueden cancelarse automáticamente por una inscripción posterior.

7.2. LA PREFERENCIA DE LA ANOTACIÓN DE EMBARGO Y EL SIGNIFICADO DE LA INOPONIBILIDAD

La publicidad de la propiedad y del proceso ejecutivo no son dos categorías homogéneas. El embargo (y el remate posterior) es una institución procesal-registral, y debe haber una coordinación del registro con el proceso ejecutivo (que recordemos, no declara derechos y sólo produce efectos entre los litigantes).

En efecto, el registro ofrece al ejecutante una *prioridad procesal*, que con carácter general le otorga derecho a recibir en su día el producto de la realización de los bienes embargados (art. 613.1 LEC). La anotación otorga también una cierta *preferencia al crédito anotado* que se realiza sobre el bien embargado, aunque éste pase a poder de terceros, o incluso (ordinariamente) aunque el bien embargado haya pasado a poder de terceros antes del embargo, si esta transmisión no constaba en el registro con anterioridad a la anotación de embargo (*ius persequendi*) (40). Toda inscripción o anotación posterior

(40) En la LEC 1/2000 el *ius persequendi*, derivado de la anotación de embargo, se desarrolla muy especialmente en el régimen del tercer poseedor. El artículo 658, párrafo 2 LEC asimila el adquirente anterior que inscribe con posterioridad a la AP al tercer poseedor, y por tanto el adquirente anterior al embargo que no ha inscrito su derecho tiene ordinariamente que intervenir el proceso de ejecución comenzada por la vía de la tercería para defender su derecho, salvo, como digo, que su derecho esté reservado por el propio registro o que goce de una titularidad consolidada. El juicio ejecutivo cuya constancia pública se hace efectiva por la anotación preventiva de embargo, prevalece así sobre el adquirente anterior que no ha inscrito (en este sentido, Díez GARCÍA, *El tercer poseedor de finca hipotecada*, Pamplona, 1998; BUSTOS PUECHE, «El sujeto beneficiario de la protección registral», en *RCDI*, 2003). Parece que es verosímil concluir que la nueva LEC, en los artículos 662 y 538.3 LEC, parece reconocer al tercer poseedor una condición análoga a la de parte en el proceso ejecutivo para oponerse a la ejecución que le perjudica, aunque el adquirente anterior al embargo puede limitarse a ejercer las prerrogativas que la LEC ofrece al tercer poseedor: derecho a que el registrador le notifique el proceso de ejecución (art. 559.1), a impugnar las resoluciones del ejecutivo que le afectan (art. 583.3) a proponer y dar su conformidad al convenio de realización (art. 640), a librar el bien mediante pago con subrogación (art. 659.3), y a participar en el reparto del sobrante (art. 672.1). El artículo 126 LH llama tercer poseedor al adquirente de un bien hipotecado antes del comienzo de la ejecución, sin distinguir si la adquisición se produjo antes o después del inicio de la ejecución o antes o después de la constitución de la hipoteca. En sentido contrario, se opone a su condición de tercer poseedor, ACHÓN BRUNÉN (*La ejecución dineraria, cuestiones conflictivas*, Madrid, 2009, pág. 264), y se opone a la eficacia radical de la prioridad derivada de la inoponibilidad de títulos, SERRERA CONTRERAS («La anotación preventiva de embargo y la prelación de créditos tributarios», en *RCDI*, 2004, pág. 2892), aduce que es frecuente adquirir viviendas por documento privado de las que se va pagando el precio y que sólo se escrituran públicamente tras pagar todo el precio, pero a mi parecer esto es lo que efectivamente se remedia con la tutela jurisdiccional de la propiedad, cuando la propiedad está consolidada en el adquirente anterior, repite pues el autor una argumentación similar contraria a la eficacia ofensiva de la anotación preventiva que ya había expuesto en su trabajo: «La imparable ascesión de la anotación preventiva de embargo», en *RCDI*, 1994, pág. 90) donde sostienen la preferencia de la adquisición anterior sobre

a la AP de embargo está ordinariamente destinada a ser cancelada, tras el remate, en el nuevo régimen de *cancelación de cargas* (art. 674 LEC) (41).

Y es que por la *inoponibilidad de títulos* no inscritos se reconoce a la anotación preventiva una eficacia ofensiva que limpia después del remate todas las cargas no manifiestas del bien embargado; y significa que después de la AP de embargo no son oponibles al rematante títulos de propiedad, gravámenes provenientes del titular registral que no están inscritos, aún anteriores a la anotación de embargo (salvo si son manifiestos o «socialmente consolidados»); y tampoco son oponibles los derechos de crédito anotados o inscritos con posterioridad, salvo que conste registralmente de modo fehaciente su rango preferente anterior. Pero esta eficacia ofensiva derivada de la inoponibilidad es algo radicalmente distinto de la publicidad *ex* artículo 34 LH. A mi juicio, considerar el rematante tercero hipotecario consagra la confusión entre publicidad e inoponibilidad a costa de destruir la propiedad como derecho anterior al registro, a costa de destruir el sentido del registro como sistema de publicidad del proceso ejecutivo, y a costa de destruir el sentido del registro como garantía del orden y la prioridad de los créditos inscritos o anotados.

