

Embargo de inmuebles, transmisión del dominio y publicidad registral: supuestos y consecuencias (*)

por

ANA LÓPEZ FRÍAS

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO.
2. TRANSMISIÓN ANTERIOR AL EMBARGO.
 - 2.1. ADQUISICIÓN NO INSCRITA Y EMBARGO ANOTADO.
 - 2.1.1. *El supuesto de hecho básico y sus consecuencias.*
 - 2.1.2. *Venta del inmueble embargado en subasta e inscripción de la adjudicación.*
 - 2.2. INSCRIPCIÓN DE LA TRANSMISIÓN ANTERIOR A LA TRABA TRAS LA ANOTACIÓN DEL EMBARGO.
 - 2.2.1. *El supuesto de hecho básico y sus consecuencias.*
 - 2.2.2. *Inscripción del derecho del primer adquirente tras la aprobación del remate.*
 - a) *¿Cuándo adquiere el dominio el rematante de una subasta celebrada en el seno del procedimiento de ejecución?*
 - b) *¿Hasta qué momento ha de mantener la buena fe el adjudicatario para gozar de la protección del artículo 34 LH?*
- 2.3. EMBARGO NO ANOTADO O CUYA ANOTACIÓN HA CADUCADO.
3. TRANSMISIÓN POSTERIOR AL EMBARGO.
 - 3.1. EMBARGO NO ANOTADO E INSCRIPCIÓN DEL ADQUIRENTE.
 - 3.2. ADQUISICIÓN ANTERIOR A LA ANOTACIÓN DEL EMBARGO QUE SE INSCRIBE DESPUÉS DE ÉSTA.
 - 3.3. ADQUISICIÓN POSTERIOR A LA ANOTACIÓN DE EMBARGO.

(*) El presente estudio ha ganado la IX edición del premio Santiago Gutiérrez Anaya sobre propiedad inmobiliaria.

1. PLANTEAMIENTO

No parece fácil sistematizar y aclarar las distintas situaciones en que el embargo de un inmueble, acompañado o no de su reflejo registral, choca con la adquisición del dominio del mismo por un tercero. La eficacia del embargo y de su anotación en el Registro de la Propiedad sobre los adquirentes de la finca objeto de la traba es un tema complejo, en el que se entremezclan normas civiles, registrales y procesales, cuya conjunción no siempre es sencilla. Los trámites y formalidades que acompañan al embargo, su significación tanto procesal como sustantiva, el sistema de adquisición del dominio y la mecánica registral confluyen en el problema que vamos a abordar. Y aunque esa confluencia es más o menos intensa según el supuesto de hecho que se plantee, lo cierto es que en todo caso son numerosas las variables que el intérprete debe tomar en consideración cuando trata de decidir cómo se resuelve una determinada cuestión o qué interés prevalece en cada supuesto.

A la complejidad de la materia que nos ocupa se añade (y esto es más relevante), la necesidad de contar con unos criterios claros que aporten seguridad a los diferentes agentes implicados y al tráfico jurídico en general. El embargo como concreción de la responsabilidad patrimonial del deudor es una de las piezas clave para la circulación del crédito y para el funcionamiento de la economía en su conjunto. Pero también la seguridad de quien adquiere un inmueble a título oneroso es un valor fundamental dentro del sistema. Debe estar claro, por tanto, cuándo y en qué condiciones hay que proteger al acreedor embargante (o, en su caso, al adjudicatario en la posterior subasta), y cuándo y en qué condiciones merece protección quien adquiere mediante compraventa no forzosa un inmueble que antes o después de su adquisición ha sido objeto de un embargo.

El tema no es en absoluto nuevo, pero en tiempos de inestabilidad económica como el que vivimos, en el que los procesos de ejecución desbordan algunos juzgados, se multiplica su vigencia y se hace más útil clarificar las soluciones a los distintos problemas que plantea. A ello se une que en los últimos años hay nueva y significativa jurisprudencia sobre algunas de las cuestiones que ha debatido la doctrina en este ámbito, lo que supone la presencia de elementos de modernidad en este tema sin duda clásico.

El objetivo es, en definitiva, explicar desde un punto de vista eminentemente práctico y con la mayor claridad posible, los distintos supuestos que se plantean en la confrontación del embargo con el cambio de titularidad del bien embargado, centrando la atención en las cuestiones directamente relacionadas con la atribución del dominio de la finca en litigio y su reflejo registral. Se trata de analizar cómo afecta a la transmisión onerosa de la propiedad de un inmueble el procedimiento de ejecución dirigido contra ese bien por deudas ajenas al adquirente. Y ello teniendo en cuenta el momento en que el

embargo y la transmisión se producen, así como su entrada o no en el Registro de la Propiedad y la fecha de la misma. La combinación de estas variables da como resultado un conjunto de supuestos distintos que conviene separar para conocer mejor sus consecuencias jurídicas en relación con la titularidad de la finca, teniendo en cuenta en cada caso no sólo los aspectos de orden sustantivo sino también la normativa procesal y las actuaciones registrales que resulten de aplicación (1).

Para acometer semejante tarea agruparemos las hipótesis objeto de estudio en dos apartados, según que la transmisión del inmueble preceda al embargo o bien sea posterior a él. Pero antes de examinar cada una de esas situaciones es preciso tomar partido sobre la tesis que se va a seguir en torno a la naturaleza del embargo. No se trata de analizar esta cuestión que tanta literatura jurídica ha generado. Simplemente queremos poner de relieve que existe actualmente una línea jurisprudencial consolidada, aceptada por un sector importante de la doctrina, que defiende la trascendencia jurídico-real del embargo, que le da el carácter de carga o gravamen de naturaleza real, oponible a terceros, sin perjuicio del juego de la fe pública registral (2). Esa es la tesis que nos parece más acertada a la vista de las normas de la LEC, que se refieren a la eficacia del embargo y a la tercería de dominio, como ya han explicado diversos autores (3). Así que partiremos de tal idea básica

(1) No se pretende, sin embargo, abarcar con carácter exhaustivo todas las situaciones posibles, sino dar cuenta de un número significativo de ellas, seleccionándolas en base a su frecuencia, su dificultad y la atención que han merecido en la jurisprudencia reciente.

(2) El embargo «origina un derecho de análogas características al real, ya que recae inmediatamente sobre una cosa y se puede hacer valer frente a todos». Lo dice la STS de 30 de noviembre de 2004, y lo repiten, recogiendo literalmente la doctrina de esta sentencia, las del mismo Tribunal de 14 de junio, 21 de junio y 3 de diciembre de 2007. En sentido análogo, aunque no empleen los mismos términos, se pronuncian otras sentencias del Supremo, como las de 18 de febrero de 2002 y 15 de junio de 2007, y también las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de septiembre de 2000, 28 de marzo de 2001 y 2 de diciembre de 2004.

(3) Vid., por todos, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, 2005, pág. 198 y sigs.; y OLIVA BLÁZQUEZ, F., «La eficacia jurídico-real del embargo no anotado. Comentario a la STS de 30 de noviembre de 2004», en *R.D.Patr.*, núm. 15, 2005, pág. 387 y sigs. Por decirlo sintéticamente: el embargo existe desde que la autoridad judicial lo decreta y no desde su anotación en el Registro (art. 587.1 LEC), y ello es sin perjuicio de las normas de protección del tercero de buena fe (art. 587.2), lo que se interpreta en el sentido de que el embargo sólo no es oponible al tercero del artículo 34, es decir, afecta a terceros con esa única excepción. De igual modo, si el legitimado para interponer la tercería de dominio es quien demuestre que adquirió el bien antes del embargo (art. 595.1 LEC), la consecuencia lógica es que quien adquiere después del embargo no puede liberarlo de la traba: adquiere el inmueble con la carga y ha de asumir sus consecuencias. Ello salvo, nuevamente, que sea de aplicación la fe pública registral.

Lo anterior no se contradice con el hecho de que el embargo sea un acto de origen procesal. Como indica ESPEJO (*op. cit.*, pág. 202), «es preciso distinguir entre el acto constitutivo del embargo, que es obviamente procesal, y el gravamen real que dicho acto pro-

(trascendencia real del embargo) en el análisis de los supuestos que a continuación se van a exponer.