A mi juicio, el remate no puede ser fundamento de una protección de derechos *a non domino*, pues la eficacia del remate está determinada por un proceso, un crédito y una anotación de embargo (el proceso ejecutivo tiene una prioridad procesal, la anotación tiene un rango y el crédito que se ejecuta una preferencia). El remate coloca al rematante en la posición del titular registral, pero siempre en el contexto de la preferencia procesal derivada de la prioridad del juicio ejecutivo (*ius prioritatis*), el rango de la anotación preventiva de embargo (*ius persequendi*) y la preferencia del crédito ejecutado (si está publicada por el registro). El remate es en definitiva un acto

la anotación de embargo posterior. La jurisprudencia admite sin problemas al adquirente anterior que no inscribe como tercer poseedor; por ejemplo, la STS de 18 de diciembre de 2008, respecto de un adjudicatario en 1996, que inscribe en 1997, frente a compradores anteriores que inscribieron después de la anotación de embargo.

(41) Una reiterada jurisprudencia admite la doble eficacia (*ius prioritatis*, *ius persequendi*) del embargo (SSTS de 10 de diciembre de 2002, 30 de noviembre de 2004 y 21 de junio de 2007. Dice textualmente la STS de 3 de diciembre de 2007: «la norma establecida en el artículo 38, párrafo 5.º, de la Ley Hipotecaria, que precisamente regula los supuestos en que los bienes sobre los que ha sido anotado un embargo pasen a poder de un tercer poseedor, determina que cualquier derecho nacido con posterioridad a la anotación de embargo resulta afectado por la misma, en el sentido de que al garantizado por dicha anotación se otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha en que la misma se ha practicado»). Sobre la dualidad *ius persequendi*, *ius prioritatis*, ligados al embargo y a su anotación (MONTERO AROCA-FLORES MATIES, *Derecho Jurisdiccional*, II, *Proceso civil*, 7.ª ed., Valencia, 1997, págs. 538 y sigs.; *Tratado del proceso de ejecución civil*, II, Valencia, 2004, pág. 1525 y sigs.; NADAL GÓMEZ, *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, Madrid, 2001, pág. 96 y sigs.; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, «La ejecución forzosa y las medidas cautelares», en *Cizur Menor*, 2002, pág. 293 y sigs.). Yo entiendo que esta doble eficacia del embargo no es sino la otra cara de la inoponibilidad de títulos.

causal en su triple perspectiva: procesal, registral y material, no un acto de adquisición *a non domino*. En ese contexto la llamada purificadora a la buena fe del tercero que inscribe su remate es una inferencia vulgarizadora que destruye los principios más fundamentales del proceso ejecutivo y de la concurrencia de créditos en el registro.

7.3. CARÁCTER IDEAL DEL EMBARGO, CONCURRENCIA DE EMBARGOS QUE SE EJERCITAN EN PROCESO EJECUTIVO E INCONSECUENCIA DE LA PUBLICIDAD DEL REMATE

La prioridad y rango del embargo, basado en la inoponibilidad de lo no inscrito, resuelve el problema procesal y sustantivo que plantea el régimen de concurrencia y pluralidad de embargos que, a mi juicio, carece de coherencia si se parte de un régimen de publicidad del remate.

En efecto, el embargo ha cambiado de naturaleza a causa del registro. En el derecho histórico se suponía (hipoteca judicial) la desposesión del embargado, y la puesta de los bienes embargados en administración. La ley de reforma hipotecaria de 1909 consuma un proceso histórico de «idealización» del embargo, iniciado en la ley hipotecaria de 1861-69. El embargo está ahora protegido o sustentado por la anotación registral, y es posible un embargo sin desposesión del embargado (42).

El precio a pagar en el nuevo régimen del embargo es alto: la pérdida de «realidad» del embargo. El embargo es o puede ser un acto judicial de mera traba «ideal»; y aún hoy en día, como hemos visto, se acrecienta su «idealismo» y la traba existe (art. 594 LEC) sin garantía no sólo de la propiedad, sino ni siquiera de la existencia, consistencia o identidad del bien embargado. Por eso mismo, porque el embargo es un acto ideal, el embargado conserva su facultad de disposición sobre los bienes embargados (arts. 71, 38.5 LH; art. 143 RH; arts. 613, 658, 662 LEC), y el registro está abierto a inscripciones y anotaciones posteriores contradictorias con la anotación de embargo: de actos de disposición y gravamen anteriores (que acceden con posterioridad) o posteriores al embargo.

Y como el embargo es un acto ideal también pueden concurrir una pluralidad de embargos y de ejecuciones singulares sobre el mismo bien (43). A

(42) Véase RAMOS FOLQUES, *El precedente...*, cit., pág. 704; SARMIENTO RAMOS, pág. 12; ARROYO Y AMAYUELAS, «De las hipotecas judiciales a las anotaciones preventivas de embargo y de sentencia. Los precedentes de los artículos 42.2 y 42.3 LH», en *Estudios en honor a Díez Picazo*, III, Madrid, 2003, pág. 3521 y sigs.; MARTÍNEZ ESCRIBANO, «La eficacia del embargo. Su alcance frente a terceros», en *Cizur Menor*, 2006, págs. 21 y sigs.

(43) La posible existencia de una pluralidad de embargos y ejecuciones simultáneas había sido desechada bajo el imperio de la anterior LEC por diversos autores: IPIENS

mí me parece que no eran ni son realistas las dudas de procesalistas e hipotecaristas a la posible concurrencia de embargos y ejecuciones singulares

LLORCA, «Anotaciones de embargo e hipotecas. Algunas reflexiones en torno a su concurrencia en los procesos de ejecución singular de bienes inmuebles», en *AAMN*, 1974, pág. 45, para quien el procedimiento de apremio no es el adecuado para resolver las cuestiones de preferencia que se deben, en todo caso, resolver por la oportuna tercería (ver pág. 50 y sigs.); PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, 2.^a ed., 1974, pág. 233. Tampoco SARMIENTO RAMOS admite la concurrencia de embargos o la simultaneidad de dos ejecuciones sobre el mismo bien más que como medida cautelar para hacer efectivo el segundo embargo sobre el sobrante (págs. 16 y 17, y págs. 159 y sigs.); por su parte, ERDOZAIN LÓPEZ parece dudar y reconoce en el juez facultades de ordenar créditos en la ejecución ordinaria, sin perjuicio de que los afectados puedan acudir a la oportuna tercería si no están de acuerdo. La jurisprudencia más antigua también había rechazado incidentalmente la acumulación de ejecuciones (STS de 8 de mayo de 1924, para evitar la incongruencia de fallos cuando se ha dictado sentencia firme). Pero no era una postura unánime, pues aun en la anterior LEC algún autor sostiene la posibilidad o conveniencia de acumular ejecuciones singulares. Así REYES MONTERREAL, «La acumulación y el proceso ejecutivo», en *ADC*, XXI, 1968, pág. 337 y sigs.; y particularmente importante el estudio de ORTIZ NAVACERRADA, *Concurrencia de acreedores en el proceso de ejecución*, Salamanca, 1979, destaca este autor el quebranto que producen operaciones ejecutorias contradictorias, subraya la defectuosa construcción legal de la protección de terceros en la ejecución singular, y propugna que se reconozca el concurso en la ejecución singular con una interpretación extensiva del artículo 165 LEC, para permitir la acumulación de ejecuciones; estudia en este contexto el régimen de cancelación de cargas preferentes, y cuál es la naturaleza de la tercería, concluyendo que la tercera de dominio es un concurso de acreedores en la ejecución singular, aunque subraya la dificultad de llevar adelante la caracterización que propugna ante la falta de regulación positiva. RÍOS SALMERÓN destaca incidentalmente la complejidad e inconvenientes de la tercería de mejor derecho y propugna la acumulación de ejecuciones («Aspectos procedimentales del privilegio salarial», en *REDT*, 1983, pág. 246 y sigs.). GONZÁLEZ PILLADO, *La acumulación de ejecuciones en el proceso laboral*, Valencia, 1998, explica que la práctica de acumular ejecuciones se inicia desde antiguo en el proceso laboral como *usus fori*, porque es injusto que un trabajador tuviera preferencia por embargar primero frente a sus compañeros por créditos de la misma naturaleza salarial, concluyendo que la ejecución está presidida por la concursabilidad de los créditos que se ejecutan. También en el nuevo régimen inaugurado por la LEC 1/2000, me parece insostenible mantener que no es posible la concurrencia (o acumulación de ejecuciones), aunque tal interpretación (entiendo de espaldas a la legalidad positiva) no deja de tener sus defensores: ÁVILA NAVARRO («La certificación de cargas y el mandamiento de cancelación en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados», en *RCDI*, 2000, pág. 645) opina que no pueden coexistir a la vez dos procesos ejecutivos sobre el mismo bien, y que si una vez expedida la certificación de cargas se constata que hay una ejecución posterior debe ésta sobreseerse, lo que se basa en la preferencia jurisdiccional y procesal de la ejecución anterior y el régimen de la tercería de mejor derecho. En el mismo sentido, SABATER MARTÍN (*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por Fernández Ballesteros, Rifé, Valls, II, Madrid, 2000, pág. 2654), para quien la acumulación de ejecuciones no impide la aplicación del artículo 613 LEC y la preferencia del primer embargante, pues la preferencia de los embargantes posteriores debe hacerse valer en todo caso en una tercería. Según GÓMEZ SALVAGO (*Los privilegios en la ejecución singular*, Valencia, 2006, pág. 37 y sigs.), tratar de resolver en un mismo proceso de ejecución el carácter preferente del crédito que se ejecuta frente a los demás, y apoyándose en el criterio de ordenar las cargas anteriores y preferentes en una ejecución singular, no hace sino convertir el proceso de ejecución estricta en un proceso