2. TRANSMISIÓN ANTERIOR AL EMBARGO

2.1. ADQUISICIÓN NO INSCRITA Y EMBARGO ANOTADO

2.1.1. *El supuesto de hecho básico y sus consecuencias*

La primera hipótesis que vamos a examinar tiene lugar cuando el titular registral de un inmueble lo transmite a otro sujeto, que no inscribe su adquisición, y después el inmueble es embargado por un acreedor del transmitente, anotándose en el Registro de la Propiedad dicho embargo.

El supuesto de hecho es sencillo en principio (luego veremos que se puede complicar), pues se trata de que se ha embargado un bien que ya no pertenecía al deudor en el momento de realizarse la traba. Y por ello es evidente que el dueño puede levantar ese embargo y liberar el inmueble ejercitando una tercería de dominio. Esta es la solución que la jurisprudencia anterior a la vigencia de la LEC de 2000 ha aplicado en infinidad de ocasiones y que el artículo 595.1 de dicho cuerpo legal consagra actualmente con carácter expreso, al decir que «podrá interponer tercería de dominio, en forma de demanda, quien, sin ser parte en la ejecución, afirme ser dueño de un bien embargado como perteneciente al ejecutado y que no ha adquirido de éste una vez trabado el embargo».

Así pues, si efectivamente se interpone la tercería, prevalece la adquisición no inscrita frente al derecho de crédito del anotante (4). Pero conviene

duce en la cosa. Hecha esta distinción, ninguna dificultad existe en admitir que un acto con eficacia relativa, en este caso el acto procesal del embargo, produce en la cosa embargada un efecto de eficacia absoluta (como sucede, por otra parte, en los casos de constitución voluntaria de los derechos reales)». Es decir: el usufructo o las servidumbres pueden constituirse mediante un contrato (seguido de la tradición), y la eficacia *inter partes* de ese contrato no obsta a la eficacia frente a terceros del derecho real constituido; de la misma manera, aunque el embargo surge en el marco de un determinado proceso, en el que intervienen unas determinadas partes, no hay inconveniente en entender que esa medida procesal afecta o vincula al inmueble incluso si cambia su titular. Precisamente la referencia a la constitución voluntaria de gravámenes, además de lo previsto en los artículos de la LEC antes indicados, sirve a CACHÓN CADENAS como argumento a favor de la eficacia real del embargo: «parece lógico que sea eficaz frente a terceros un acto dispositivo (el embargo) realizado por un órgano público, máxime cuando se admite, sin problemas, la eficacia *erga omnes* de los derechos constituidos sobre los bienes en virtud de actos dispositivos otorgados por particulares» («Comentario al artículo 613 de la LEC», en AA.VV. —Director: LORCA NAVARRETE—: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Lex Nova, 2000, tomo III, pág. 3101).

(4) Ello supone entender que el acreedor embargante no está protegido por la fe pública registral, como se han encargado de aclarar numerosas sentencias del Tribunal

recordar que nos estamos refiriendo a los casos en los que el tercerista ha adquirido mediante escritura pública y, en general, a los supuestos en que concurren a favor del demandante en la tercería los dos elementos del mecanismo transmisivo (título y modo) con anterioridad a la fecha del embargo; la tercería prospera si la adquisición es completa en el momento de la traba. Es diferente la hipótesis en la que el deudor ha vendido el inmueble en documento privado y, cuando aún no lo ha entregado, se decreta el embargo por deudas del vendedor. Aquí la jurisprudencia abrumadoramente mayoritaria deniega la procedencia de la tercería por la razón de no ser dueño el tercerista cuando el embargo tiene lugar (5): como es sabido, el contrato de compraventa por sí solo no hace propietario al comprador, conforme al sistema de transmisión de los derechos reales que resulta en nuestro Ordenamiento de los artículos 609 y 1.095 del Código Civil (6).

Pero, volviendo al supuesto de hecho, que es el objeto inicial de este epígrafe (adquisición no inscrita anterior al embargo anotado), el éxito de la tercería de dominio plantea la cuestión de sus consecuencias registrales. Porque es obvio que el auto dictado por el Juez ordenará la cancelación de la anotación del embargo indebidamente trabado, pero, ¿puede ordenar también que se inscriba el dominio del inmueble a nombre del tercerista?

Para responder a esta cuestión debemos recordar el limitado alcance de la tercería de dominio, cuyo único objeto es decidir sobre la pertinencia o no del embargo. Esto ya lo venía diciendo reiteradamente el Tribunal Supremo bajo

Supremo y también la doctrina mayoritaria. Vid. RIVAS TORRALBA, R., *Anotaciones de embargo*, Centro de Estudios Registrales, 2008, pág. 164 y sigs. Cosa distinta es la posibilidad que tiene el acreedor de ejercitar la acción pauliana (arts. 1.111 y 1291.3 CC) con la finalidad de rescindir la transmisión efectuada por el deudor. Pero ello exigirá que pruebe la concurrencia en el caso concreto de los requisitos de esta acción (en particular, la existencia de fraude, que en las adquisiciones onerosas anteriores al embargo no es fácil de acreditar, y la imposibilidad de cobrar de otro modo lo que se le debe). E incluso cabe pensar en la tutela penal del acreedor a través del delito de alzamiento de bienes (art. 257 del Código Penal), cuando se den los elementos del tipo en cuestión. Se refiere a estas posibilidades, NADAL GÓMEZ, I., *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, Centro de Estudios Registrales, 2001, pág. 107 y sigs.

(5) Entre otras, SSTs de 26 de noviembre de 1991, 9 de marzo de 1994, 18 de febrero de 1995, 27 de junio de 1996, 18 de septiembre de 1996, 30 de mayo de 1997, 25 de noviembre de 1997, 12 de noviembre de 2003 (Sala 2.ª), 18 de julio de 2005 y 12 de febrero de 2008.

(6) Sin embargo, SANCINENA ASURMENDI, C. («La compraventa inmobiliaria en documento privado. Efectos frente a terceros», en AA.VV., *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, ed. La Ley, 2006, La Ley Digital, ref. 13418/2009) considera que en base al artículo 595.2 de la LEC vigente, el comprador en documento privado está legitimado para ejercitar la tercería de dominio. Dicho precepto dispone: «Podrán también interponer tercerías para el alzamiento del embargo quienes sean titulares de derechos que, por disposición legal expresa, puedan oponerse al embargo o a la realización forzosa de uno o varios bienes embargados como pertenecientes al ejecutado».

la vigencia de la LEC de 1881, y hoy lo recoge con claridad el artículo 603 de la LEC vigente, al afirmar que el pronunciamiento que haga la resolución judicial sobre la pertenencia del inmueble objeto del litigio será «a los únicos efectos de la ejecución en curso, sin que produzca efectos de cosa juzgada en relación con la titularidad del bien» (7).

Está pues muy restringida la eficacia de la declaración dominical que necesariamente contenga el auto que estime la tercería (8). Por ello parece lógico entender que no le corresponde a dicha resolución decidir sobre la inscripción del dominio de la finca. Es el tercerista triunfante quien debe tomar la iniciativa si quiere inscribir, siendo varias las posibilidades de actuación para conseguir ese objetivo, según el caso:

- Podrá presentar en el Registro su título de adquisición si consta en documento público.
- Si no se otorgó en su momento la escritura pública de compraventa, y el deudor no se aviene a suscribirla, el tercerista deberá solicitar judicialmente la elevación a público del documento privado de venta. Y además sería conveniente que solicitase la anotación preventiva de la demanda, para evitar la posible aparición de terceros protegidos por la fe pública registral mientras recae sentencia.
- En todo caso, el propietario tiene la posibilidad de ejercitar la acción declarativa del dominio o la reivindicatoria, dependiendo de que tenga o no la posesión del inmueble, y la sentencia que se dicte en el correspondiente procedimiento sí podrá pronunciarse sobre la inscripción del derecho del demandante. En este supuesto, como en el anterior, la anotación de la demanda sería sin duda igualmente oportuna.

Sin embargo, de hecho ha ocurrido en ocasiones que el Juez que resuelve la tercería ha ordenado que se practique la inscripción a favor del demandante, por lo que la pregunta surge enseguida: dándose tal circunstancia, ¿puede denegar la inscripción el Registrador o está obligado a respetar lo previsto en el documento judicial?