sobre el mismo bien, y si no lo eran en el anterior régimen procesal civil mucho menos en el actual (44). Como la acumulación es facultativa del acreedor, a falta de acumulación necesariamente habrá concurrencia simultánea de embargos (45). Basta el examen de cualquier colección jurisprudencial o de

de ejecución cuasi universal... provocando la acumulación automática de las diversas ejecuciones... y dejando sin contenido la tercería, que nunca tendría lugar. Según GÓMEZ SALVAGO, la finalidad esencial de la tercería de mejor derecho es excluir la prioridad que el embargo otorga al ejecutante (pág. 19). MARTÍNEZ ESCRIBANO (pág. 139 y sigs.) parece concluir que el régimen legal del reembolso predica la cancelación automática de asientos posteriores y la imposibilidad de ejecuciones singulares simultáneas, y que los acreedores, una vez que hay un proceso ejecutivo en curso, deben hacer valer su preferencia por la oportuna tercería. Negar la concurrencia de ejecuciones era, por otra parte, el régimen propuesto por el artículo 1.925 del Código Civil en el proyecto de ley sobre concurrencia y prelación de créditos de 2006.

(44) A mi juicio, está claro que la nueva LEC permite la existencia simultánea de dos procesos de ejecución sobre el mismo bien; la concurrencia de ejecuciones no está prevista como causa de denegación de un despacho de ejecución (art. 551) o como defecto procesal que impida la continuación de una ejecución (art. 559), y el artículo 555 regula expresamente la acumulación de ejecuciones. El artículo 555.2 LEC sólo exige, para que haya una acumulación de ejecuciones, la identidad de deudor, y por ello creo que puede hacerse la acumulación aunque haya una pluralidad de jurisdicciones implicadas, y aunque se trate de procesos ejecutivos de distinta naturaleza.

(45) El artículo 613.3 regula un supuesto derivado de una pluralidad de ejecuciones; y para la ejecución laboral, el artículo 246 LPL prevé expresamente la concurrencia de embargos, y los artículos 268 y 269 LPL la acumulación de ejecuciones. La concurrencia de ejecuciones está admitida por la práctica procesal y reiteradamente tratada en la mejor doctrina procesal: SALINAS MOLINA, «Concurrencia de ejecuciones singulares en vía jurisdiccional y en vía administrativa», en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 3, 1993, pág. 256, se refiere a la concurrencia frecuente de ejecuciones singulares laborales y laborales y administrativas sobre el mismo bien, y se refiere también a las «carreras» de acreedores que favorecidos por el principio *prior tempore* pretenden burlar el orden legal de las preferencias y el carácter irregular que esto supone de liquidación singular del patrimonio del ejecutado (pág. 248). Yo mismo lo trato en detalle en mi libro *El Registro de la Propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso*, Granada, 2004, pág. 52 y sigs.; MARTÍNEZ SANTOS, «La acumulación de ejecuciones en el proceso civil», en *LL*, 2002, 3, D-92, pág. 1754, destaca la importancia de la acumulación para la coordinación de los procesos ejecutivos y para la satisfacción de todos los ejecutantes; sostiene que los derechos no tienen porqué estar condicionados a la celeridad del órgano ejecutor, y que debe repartirse el producto de la ejecución proporcionalmente y respetando las preferencias (pág. 1754); las preferencias se ventilan en el mismo juicio ejecutivo sin necesidad de acudir a tercerías (pág. 1755); y el mismo autor en un artículo posterior, «Un proceso de ejecución civil necesitado de reforma», en *LL*, D-113, 2009-2, pág. 1425, subraya que la acumulación de procesos civiles de ejecución se justifica en la coordinación de los títulos ejecutivos y en la posibilidad de satisfacer a todos los ejecutantes. GONZÁLEZ PILLADO, «Pluralidad de acreedores y acumulación de ejecuciones», en *Ejecución Civil. Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, 2004, subraya el caos de la actividad ejecutiva y su difícil solución, las carreras de ejecutores y la incoherencia de favorecer al primer ejecutor (*prior tempore*), considera que el novedoso artículo 555 LEC viene a resolver en parte la problemática derivada de la pluralidad de ejecuciones, lo que justifica en la economía procesal de gastos y trámites, y en evitar actividades ejecutivas contradictorias, y sobre todo en prestar racionalidad al orden de preferencia de los acreedores en la eje-