(7) Como afirma FERRER GIL, J. E. («La tercería de dominio», en *Práctica de los Tribunales*, núm. 34, 2007, La Ley Digital, ref. 4360/2006), «en la tercería de dominio no se decide a quién le corresponde la verdad dominical, a diferencia de lo que ocurre en la acción reivindicatoria; lo que no obsta a que la resolución judicial contenga un pronunciamiento sobre la titularidad del bien embargado «como soporte causal para decidir el alzamiento».

(8) Actualmente pone fin a la tercería de dominio un auto, que no es recurrible en casación, mientras que bajo la LEC de 1881 era una sentencia que sí podía llegar hasta el Supremo. Sobre este punto, vid. MONDEJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas*, Centro de Estudios Registrales, 2006, pág. 378; y MARTÍN PÉREZ, J. A., «Comentario al artículo 348 del Código Civil», en AA.VV. (Director PASQUAU LIAÑO): *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, 2.^a ed., Comares, 2009, tomo I, pág. 879.

Varias Resoluciones de la DGRN han tenido por objeto esta cuestión (así, la de 1 de marzo de 2001, 21 de febrero de 2005 y 5 de mayo de 2006). En todas ellas la Dirección General afirma que el respeto a la función jurisdiccional que compete en exclusiva a Jueces y Tribunales impide al Registrador desconocer la eficacia de la declaración judicial relativa al dominio del inmueble objeto de litigio y a su inscripción. Y ello aun reconociendo el Centro Directivo la existencia de reiterada jurisprudencia sobre el limitado alcance de la tercería de dominio (Resolución de 21 de febrero de 2005) e incluso que la actual LEC se pronuncia claramente en ese mismo sentido (Resolución de 5 de mayo de 2006, la cual añade que denegar la inscripción acordada por el Juez «sería entrar en el fondo de la resolución judicial con extralimitación» de las funciones del Registrador).

La cuestión subyacente en estos casos es el ámbito de la calificación registral en los documentos judiciales. El artículo 100 RH establece que dicha calificación se extiende, entre otros extremos, «a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado» (9). ¿Y es congruente el mandato de inscribir la titularidad del inmueble con lo que supone la tercería de dominio? Los Registradores que calificaron los distintos documentos judiciales sobre los que después se pronunció la Dirección General entendieron que faltaba la congruencia a la que alude el artículo 100 RH. Y a la vista de lo que se ha expuesto anteriormente sobre el ámbito de la tercería de dominio y la eficacia del auto mediante el que actualmente se resuelve, no parece que esa opinión sea injustificada (10). Pero es que, además, debe tenerse en cuenta que la pretendida inscripción del dominio a favor del tercerista puede suponer indefensión del titular registral en aquellos casos en que no haya sido parte en el procedimiento de ejecución ni en la tercería. La modificación de los asientos, que están bajo la salvaguardia de los tribunales, requiere el consentimiento del titular registral o bien una resolución judicial recaída en un procedimiento seguido contra él (arts. 1.3 en relación con el 82 LH). Precisamente esta «proscripción de la indefensión del titular inscrito» ha motivado que la RDGRN de 21 de febrero de 2005, antes citada, haya sido anulada por la sentencia (firme) del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Logroño de 20 de febrero de 2006.

(9) La RDGRN de 7 de septiembre de 2009 aclara que «la calificación de la congruencia del mandato judicial con el procedimiento seguido entra en el ámbito de la calificación registral..., y el único alcance que tiene es considerar que no se ha seguido el procedimiento adecuado y con las garantías suficientes en relación al titular registral para permitir su acceso al Registro de la Propiedad, sin que ello signifique en absoluto entrar en la validez, corrección o justicia de la decisión judicial».

(10) En sentido análogo se pronuncia DÍAZ FRAILE, J. M., «Las tercerías de dominio en relación con el Registro de la Propiedad», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 57, mayo de 2005 (La Ley Digital 2733/2007), quien critica la RDGRN de 1 de marzo de 2001.

2.1.2. *Venta del inmueble embargado en subasta e inscripción de la adjudicación*

I. Veamos ahora una variante del caso anterior que se ha presentado con frecuencia en la práctica judicial. Se trata de que el sujeto que adquirió antes de ordenarse el embargo no ejercita la tercería de dominio, de manera que el procedimiento de apremio sigue adelante, la finca sale a subasta y tras los trámites pertinentes, es adjudicada a un tercero o al propio ejecutante. Una vez presentado en el Registro el testimonio del correspondiente auto (ahora, decreto) (11) de adjudicación, se inscribe a nombre del adquirente el dominio del inmueble (12).

¿Queda el adjudicatario protegido en su adquisición o por el contrario está a merced de la acción dominical que le dirija quien compró antes pero no inscribió?

Ante la existencia de jurisprudencia contradictoria sobre esta materia, incluso dentro del propio Alto Tribunal, la ya famosa STS (Pleno de la Sala Civil) de 5 de marzo 2007 fija y consolida con buen criterio la doctrina que debe aplicarse cuando surge el conflicto planteado: el adjudicatario, si es de buena fe, va a ser mantenido en su adquisición en base al artículo 34 LH, pues «este precepto ampara las adquisiciones *a non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca». Y es que el rematante en la subasta adquiere efectivamente de quien no es dueño (el deudor embargado), pero esa falta de titularidad del transmitente la subsana la fe pública registral. En consecuencia, prevalece la posición del adjudicatario que confió en lo que el Registro publicaba por encima de quien, habiendo adquirido del dueño, no inscribió su adquisición.

Esta doctrina, que se acoge y reitera en sentencias posteriores (13), supone asumir definitivamente que la venta en subasta es válida aunque el bien enajenado no pertenezca al deudor, lo que significa que no puede aplicársele por ese motivo el artículo 33 LH (14).

(11) A partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, le corresponde al Secretario judicial, mediante decreto, aprobar el remate o la adjudicación.

(12) Este adquirente puede ser tanto el rematante o mejor postor como el acreedor ejecutante si no hay licitadores y solicita la adjudicación. Para evitar reiteraciones, lo que se diga a lo largo del presente trabajo, en relación con uno de ellos, es también aplicable respecto del otro, a no ser que se realice la especificación pertinente.

(13) Entre otras, SSTs de 16 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007 (también del Pleno de la Sala Civil), 5 de mayo de 2008, 14 de mayo de 2008, 20 de noviembre de 2008, 3 de noviembre de 2008 y 6 de marzo de 2009.

(14) La cuestión de cuándo es verdaderamente nula una venta en subasta, impidiendo que el rematante se ampare en el artículo 34 LH, la desarrolla VELA SÁNCHEZ, A. J., «La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios», en ADC,

Tan importante y acertada solución deriva del entendimiento correcto sobre el funcionamiento de la fe pública registral en nuestro Ordenamiento, que lleva consigo una adecuada coordinación de los artículos 33 y 34 LH. La idea básica es ésta: la protección que la fe pública registral brinda al tercero que confía en el Registro implica que ese tercero ha comprado a través de un contrato al que no le falta ningún elemento esencial (por tanto, válido) y al que ha seguido la tradición o entrega, pero tal conjunción de título y modo no ha podido provocar la transmisión dominical porque el vendedor ha resultado no ser dueño de lo que vende (15). Pues bien, justamente para contrarrestar esa irregularidad que supone la falta de titularidad del transmitente, con la finalidad última de otorgar seguridad al tráfico jurídico, existe el artículo 34 LH y los demás preceptos que conforman el principio hipotecario de fe pública: el tercero de buena fe que apoya su adquisición onerosa en lo publicado por el Registro y a su vez inscribe, sabe que queda protegido, que gana una posición inatacable incluso frente al verdadero propietario que tuvo la oportunidad de inscribir y no lo hizo. Y tal protección se da tanto si el título traslativo otorgado a favor del tercero es una compraventa volunta-

2007, pág. 113 y sigs.; y «La doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria», en *Diario La Ley*, núm. 7143, 26 de marzo de 2009, ref. D-101.

Por otra parte, puede plantearse que la protección del adjudicatario deriva de los artículos 1473.2.º CC y 32 LH y no del artículo 34, o bien de una conjunción de todos ellos, aunque la solución no deja de ser la misma. Como también puede discutirse si el supuesto que nos ocupa constituye una adquisición *a non domino*, una doble venta o ambas cosas. Pero dado el carácter eminentemente práctico de este trabajo, no vamos a entrar en esos temas objeto de discusión, que nos llevarían lejos de nuestro objetivo. Para conocer los argumentos de las distintas tesis elaboradas al respecto, pueden consultarse dos estudios diferentes elaborados con motivo de la nueva doctrina jurisprudencial que resulta de la STS de 5 de marzo de 2007. El de GORDILLO CAÑAS, A. («Comentario a la citada sentencia», en *CCJC*, núm. 75, ref. 2008, pág. 1413 y sigs.), y el de CASTILLO MARTÍNEZ, M. C. («El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1.473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria», en *Diario La Ley*, núm. 7080, 19 de diciembre de 2008, ref. D-373).

(15) Dice la STS de 7 de septiembre de 2007 que el artículo 33 LH «podrá impedir la aplicación del artículo 34 si lo nulo es el acto o contrato adquisitivo de quien inscribe, por ejemplo, por falta de consentimiento, pero no si el problema consiste en que ha adquirido de quien ya había vendido y entregado anteriormente la finca a otro que no inscribió su adquisición. En definitiva, la nulidad a que se refiere el artículo 33 de la Ley Hipotecaria no tiene que ver con el poder de disposición del transmitente».

Puede hacerse aquí un paralelismo entre los presupuestos de la fe pública y los de la usucapción ordinaria de bienes inmuebles, ya que ésta también tiene como presupuesto lógico la celebración de un contrato traslativo válido desde el punto de vista obligacional (justo título) que sin embargo no ha tenido eficacia jurídico-real debido a la falta de titularidad del transmitente: ese «defecto» es el que justamente subsana la posesión continuada por parte del comprador de buena fe. Si la validez del título exigiera la pertenencia a quien transmite del objeto vendido al poseedor, la misma figura del justo título y la propia usucapción abreviada carecerían de sentido (vid. MIGUEL GONZÁLEZ, J. M., «El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», en *R.D.Patr.*, núm. 1, 1998, ref. BIB 1998/877).

ria como si es una venta forzosa en un procedimiento de apremio, ya que la ley no distingue a estos efectos y la finalidad que la fe pública persigue se cumple en uno y otro caso (16).

La argumentación anterior deriva simplemente del sistema jurídico-inmobiliario que nuestro legislador adoptó en el siglo XIX y que hoy sigue en vigor. Pero por si hubiera alguna duda, el actual artículo 594 de la LEC se pronuncia claramente en el sentido explicado, protegiendo al adjudicatario de bienes embargados indebidamente cuando «los hubiera adquirido de modo irrevindicable, conforme a la legislación sustantiva» (17).

II. Esa adquisición inatacable del adjudicatario exige que dicho sujeto reúna los requisitos del artículo 34 LH. En particular, es necesario que sea de buena fe, es decir, que no conozca la existencia de la venta que tuvo lugar con anterioridad al embargo del que deriva su derecho. Pero aquí se ha suscitado el debate: ¿puede afirmarse la buena fe del adjudicatario cuando el comprador anterior a la traba tiene la posesión del inmueble? Lo que se plantea con esta pregunta es si resulta suficiente para que haya buena fe la consulta del Registro (donde figura como titular dominical el deudor ejecutado), o bien si es precisa una diligencia adicional del adjudicatario. Se trataría en esta segunda opción de exigir al adquirente en subasta que visite la finca sometida al procedimiento de apremio, sin advertir en ella una situación de hecho distinta a lo que publica el Registro. O más genéricamente, que haya realizado averiguaciones sobre el estado posesorio del inmueble además de solicitar información registral del mismo.

Ambas tesis tienen partidarios en la doctrina, sin que pueda decirse que una u otra es actualmente la dominante (18). Y algo parecido ocurre en la

(16) Vid., *in extenso*, los numerosos trabajos que el profesor GORDILLO CAÑAS ha elaborado recientemente sobre el principio hipotecario de fe pública, y en particular, «El principio de fe pública registral (I)», en *ADC*, 2006, pág. 509 y sigs.; «Adquisición en procedimiento de embargo y protección registral», en *AC*, 2007, tomo I, pág. 597 y sigs. (La Ley Digital, ref. 1013/2007), y «El principio de fe pública registral (II)», en *ADC*, 2008, pág. 1057 y sigs.

(17) Aunque la terminología que utiliza este artículo 594 quizá no sea totalmente ajustada, como indica GORDILLO (*Comentario a la STS de 5 de marzo de 2007*, cit., pág. 1435), su significado es incuestionable. Vid., en sentido análogo, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Remate de un inmueble transmitido anteriormente a un tercero por el deudor ejecutado: ¿adquisición de la propiedad por el rematante?», en *R.D.Patr.*, núm. 15, 2005, pág. 330, y PARDO MUÑOZ, F. J., «La adquisición de la propiedad en subasta judicial: protección y límites de responsabilidad», en AA.VV. (coord.: GUILARTE ZAPATERO): *Propiedad y Derecho Civil*, Centro de Estudios Registrales, 2006, págs. 292 y 293.

(18) Ciñéndonos a los últimos años, defienden que no cabe exigir al tercero hipotecario la diligencia adicional que supone indagar sobre la situación extrarregistral de la finca, GARCÍA GARCÍA, J. M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART), t. VII, vol. 4.º, Edersa, 1999, pág. 487 y sigs.; PAU PEDRÓN, A., *La publicidad registral*, Madrid, 2001, pág. 189; JEREZ DELGADO, C., «La buena fe registral», en *Cuadernos de Derecho Registral*, 2005, pág. 22 y sigs.; 140 y sigs.; y SABORIDO SÁNCHEZ, P., «Reflexiones sobre el tercero hipotecario», en *Cuadernos de*

jurisprudencia, donde podemos encontrar sentencias que fundan la buena fe del adjudicatario en la apariencia registral (salvo que se pruebe que dicho sujeto conocía su inexactitud) (19), y otras que afirman la mala fe del rematante si no se muestra diligente en conocer la situación real de la finca cuando ésta es poseída por persona distinta del ejecutado (20).

La STS de 5 de marzo de 2007, antes comentada, cuya doctrina ha sido tan relevante para aclarar la situación de quien adquiere en venta judicial un bien no perteneciente al deudor, sin embargo no entra a resolver la cuestión concreta que ahora nos ocupa. Porque aunque se refiere a la prueba de la mala fe del adjudicatario como uno de los medios a través de los cuales puede triunfar la posición del comprador que no inscribió, no se pronuncia acerca de si el hecho de poseer ese primer adquirente la finca en litigio implica la falta de buena fe del adquirente en el procedimiento de ejecución (21).

Nuestra posición sobre este tema es favorable a la tesis que defiende la posibilidad de que opere la fe pública registral aunque exista una situación de hecho distinta a lo que resulta de los libros del Registro, siempre que no haya indicios en el mismo procedimiento de que el embargo se ha trabado indebi-

Derecho Registral, 2006, págs. 122 y 123, nota 99. Mientras que exigen esa diligencia especial al tercero del artículo 34 LH, GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)», en *ADC*, 2006, pág. 605 y sigs.; y *Comentario a la STS de 5 de marzo de 2007*, cit., págs. 1437 y 1438; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La buena fe requerida por el adquirente en remate *a debitore non domino*. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007», en *R.D.Patrim.*, núm. 19, 2008, pág. 409 y sigs.; y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 4.ª ed., tomo II, Centro de Estudios Registrales, 2001, pág. 621.

(19) SSTs de 19 de octubre de 1998, 22 de diciembre de 2000, 10 de julio de 2006, 21 de julio de 2006 y 20 de marzo de 2007.

(20) SSTs de 7 de diciembre de 2004, 30 de diciembre de 2005, 25 de mayo de 2006 y 7 de septiembre de 2007 (esta última, referida a un supuesto «normal» de doble venta, es decir, a un caso en el que ninguno de los compradores en conflicto adquiere en subasta).