resoluciones de la Dirección General de los Registros para constatar que la concurrencia de procesos singulares de ejecución sobre el mismo bien es una realidad frecuente y cotidiana, y puede haber varias ejecuciones y embargos a la vez sobre un mismo bien en varios juzgados u órganos administrativos distintos (46).

La prioridad y rango de la anotación preventiva, que publica los embargos en el registro, resuelve la concurrencia de diversos embargos y ejecuciones singulares sobre el mismo bien. A mi parecer, el rango de la AP de embargo se deriva ordinariamente de su prioridad procesal, artículo 613 LEC, pero también en ocasiones de la preferencia o del derecho reservado que el registro publica fehacientemente. Resolver la problemática que plantea la validez, prioridad y rango del embargo merece sin duda un trabajo más extenso y específico, y no es el tema del presente comentario; aquí sólo quiero subrayar que, a mi entender, el principio «ontológico» de resolución de la concurrencia de embargos y ejecuciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 639, 642, 657, 666, 674, etc.) es el régimen de subsistencia de cargas anteriores y preferentes tras el remate; que, a mi juicio, debe partir de considerar al rematante subrogado en la posición del titular registral (no adquirente de éste y nunca *a non domino*), pues esto es lo que significa la causalidad procesal y registral del remate: respetar las cargas anteriores y preferentes (47).

cución; y concluye que la acumulación de ejecuciones supone «la creación de una especie de concurso de acreedores en la ejecución singular» (pág. 215). RODRÍGUEZ SERRANO, «Alcance del embargo anotado. Especial referencia al apremio administrativo», en *Actualidad Civil*, 1 de enero de 2009, pág. 8, admite la posible existencia de embargos sucesivos y propugna superar un sistema procesalista en el que los acreedores se ven obligados a personarse en la primera ejecución, a la vez que propugna un sistema registral de yuxtaposición de ejecuciones, y que ningún acreedor pueda aspirar a alterar en su favor el orden de la prioridad registral. MONTERO AROCA se refiere a la posibilidad de acumular la ejecución hipotecaria y ordinaria sobre el mismo bien para que el acreedor pueda gozar en toda su extensión de la pretensión personal (*Tratado de Ejecuciones Hipotecarias*, Valencia, 2009, pág. 314).

(46) Además de la jurisprudencia sobre concurrencia de embargos y ejecuciones, citada en mi libro y referida principalmente al anterior régimen procesal, puede citarse mucha jurisprudencia reciente referida a la LEC 1/2000: en la SSTs de 4 de octubre de 2006 y 18 de junio de 2008 el conflicto de dos adjudicaciones judiciales, en la STS de 23 de mayo de 2008, el conflicto resulta de una defectuosa identificación de la calle donde radica el inmueble, y en la Resolución de la DGRN, de 7 de mayo de 1999, la yuxtaposición de dos embargos. La sentencia del tribunal de conflicto de jurisdicciones, de 5 de marzo de 2007, ante el embargo de la administración tributaria anotado el 27 de agosto de 2004 contra una hipoteca constituida en 2002 decide la suspensión de la ejecución hipotecaria posterior que se inicia en mayo de 2006.

(47) La doctrina de la DGRN favorece la cancelación pura y dura tras el remate de los asientos posteriores a la anotación preventiva de embargo, que lo ha causado; es, a mi juicio, un planteamiento superficial, la otra cara del artículo 34 LH mal entendido, consecuencia de la publicidad absoluta como prioridad, que según dicen tiene un apoyo legal firme en el artículo 131 LH y 674 LEC. PAU PEDRÓN (*Manual de Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 2000) habla de la disociación de dos planos del registral, basado en la