(21) Como prueba de que el criterio no es aún uniforme, pueden citarse dos sentencias de Audiencias Provinciales, posteriores a la sentencia del Supremo mencionada, que mantienen posiciones contrarias. Así, la SAP de Cantabria de 10 de enero de 2008 afirma que «resulta una pauta elemental para intervenir en procedimiento de subasta conocer antes la realidad del bien de que se trata para comprobar si interesa su adquisición. Es palmario que en el caso, con haber efectuado tal comprobación, se habría constatado que la plaza de garaje estaba siendo poseída por tercero y la realidad de su situación jurídica, por lo que, o bien se tuvo conocimiento y se despreció tal circunstancia queriendo aprovecharse de la no inscripción (de la venta anterior) o no se actuó con tal mínima cautela, lo que supone, de cualquier forma, la destrucción de la presunción de la buena fe exigida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria». En cambio, la SAP de Barcelona, de 26 de mayo de 2009, manifiesta que «no resultando del procedimiento judicial de ejecución que pudiera suscitarse alguna duda acerca de la titularidad dominical de la finca embargada tampoco es razonable que se exija a quien actúa fiándose del procedimiento y de la información que resulta del mismo, que inicie una investigación acerca de la realidad extraregistral», añadiéndose que «si se actuara de este modo quedaría desvirtuada la eficacia del Registro de la Propiedad como garante de la titularidad de los derechos reales inscritos, con quiebra del sistema de garantía que se consigue por medio de la publicidad registral».

damente. Y para fundamentar esta opinión nos apoyamos en un argumento principal y en varias ideas complementarias.

El argumento principal es de fondo y se refiere a la finalidad del principio hipotecario de fe pública y, en general, del Registro de la Propiedad. El artículo 34 LH está para dar confianza, para otorgar seguridad a quien consulta en el Registro la titularidad y las circunstancias jurídicas de un inmueble. Significa que quien adquiere un derecho real a título oneroso, apoyándose en los datos registrales e ignorando que esos datos son incompletos o erróneos, una vez que inscriba su adquisición queda protegido, inmune a las reclamaciones basadas en circunstancias que directa o indirectamente hayan dado lugar a la inexactitud registral. Exigir a ese adquirente que, como regla, investigue si la situación posesoria es acorde o no con lo que publica el Registro implicaría dejar vacío de contenido el principio de fe pública (22). Y además supondría condicionar la adquisición segura del tercero a una suerte de doble publicidad del derecho de su transmitente: la publicidad registral acorde a ese derecho y la publicidad posesoria no contraria al mismo; doble condicionante que no tiene apoyo en el tenor del artículo 34 ni en el espíritu que lo sustenta (23).

Junto a lo anterior, nos parece que la diligencia adicional que algunas sentencias y parte de la doctrina exigen al tercero hipotecario es fuente de incertidumbre y, por tanto, de inseguridad jurídica. ¿Cuándo habrá que entender cumplida la diligencia «extra» necesaria para proteger al adjudicatario?; ¿cómo concretar en cada caso las averiguaciones que debe hacer este sujeto, teniendo en cuenta que el inmueble subastado puede ser una vivienda, o una plaza de aparcamiento, o una parcela, o una finca rústica, o un solar?; ¿en qué sentido afectará a las indagaciones que el comprador que no inscribió sea una persona física o una sociedad? Y si hay posesión del inmueble litigioso, ¿hasta dónde hay que investigar para saber si esa posesión es o no en concepto de dueño? (24).

(22) En sentido análogo se pronuncia VELA SÁNCHEZ, A., *La fe pública...*, cit., pág. 74.

(23) Es verdad que el artículo 36 LH, en relación con la usucapión contra tabulas consumada o cuasi consumada, sólo protege al tercero «plusquamperfecto», en terminología de LA RICA, es decir, al que además de reunir los requisitos del artículo 34 no pudo conocer que la finca adquirida estaba siendo poseída en concepto de dueño por alguien distinto de su transmitente. Pero ésta es una exigencia que requiere el artículo 36 para el caso concreto de la prescripción adquisitiva en contra del Registro. Y la exige, como hemos dicho, además de los requisitos del artículo 34, entre los que ya se encuentra la buena fe, por lo que cabe entender que para el legislador no está incluida dentro de ella (vid. ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo II, ed. Bosch, 1995, págs. 362, 363 y 578). En consecuencia, pensamos que esa diligencia en relación con la situación de hecho, que sí aparece en el artículo 36, no es en general extrapolable a la protección del tercero hipotecario ni, en particular, a quien adquiere en la vía de apremio un bien no perteneciente al titular registral.

(24) Destaca C. DELGADO JEREZ cómo en la actualidad cada vez se realizan más transacciones entre personas desconocidas, que tienen por objeto inmuebles que no están

El criterio de la diligencia adicional del adjudicatario se nos antoja difícil de aplicar y propenso a cierto subjetivismo. Ello aparte de que en la práctica podría suponer la inversión de la carga de la prueba en contra de la presunción legal de buena fe del adquirente que establece el artículo 34. Pues si se dice que no es de buena fe el que sólo ha confiado en el Registro (y en los autos), será este sujeto el que, frente a la alegación que haga la contraparte de que permaneció inactivo y no conoció por ello la situación real del inmueble, deba demostrar que hizo algo más, que investigó personalmente, que preguntó, que se interesó por el estado posesorio de la finca.

Por otra parte, no debemos olvidar un dato importante. El conflicto de intereses que está en la base de toda esta problemática se plantea entre dos adquirentes de un mismo inmueble y se da la circunstancia de que el primero de ellos, aunque tenga la posesión, ha desaprovechado mecanismos jurídicos que podrían haber evitado la realización del valor de la finca que compró al ejecutado: no ha inscrito su adquisición y tampoco ha ejercitado la tercería de dominio (25). Esto no quiere decir, claro está, que automáticamente deba vencer el adjudicatario que sí inscribe. La buena fe sigue siendo esencial. Y no hay que descartar que el primer comprador pueda acreditar la mala fe del adjudicatario a través de indicios determinantes, incluso relacionados con la posesión (26). Pero, aunque la posesión de la cosa embargada por alguien distinto del deudor pueda ser relevante en algún caso para desvirtuar la presunción de buena fe, no creemos que como regla esa posesión sea incompatible con la buena fe del artículo 34, ni que, como criterio genérico, el rematante deba desplegar una diligencia especial más allá de la información que el Registro y el mismo procedimiento le proporcionan.

próximos al entorno de los contratantes, y que se apoyan en la consulta del Registro de la Propiedad, incluso por vía telemática. «La confianza no descansa ya tanto en el conocimiento del estado posesorio de las fincas, que —por otra parte— es un dato poco fiable, pues la posesión se presta a múltiples equívocos sobre la relación jurídica en virtud de la cual se está poseyendo» (*op. cit.*, pág. 27). Ello sin negar, como es evidente, que siguen siendo abundantes las transacciones entre parientes, allegados o vecinos que sí conocen perfectamente la situación posesoria de los inmuebles sobre los que negocian. Pero lo cierto es que en las ventas forzosas la proximidad personal de los licitadores con el deudor ejecutado o con el inmueble objeto de la ejecución a menudo no se da. De alguna manera el legislador es consciente de tal circunstancia y de hecho en la reforma de la LEC para la implantación de la oficina judicial se ha introducido la posibilidad de que las pujas en la subasta se hagan a través de Internet.

(25) Hay que tener en cuenta, igualmente, que en el seno del procedimiento de ejecución se prevén otros trámites, anteriores a la subasta y a la adjudicación, destinados a proteger el derecho de posibles titulares o poseedores de la finca embargada, según resulta de los artículos 589 y 661 LEC. Normativa esta que supone una innovación de la ley procesal vigente respecto de la de 1881 (vid. MONDEJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales...*, cit., pág. 414).

(26) Pensemos, por ejemplo, que el adjudicatario resida en una vivienda colindante a la embargada, donde también habita el comprador no inscrito.

2.2. INSCRIPCIÓN DE LA TRANSMISIÓN ANTERIOR A LA TRABA TRAS LA ANOTACIÓN DEL EMBARGO

2.2.1. *El supuesto de hecho básico y sus consecuencias*

La hipótesis que estudiamos en este momento, que tiene un elemento añadido respecto de la comentada en el epígrafe anterior, responde a la siguiente secuencia cronológica:

- 1.º El titular registral (deudor) transmite la finca.
- 2.º Se decreta el embargo del inmueble por deudas del titular registral y se anota dicho embargo en el Registro.
- 3.º El adquirente anterior al embargo no interpone la tercería de dominio *pero sí inscribe su adquisición*.
- 4.º En el procedimiento de apremio se adjudica el inmueble a un tercero, quien presenta en el Registro de la propiedad el testimonio del auto (ya decreto) de adjudicación a su favor así como el mandamiento de cancelación de cargas expedido conforme al artículo 674 LEC.