El artículo 698.1 LEC establece que cualquier reclamación de cualquier interesado no suspende el juicio ejecutivo, aunque pueda pedirse el asegura-

prioridad, y el sustantivo; según este autor las preferencias sólo se pueden ejercitar por tercera; y es coherente con una extendida doctrina que afirma que la cancelación automática de todas las cargas posteriores a la AP que ha fundado el remate. En el mismo sentido se manifiesta Díez Soto, *Concurrencia y prelación de créditos; teoría general*, en particular págs. 175 y 293 y sigs., para quien la adjudicación debe producir la cancelación de asientos posteriores sin excepción alguna, incluso de créditos preferentes. La doctrina de la Dirección General es reflejo de esta doctrina hipotecaria. Así en Resolución de 21 de noviembre de 1991 y 15 de diciembre de 1994, se afirma que el acreedor preferente tiene que intervenir por medio de una tercera, y no iniciar un segundo proceso ejecutivo, y por eso la anotación posterior debe cancelarse; las Resoluciones de 22 de noviembre de 1988, 15 de diciembre de 1994 y 30 de septiembre de 2005 afirman que apreciar de oficio la preferencia de un crédito contradice el principio de rogación; la Resolución de 3 de abril de 1998 niega que el superprivilegio del crédito salarial pueda cancelar una hipoteca anterior; la Resolución de 7 de mayo de 1999 afirma que «la colisión de embargos no implica la concurrencia de los créditos» habla del embargo como «una vinculación *erga omnes* al proceso en que se decreta» y que el juez que aprueba la primera traba debe resolver sin ninguna interferencia la ejecución del bien trabado; la Resolución de 28 de junio de 2005 ordena cancelar una AP posterior por un crédito salarial privilegiado. Según la Resolución de 28 de noviembre de 2008, practicada una AP de prohibición de disponer en expediente de disciplina urbanística no pueden inscribirse las transmisiones de participaciones indivisas de dicha finca aunque sean de fecha fehaciente anterior a la AP; la Resolución de 10 de octubre de 2008 declara la preferencia de una AP de embargo por débitos a Hacienda sobre una reserva de dominio inscrita con posterioridad (aunque era fehacientemente anterior). Antes de la reforma de 1992, la DG era mucho más prudente, y pueden encontrarse muchas resoluciones que no eran tan radicales (así se deniega la cancelación de créditos salariales posteriores anotados por ser preferentes: Resolución de 22 de noviembre de 1988, no se puede cancelar una anotación de quiebra posterior por ser preferente la Resolución de 8 noviembre de 1990). Pero a mi entender esta absolutividad de la prioridad sólo es aplicada por la DG cuando le apetece, porque en otras ocasiones la preferencia de los derechos litigiosos no se resuelve en la prioridad, sino que la DG valora el rango de los derechos inscritos u anotados; por ejemplo, es de mejor rango la anotación de prórroga de una anotación anterior aunque haya otra anotación intermedia pero anterior a la misma anotación de prórroga (Resolución de 24 de abril de 2006), y lo mismo las anotaciones de ampliación de embargo (Resoluciones de 26 de septiembre de 2003 y 26 de abril de 2005); el argumento supremo en ambos casos es que «no puede discutirse la validez de las anotaciones de prórroga y ampliación que están bajo el amparo de los tribunales» (yo creo que más están bajo el amparo de los tribunales las anotaciones de rango superior aunque sean posteriores); tampoco aplica la prioridad la Resolución de 5 de abril de 2006, afirma que no procede la cancelación de asientos posteriores a una anotación de demanda de propiedad si los títulos son de fecha anterior a dicha anotación, aunque consten registralmente después, en base al artículo 198 RH; tampoco en caso de ejercicio de una condición resolutoria por el vendedor tiene lugar la cancelación de asientos posteriores a la inscripción de compraventa cuyos titulares no han sido parte en el procedimiento (Resolución de 15 de noviembre de 2005). A mi parecer, la doctrina de la DG es muy discutible que sea sostenible, formulada la prioridad de un modo tan tajante y radical; y sin negar la importancia de la prioridad de la anotación de embargo (art. 613 LEC), la cancelación no puede ser automática para créditos anotados posteriormente que conste registralmente que sean preferentes (por ejemplo, salariales) o para derechos sobre la cosa embargada que han salvado su preferencia por el registro, aunque la anotación o constancia registral sea posterior (como sucede con un ejercicio de retracto, o demanda

miento de la ejecutividad de la sentencia (y la AP ha de ser el aseguramiento más típico). Esto significa que la AP (por ejemplo) de demanda de propiedad posterior al embargo, como acto de aseguramiento, no se debe cancelar aunque sea posterior a la AP de embargo que fundamenta un juicio ejecutivo (48), y entiendo que este régimen se debe aplicar con carácter general a todas las anotaciones de créditos que constatan fehacientemente un mejor rango y aseguran el mismo, aunque sean posteriores a la que sustenta el remate, y las anotaciones posteriores de embargo pueden también reservar una preferencia crediticia ante una ejecución comenzada (49).

de propiedad, ampliación de embargo o cumplimiento de condición, determinación de la realidad física de la finca, etc.); y desde luego el juez puede valorar el rango de anotaciones posteriores como preferentes de modo sumario, pues tiene la plena disponibilidad del folio registral en el juicio ejecutivo, como he defendido detalladamente en un trabajo anterior. A mi juicio, el mandamiento de cancelación valora (sumariamente) el rango de las anotaciones e inscripciones anteriores y posteriores a la que es objeto de cancelación, pues si la cancelación fuera automática, sobraba la valoración del juez, y la podría hacer el propio registrador, y la valoración judicial de la prioridad y rango es necesaria en un régimen de concurrencia de ejecuciones sobre el mismo bien.