Desde el punto de vista registral, la consecuencia de esta situación está clara. El adjudicatario puede inscribir su adquisición. Aunque sea titular registral el primer adquirente y no el ejecutado, no hay problema alguno de tracto sucesivo, porque el citado artículo 674.2 LEC y el artículo 175.2.º RH prevén la cancelación tanto de la anotación de embargo como de las inscripciones y anotaciones posteriores, «aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores» (dice el Reglamento). Por tanto, el derecho del primer comprador queda extinguido registralmente y el rematante puede concatenar su adquisición con la inscripción del deudor ejecutado de quien trae causa (27).

Pero desde el punto de vista sustantivo, es decir, si nos preguntamos quién de los sujetos en conflicto debe reputarse propietario, la cuestión es diferente. Tenemos, por un lado, a un primer adquirente del inmueble que no es titular registral cuando se decreta ni cuando se anota el embargo, pero que

(27) La opción que ha seguido aquí el legislador al establecer la cancelación automática del asiento que publica la adquisición anterior al embargo que llegó retrasada al Registro ha sido objeto de crítica por varios autores, como ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídicos del embargo de inmuebles...*, cit., pág. 236 y sigs., y VELA SÁNCHEZ, A., *La fe pública registral en las ventas judiciales...*, cit., págs. 104 y 105. Por su parte, RENTERÍA AROCENA, A. («Efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de enajenaciones anteriores a la anotación preventiva de embargo», en *Libro Homenaje a J. M. Chico y Ortiz*, Centro de Estudios Registrales, 1995, pág. 782), antes de que se aprobase la LEC de 2000 y de que se confirmara claramente en ella el criterio del artículo 175.2 RH, defendió la nulidad de este precepto por contravenir lo dispuesto en el artículo 82 LH. El cual dispone que la cancelación de un asiento realizado en virtud de escritura pública exige que consienta el titular registral, que lo ordene una sentencia firme, que resulte del mismo título o que lo establezca la ley.

sí inscribe después de la anotación; y, por otro lado, a un rematante o adjudicatario que logra inscribir su adquisición tras las cancelaciones previstas en los artículos 674.2 LEC y 175.2 RH. Se ha dicho que, a la luz de lo previsto en estos preceptos, la posición del rematante es inatacable (28), pero es preciso tener en cuenta que el adjudicatario, al haber adquirido por vía judicial de quien no era dueño, sólo puede consolidar su situación si está protegido por la fe pública registral, y ello no deriva de que la legislación hipotecaria y la procesal le permitan inscribir su derecho, sino de que concurran en él los requisitos del artículo 34 LH. Esa es la cuestión. Pues bien, en el caso que nos ocupa, cuando al rematante se le adjudica el bien, ya consta en el Registro la titularidad del adquirente anterior. Le falta entonces a dicho rematante la buena fe y no puede alcanzar la categoría de tercero protegido (29). Como luego veremos, la doctrina discute si la buena fe registral debe perdurar hasta el momento en que el tercero inscribe, pero lo que está fuera de duda es la necesidad de que el tercero desconozca la transmisión previa a la suya cuando compra la finca. Y no puede alegarse tal desconocimiento si en esa fecha la enajenación anterior está inscrita (30).

(28) BUSTOS PUECHE, «El sujeto beneficiario de la protección registral (Propuesta de interpretación armónica de los artículos 32, 33 y 34 de la Ley Hipotecaria)», en *RCDI*, 2003, pág. 2638. Es similar la conclusión de GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. («Dos cuestiones sobre la anotación preventiva de embargo: su naturaleza declarativa y su relación con el principio de prioridad registral», en *RCDI*, núm. 715, 2009, pág. 2649) quien afirma que en el supuesto cuestionado, «perdería el dominio del inmueble el titular a favor del adjudicatario».

(29) En el mismo sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídicos del embargo...*, cit., págs. 243 y 244; *Remate de un inmueble transmitido anteriormente a un tercero...*, cit., págs. 332 y 333; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Eficacia del embargo y su alcance frente a terceros*, ed. Aranzadi, 2006, pág. 58; MONDEJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales...*, cit., págs. 495, 534-535; y VELA SÁNCHEZ, A. J., *La fe pública registral en las ventas judiciales...*, cit., pág. 104; «La controversia jurisprudencial sobre la concurrencia de título y modo en las ventas judiciales: ¿cuál es su trascendencia práctica?», en *RCDI*, núm. 703, 2007, pág. 2189 y sigs.; *Adquisición de la propiedad y aplicación de la fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias. Estudio doctrinal y jurisprudencial*, ed. Aranzadi, 2009, pág. 175 y sigs.

(30) PARDO MUÑOZ, F. J. (*La adquisición de la propiedad en subasta judicial...*, cit., págs. 294 y 295) mantiene una posición distinta. Se apoya en los artículos 594 LEC (eficacia del embargo de cosa ajena), 658.2 LEC (se mantiene el embargo si se practica una inscripción de dominio con posterioridad a la anotación de aquél) y el citado 175.2 RH, para llegar a la conclusión de que «este particular supuesto de conocimiento por el adquirente de la inexactitud registral no puede tener relevancia alguna en orden a desvirtuar su buena fe y ello por cuanto el legislador ha contemplado dicha posibilidad para, precisamente, considerarla intrascendente». Incluso considera que debe consolidarse la adquisición del adjudicatario aunque la inscripción del primer comprador sea anterior a la fecha en la que el Registrador haya expedido, a instancia del tribunal ante el que se sigue la ejecución, la certificación de dominio y cargas de la finca embargada conforme al artículo 656 LEC. Supuesto en el que constará también en los autos, además de en el propio Registro, que el ejecutado transmitió la finca antes de decretarse el embargo. «Sería absurdo —dice el autor— que el legislador, consciente de la potencial relevancia del

Así pues, la cuestión de fondo, el conflicto dominical, debe resolverse a favor del comprador que inscribió tras la anotación del embargo y antes de la adquisición del adjudicatario. Pero en la hipótesis que se ha planteado es el adjudicatario el último titular registral, y, por tanto, a quien se le presume propietario por aplicación del principio de legitimación (art. 38 LH). Le corresponde entonces al primer adquirente tomar la iniciativa y hacer valer su derecho judicialmente, ejercitando la acción reivindicatoria o declarativa del dominio y solicitando la anotación de la demanda en el Registro. Porque si no lo hace, es posible que el adjudicatario transmita el inmueble a otra persona, y ésta ya sí puede quedar plenamente protegida por la fe pública registral (31).

2.2.2. *Inscripción del derecho del primer adquirente después de la aprobación del remate*

Otro supuesto muy similar al anterior, pero que contiene una variante que lo complica aún más, surge cuando la adquisición del primer comprador se inscribe en un momento en el que ya se ha adjudicado a un tercero el inmueble

defecto en la adquisición por ausencia de buena fe, permitiese el desarrollo y la consumación de una vía de apremio mediante la inscripción del título del adquirente y, a la vez, permitiese que dicho defecto pudiera invocarse ulteriormente en un proceso declarativo promovido por el *verdadero* titular —que, primero, no inscribió el título al tiempo de su adquisición y, luego, no interpuso la correspondiente tercera de dominio— para privar al adquirente en subasta judicial de su condición de tercero hipotecario y obtener la nulidad del proceso de ejecución, lo que representaría un grave quebranto de la seguridad jurídica de la ejecución judicial».