(48) La STS de 22 de septiembre de 2008 resuelve que la anotación de demanda produce sus efectos aunque exista una anotación de embargo anterior que no genera preferencia alguna para el anotante frente al resultado de un proceso en el que se debate la propiedad del inmueble.

(49) A mi juicio, la posible concurrencia de embargos y ejecuciones significa que se debe considerar la ejecución singular como ficción de un concurso ideal y simplificado de los créditos y gravámenes del embargado, o al menos de los que constan en el folio registral correspondiente (los que no constan serán desconocidos: inoponibilidad). Y así el registro permite resolver el terrible dilema de la preferencia (de los créditos, embargos y remates), cuando se acumulan ejecuciones o cuando éstas concurren independientemente sin acumularse; y en general el registro presta una utilidad inestimable para una liquidación ordenada del patrimonio del deudor que no está en situación de concurso. ¿Y qué sentido tienen las tercerías si las cargas pueden subsistir después del remate? Entiendo que (como esencia misma de una concurrencia y acumulación prevista y regulada por la ley) la tercería no es preceptiva si la preferencia se define registralmente, aunque sea en virtud de anotación o asiento posterior al que es objeto de ejecución; y la tercería ha de ser considerada un supuesto singular de acumulación de ejecuciones, pues eso sólo explica el sentido del ejercicio de una tercería frente a un proceso de ejecución singular con varias ejecuciones acumuladas (¿cómo ordenar si no procesalmente una tercería contra una pluralidad de ejecuciones acumuladas?). A mí me parece que por la posible concurrencia de procesos ejecutivos la tercería de mejor derecho no queda sin sentido, desde el momento en que el tercerista de un crédito preferente puede continuar él solo la ejecución comenzada en su propio provecho. La tercería, por otra parte, tiene su sentido para defender situaciones fácticas extrarregistrales que pueden quedar canceladas o extinguidas por la inoponibilidad de títulos. El juicio ejecutivo termina con el mandamiento de cancelación, según DÍAZ FRAILE (*La ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, Madrid, 2000), la cancelación se debe notificar a todos aquellos interesados cuyos derechos sean cancelados, debiendo constar la notificación de la cancelación en el propio asiento; y a mí me parece que como al tercero disconforme (cuya anotación se va a cancelar) le queda siempre la posibilidad de recurrir el mandamiento de cancelación, y por ello es inevitable que el registro pueda, de hecho, transformar toda ejecución en un concurso simplificado entre titulares registrales de anotaciones y cargas, y no se debe imponer una litigiosidad forzada

En conclusión, el remate no puede ser una adquisición *a non domino* por su dependencia procesal de la prioridad y rango de la AP de embargo que lo antecede y justifica; y el remate (por la oponibilidad del derecho de propiedad, del orden procesal del crédito y de las preferencias publicadas) solo se puede explicar como una subrogación del rematante en el lugar del deudor embargado.

RESUMEN

EJECUCIÓN HIPOTECARIA REMATE

La idea fundamental que he intentado justificar en este trabajo es que el rematante debe recibir la propiedad que tenía el embargado y la misma propiedad del embargado. 1. El registro no garantiza al rematante la identidad material del bien rematado, que no es como lo describe el registro o como se describe en el mandamiento de embargo o en el anuncio de subasta, sino que el bien rematado es como es en la realidad, que el rematante debe investigar. 2. La inscripción del remate no garantiza tampoco frente a las cargas manifiestas que pesan sobre la cosa adjudicada, ni garantiza la posesión pública y pacífica de la cosa subastada, ni garantiza frente a las limitaciones legales del dominio: retracts legales, normativa urbanística, dominio público, etc.; y el rematante tiene que investigarlo extrarregistralmente. 3. La publicidad registral no debe extenderse al remate. Además de razones formales para negar la publicidad en el remate: su falta de control de la identidad y realidad física de la finca y la falta de control efectivo de la realidad de las transmisiones que publica, el registro no puede garantizar a non domino (ex art. 34 LH) el derecho de propiedad