(31) La STS de 11 de junio de 2004 enjuicia un caso idéntico al que nos ocupa, en el que el primer comprador reivindica la finca al rematante, siendo estimada su demanda en todas las instancias judiciales. La solución de fondo es la que se acaba de defender, pero en lo que no hay coincidencia es en la argumentación. El Supremo no entra a analizar la falta de buena fe del adjudicatario inscrito, sino que resuelve el conflicto por otros derroteros:

- El recurrente (el tan citado adjudicatario) intenta fundamentar su derecho sobre la finca invocando como fecha de acceso de su derecho al Registro la de la anotación del embargo, en cuanto que de éste deriva su adquisición. Afirma entonces la sentencia que la anotación de embargo no equivale a una inscripción a los efectos de determinar cuál de los compradores deba ser preferido en virtud del artículo 1.473 del Código Civil. O sea, que no es primero en inscribir el adjudicatario por el hecho de que la anotación de embargo sea anterior a la inscripción del otro comprador. Lo cual es sin duda cierto.
- Pero a continuación manifiesta el Supremo que, en realidad, no se ha producido una doble venta sino una venta de cosa ajena y reproduce la tesis jurisprudencial sobre la «inexistencia de la segunda enajenación por falta de objeto». Tesis ya superada desde la STS del Pleno de la Sala Civil de 7 de septiembre de 2007, que es complementaria de la de 5 de marzo de 2007, antes mencionada. Puede consultarse el comentario de la STS de 7 de septiembre de 2007 realizado por INIESTA DELGADO, J. J., en *CCJC*, núm. 77, ref. 2046, pág. 707 y sigs.

ble sometido a ejecución, pero aún no se ha otorgado el título que después da lugar a la inscripción del derecho del rematante o adjudicatario.

Esta situación es la que da origen a la STS de 18 de diciembre de 2008, en la que el orden cronológico de los hechos, en síntesis, fue el siguiente:

- 1.º Transmisión de la finca.
- 2.º Embargo y anotación en el Registro por deudas tributarias del transmitente.
- 3.º Subasta y adjudicación del inmueble a un tercero.
- 4.º Inscripción de la primera transmisión.
- 5.º Otorgamiento de escritura pública a favor del adjudicatario.
- 6.º Inscripción del dominio a nombre de dicho adjudicatario y consiguiente cancelación de la inscripción realizada a favor del primer comprador.

Es este primer adquirente quien demanda a aquel adjudicatario ejercitando una acción declarativa del dominio.

Debe aclararse que en el caso planteado no se dirigió contra el deudor un procedimiento de ejecución civil sino un procedimiento administrativo de recaudación tributaria. Pero la cuestión básica que se discutió después (la atribución del dominio del inmueble litigioso) es la misma que puede surgir con motivo de una ejecución sometida a la LEC. Por otra parte, hay que mencionar también que la normativa aplicable al procedimiento tributario, por la fecha de los hechos, era el Reglamento General de Recaudación aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, si bien el Reglamento actualmente en vigor es el aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio. En aquél se preveía como título para inscribir la adjudicación la escritura pública otorgada por la Administración tributaria, mientras que en la norma vigente lo es la certificación del acta de adjudicación expedida por el órgano de recaudación competente (art. 110), sin perjuicio de que el interesado pueda solicitar, si lo estima oportuno, el otorgamiento de la escritura pública de venta del inmueble (art. 111) (32).

Pues bien, en la sentencia de 18 de diciembre de 2008 constituye el asunto debatido, nuevamente, si es válida la venta forzosa de bienes no pertenecientes al deudor y si el adjudicatario está o no protegido por la fe pública registral. El Supremo, después de transcribir la doctrina de la STS de 5 de marzo de 2007, relativa a cómo el artículo 34 LH ampara las adquisiciones *a non domino*, resuelve que el adjudicatario sí está protegido por dicho precepto, «puesto que el embargo efectuado por la Administración tributaria y el procedimiento posterior se efectuó teniendo en cuenta que la deudora figu-

(32) El mismo sistema se establece en el actual Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio (art. 122).

raba en el Registro como titular de la finca, por lo que se debe aplicar la doctrina jurisprudencial reproducida». Pero la sentencia no aclara cuál es la fecha en la que debe considerarse que tuvo lugar la adquisición del inmueble subastado, y tampoco analiza si, en el caso concreto, verdaderamente debía reputarse de buena fe al adjudicatario. Recordemos que cuando se produjo la adjudicación en el procedimiento de apremio la finca constaba inscrita a nombre del deudor, pero cuando se otorga la escritura pública y, por tanto, también en el momento de inscribir el adjudicatario, ya no figura como titular registral el ejecutado, sino que lo es el primer adquirente. En cambio, en la STS de 5 de marzo de 2007 la concatenación de los hechos fue distinta, pues el rematante adquirió e inscribió cuando aún constaba en el Registro como último titular el deudor.

Se plantean, pues, dos cuestiones relacionadas entre sí, en las que la sentencia de 2008 no entra: en qué momento adquiere la propiedad el adjudicatario, y hasta qué momento ha de mantener su buena fe para obtener la tutela que el artículo 34 LH brinda a los terceros.

- a) ¿Cuándo adquiere el dominio el rematante de una subasta celebrada en el seno del procedimiento de ejecución?

La normativa que regula el procedimiento administrativo de apremio por deudas con la Hacienda Pública no resuelve de forma expresa esta cuestión. En cambio, sí hay una referencia indirecta a la misma cuando establece el plazo de interposición de la tercería de dominio. Concretamente, el artículo 119.2 del vigente Reglamento General de Recaudación dispone: «La tercería de dominio no se admitirá con posterioridad al momento en que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión de los bienes o derechos a un tercero que los adquiera a través de los procedimientos de enajenación previstos en este reglamento, o a la Hacienda Pública por su adjudicación en pago» (33). Es decir, se produce una remisión genérica al sistema de transmisión del dominio, que regula el Derecho sustantivo, a la hora de precisar el momento de adquisición de la propiedad por parte del adjudicatario, que es la fecha límite para que el tercerista interponga su demanda. Tal remisión se interpreta en el sentido de que también en este ámbito debe regir la teoría del título y el modo, así como, en su caso, las matizaciones a la misma que derivan de la fe pública registral.

En consecuencia, hay que entender transmitido el dominio cuando, además del acuerdo de voluntades derivado de la subasta y la adjudicación del inmue-

(33) El artículo 173.1 del RGR de 1990 establece que: «no será admitida la tercería de dominio después de otorgada la escritura, de consumada la venta de los bienes de que se trate o de su adjudicación para pago al Estado u otro ente acreedor».

ble al mejor postor, se produce la entrega de la posesión de la finca o cualquier otra forma de tradición. Más concretamente, dicha tradición puede tener lugar con el otorgamiento de la escritura pública (si se aplica en Reglamento de 1990 o lo solicita el adquirente) o bien cuando el órgano competente emite la certificación del acta de adjudicación de los bienes conforme al artículo 114 del Reglamento actual, certificación que «constituye un documento público de venta a todos los efectos», según dispone el mencionado precepto (34).

Si aplicamos lo anterior al caso resuelto por la STS de 18 de diciembre de 2008 resulta que la fecha de la adquisición (35) del adjudicatario (día del otorgamiento de la escritura) fue posterior a la inscripción de la primera transmisión. O sea, que en aquel momento el adquirente en el procedimiento de apremio tenía noticia (o podía tenerla) de la venta realizada por el deudor antes de decretarse el embargo.

¿Y qué habría ocurrido si en vez de un procedimiento tributario se hubiese seguido una ejecución ordinaria contra el titular registral? En particular, supongamos que la inscripción de la primera enajenación se produce después de haberse celebrado la subasta y habiéndose dictado auto/decreto de aprobación del remate a favor de un tercero, pero antes de que el Secretario expida el testimonio de dicho auto/decreto, que es el título necesario para inscribir el derecho del adjudicatario (36). ¿Cuándo hay que entender que se pro-

(34) La consulta vinculante de 28 de mayo de 2009 de la Subdirección General del IRPF, en relación con un procedimiento ejecutivo instado por la Tesorería General de la Seguridad Social, sigue el criterio que se acaba de exponer en cuanto al momento de adquisición de un inmueble adjudicado tras la celebración de la correspondiente subasta. Así, afirma la consulta que tal fecha de adquisición sería:

- bien la del otorgamiento de la escritura de venta del bien inmueble objeto de consulta, referida en el artículo 154 del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, si la subasta se celebró al amparo de esta última norma;
- bien la fecha de emisión del certificado de adjudicación, o en su caso, de la escritura pública de venta del inmueble objeto de consulta, referidos en el artículo 122 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, si la subasta se celebró al amparo de esta última norma».