ABSTRACT

FORECLOSURE AUCTION

The fundamental idea I have tried to uphold in this paper is that the winning bidder in a foreclosure auction must receive the selfsame identical ownership that the debtor held before him. 1. The registration system does not give the winning bidder any guarantee of the physical identity of the auctioned property, which is not as described in the registry or as described in the foreclosure order or auction announcement, but rather the registration system guarantees that the auctioned property is how it is in reality, and this the winning bidder must investigate. 2. Nor does registration of the adjudication to the winning bidder give any guarantee against publicly declared burdens on the adjudicated thing, nor does it guarantee public, peaceful possession of the auctioned thing, nor does it give any guarantee against legal restrictions on ownership (e.g., legal redemption, city planning legislation, public domain); this the winning bidder must investigate outside the registration system. 3. Registration publicity should not be extended to the winning bid. In addition to there being reasons of form for refusing publicity, the registrar has conducted no check of the identity and physical reality of the pro-

al propietario o acreedor preferente exigiéndole participar en (interminables) tercerías de dominio o mejor derecho impuestas por la amenaza de un remate salvífico y purificador *a non domino*.

sobre la cosa subastada o rematada por dos razones sustanciales: primero porque la propiedad es protegida constitucionalmente, y es un derecho manifiesto, anterior y superior al registro; y entiendo que no tiene ningún sentido que en el remate el propietario tenga menos protección que el poseedor o que el titular de una servidumbre o limitación legal del dominio; y la segunda razón sustancial para negar la publicidad en el remate es que no cumple las condiciones del artículo 34 LH, porque el remate no es una venta, sino que es un acto de naturaleza aleatoria, y no proviene del titular registral sino del juez. 4. A partir de la reforma de 1992, y en la LEC 1/2000, se han reforzado las garantías del juicio ejecutivo reconociendo una particular eficacia (ius prioritatis, ius perseguendi) a la anotación preventiva de embargo, que antecede el remate y lo justifica causalmente. En su virtud, el rematante puede desconocer las ventas, los créditos o preferencias que no estén inscritos o anotados con anterioridad a la anotación de embargo (inoponibilidad de títulos no inscritos); pero deben ser oponibles al rematante los derechos manifiestos (la propiedad entre ellos), y en particular los actos de enajenación de la cosa por el titular registral anteriores al embargo que sean públicos, socialmente consolidados y no presenten sospecha de fraude. Así la clásica distinción jurisprudencial entre venta de cosa ajena y doble venta es sabia y profunda, y responde a la distinción entre inoponibilidad y publicidad registral. 5. El registro está llamado a hacer efectiva la prioridad procesal de la ejecución, el rango y prioridad de la anotación, y puede reservar la preferencia del crédito ejecutado. A mi juicio, la causalidad del remate (en su fundamento procesal, registral y material) es incompatible con la adquisición a non domino del rematante. Y en particular la posible concurrencia de em-

perty, and there has been no effective check of the reality of the transfer. Moreover, the registrar cannot furnish an a non domino guarantee (under the Mortgage Act, §34) of the right of ownership in the auctioned thing for two substantial reasons: first, because ownership is protected by the Constitution and is a manifest right prior and superior to registration, and it is my understanding that it makes no sense for the owner to have less protection in the auction than the possessor or the holder of an easement or a legal restriction on ownership; and the second substantial reason for refusing publicity of the winning bid is that the conditions of the Mortgage Act, §34, are not met, because the auction is not a sale, but an act of random nature, and it is not set in motion by the registered owner of title, but by the judicial authorities. 4. As of the 1992 reform, and in Act 1/2000 on civil procedure, guarantees of foreclosure rulings are reinforced through recognition of the particular efficacy (ius prioritatis, ius perseguendi) of the caveat of attachment that precedes the auction and forms the causal justification of the auction. By virtue thereof, the winning bidder may remain unaware of any sales, credits and preferred rights that are not registered or caveatted before the caveat of attachment (unopposability of unregistered titles); but manifest rights (including ownership) must be opposable against the winning bidder, particularly acts to dispose of the thing that are performed by the registered owner of title before the attachment and are public, socially consolidated and under no suspicion of fraud. Thus, the classic distinction in case law between the sale of another's property and double sale is wise and profound, and it reflects the distinction between unopposability and registration publicity. 5. The registration system is called upon to enforce the procedural priority of foreclosure and the rank and priority of ca-

bargos o acumulación de ejecuciones sobre el mismo bien predica (por la causalidad del remate) que el rematante no adquiere del titular registral, sino que se subroga en su lugar.

veats, and the registration system can reserve preference for the debt at issue in the foreclosure. In my opinion, the causality of the auction (in its procedural, registration-related and physical fundament) is incompatible with the winning bidder's purchase a non domino. And particularly because of the possible concurrence of attachments or accumulation of foreclosures pertaining to the same property (due to the causality of the auction), the winning bidder should not be seen as acquiring ownership from the registered owner of title, but rather as stepping into the place of the registered owner of title through subrogation.

(Trabajo recibido el 1-9-2009 y aceptado para su publicación el 26-7-2010)