También la STS de 19 de junio de 2007 se sitúa en esta línea. La actora ejercita una tercera de dominio y la fundamenta en haber adquirido el inmueble en un procedimiento de apremio seguido a instancia de la Seguridad Social. El Supremo, al igual que las instancias judiciales inferiores, entiende que la tercerista no está legitimada para levantar el embargo, porque no llegó a tomar posesión del bien subastado ni tampoco se otorgó a su favor la escritura pública a la que se refería la normativa anterior sobre recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social.

(35) Entendida aquí como conjunción de título y modo.

(36) El esquema del supuesto sería:

- 1.º A vende en escritura pública a B.
- 2.º Se decreta el embargo de la finca por deudas de A y se anota el embargo en el Registro, donde aún consta como titular el deudor.

duce la adquisición del rematante en el procedimiento de ejecución dineraria de la LEC?

Desde el punto de vista legal, ocurre en este ámbito lo mismo que en el seno de los procedimientos administrativos de apremio: a la hora de determinar el *dies ad quem* para interponer la tercería de dominio, el artículo 596.2 LEC se refiere al «momento en que, de acuerdo a la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta». Es decir, cuando se ha embargado un bien no perteneciente al deudor, el verdadero propietario puede ejercitar la tercería hasta que el rematante adquiera el bien objeto del embargo, y esto es algo que viene marcado por el Derecho Privado. Sin embargo, no es fácil adaptar a la normativa civil (y, en particular, a la teoría del título y el modo) los trámites del procedimiento de ejecución. Esta es quizá una de las razones por las que existe en la jurisprudencia disparidad de criterios en torno a la fecha de adquisición de la propiedad en las subastas judiciales. Así, son numerosas las sentencias que identifican esa fecha con el día en que el Secretario judicial expide el testimonio del auto (decreto) de aprobación del remate (37). Otras sentencias, en cambio, consideran que el adjudicatario se hace dueño del bien subastado con la «aprobación del remate y la subsiguiente adjudicación» (38), o más específicamente, con el auto/decreto correspondiente (39). E incluso

3.º Sale a subasta el inmueble y, tras los trámites pertinentes, se dicta auto de aprobación del remate a favor de C.

4.º B inscribe su adquisición.

5.º Se expide el testimonio del auto/decreto de aprobación del remate así como el mandamiento de cancelación de cargas.

6.º C inscribe a su nombre el inmueble y se cancela el asiento que publica la adquisición de B.

(37) En tiempos relativamente recientes, pueden citarse como resoluciones especialmente claras en este sentido las SSTS de 6 de abril de 1999, 4 de abril de 2002, 4 de octubre de 2006, 20 de julio de 2006 y 2 de diciembre de 2009 (si bien esta última habla de la «entrega» del testimonio al rematante o cesionario del remate como momento decisivo). También siguen el criterio del testimonio los autos de la AP de Madrid, Sección 20.ª, de 3 de julio de 2006, de la AP de Granada, Sección 3.ª, de 21 de noviembre de 2008 y de la AP de Madrid, Sección 21.ª, de 26 de enero de 2010 («no es desde la fecha del auto de aprobación del remate o de adjudicación sino desde la posterior fecha del testimonio del auto expedido por el Secretario cuando acaba o termina la posibilidad temporal de presentar la demanda de tercería de dominio»).

(38) SSTS de 14 de octubre de 2002, 14 de diciembre de 2007, 26 de febrero de 2009 y 1 de abril de 2009; también la STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso), de 1 de diciembre de 2005.

(39) SSTS de 14 de julio de 2008 y 18 de marzo de 2009. En esta última sentencia se plantea desde qué fecha se computa el plazo de ejercicio del retracto legal de comuneros (art. 1.524 CC), cuando la venta de la participación indivisa que se pretende retraer se ha realizado a través de una subasta judicial y no se ha inscrito la adquisición del adjudicatario. El Supremo entiende que dicho plazo se inicia en el momento en que se consuma la compraventa por unírsele al título el modo o tradición, «pues sólo entonces se producen los efectos traslativos del dominio que dicha consumación lleva aparejada, lo cual acontece

algún pronunciamiento del Supremo mezcla en sus argumentaciones ambas posibilidades, refiriéndose como momento decisivo a estos efectos, primero a la emisión del auto y poco después a la expedición del testimonio (40).

En cuanto a la doctrina, se ha defendido que la transmisión de la propiedad en las ventas judiciales tiene lugar cuando se dicta el auto/decreto de aprobación del remate, considerando que la autoridad judicial no sólo sustituye el consentimiento del ejecutado, sino también la voluntad de entrega de la cosa por parte de éste (41). Asimismo, se ha manifestado (apelando a la espiritualización de la *traditio*), que debe entenderse transmitido el dominio cuando el adjudicatario paga, es decir, cuando consigna en el Juzgado la diferencia entre el precio del remate y lo depositado previamente para poder participar en la subasta, con independencia de que se haya dictado o no en ese momento el auto/decreto (42). Pero la tesis actualmente mayoritaria es la que identifica el instante traslativo con la expedición del testimonio del mencionado auto/decreto, en cuanto que —se dice— éste es el documento que hace las veces de tradición, al modo en que antes lo hacía para las enajenaciones judiciales la escritura pública (43).

cuando se adjudica al adquirente el bien subastado, esto es, en el momento en que se dicta auto de adjudicación, siendo la fecha de este auto el instante a tomar en cuenta para el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción, fijado en nueve días». Así pues, lo relevante para esta sentencia es la transmisión al adquirente del bien objeto de la subasta, lo que dice que se produce con el auto de adjudicación. Ese será el *dies a quo* para que ejercite su derecho el retrayente, salvo —como añade la propia resolución— que tal sujeto desconozca que el auto se dictó, en cuyo caso comenzaría el plazo a partir del día siguiente a su notificación.

(40) STS de 10 de junio de 1994. Aunque lo cierto es que, en el caso enjuiciado, la decisión del Tribunal iba a ser la misma se adoptase un criterio o el otro: la tercera interpuesta no podía prosperar en modo alguno, pues se presentó la demanda tres años después de expedirse el testimonio del auto de aprobación del remate. También es confusa, en relación a la materia que nos ocupa, la STS de 7 de diciembre de 2005, la cual, citando doctrina de sentencias anteriores, llega a afirmar que el día de la venta judicial constituye el momento en que hay que entender transmitida la propiedad. Pero dicha afirmación se hace *obiter dictum*, sin condicionar la resolución del problema enjuiciado, que versaba sobre la posible nulidad de una adjudicación en subasta realizada durante el periodo de retroacción de la quiebra del deudor transmitente.

(41) NAVARRO CASTRO, M., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2002», en *CCJC*, núm. 60, ref. 1619, págs. 982 y 983.

(42) PARDO MUÑOZ, F. J. (*La adquisición de la propiedad...*, cit., pág. 290), quien subraya la necesidad de otorgar mayor seguridad jurídica al adquirente en subasta. También explica que la «artificiosa distinción» entre lo que algunas sentencias denominan «aprobación del remate» (título), y la «adjudicación de la finca al rematante» (modo), «en realidad es procesalmente inexistente, pues ambas declaraciones son una y la misma y se realizan mediante un único auto judicial».

(43) En este sentido, ACHÓN BRUÑÉN, M. J., «Embargo de bienes o derechos no pertenecientes al ejecutado», en *Diario La Ley*, 21 de enero de 2004, ref. D-17, *La Ley Digital* 2070/2003; FERRER GIL, J. E., «La tercera de dominio», en *Práctica de los Tribunales*, núm. 34, 2007, *La Ley Digital* 4360/2006; LÓPEZ LÓPEZ, A., «El efecto traslativo de la adjudicación en la subasta en el caso de ejecución dineraria tras la nueva

A nuestro juicio, no hay argumentos definitivos para decantarse con firmeza a favor de una u otra posición, debido a la dificultad, antes comentada, de acoplar el sistema de adquisición derivativa del dominio al iter procesal. A pesar de ello, es preciso pronunciarse. Parece claro que en el proceso de ejecución sobre inmuebles, la venta judicial se perfecciona con el auto/decreto de aprobación del remate, pues con anterioridad a ese momento no hay más que una oferta por parte del mejor postor. Lo que puede discutirse es si la tan citada resolución lleva implícita la *traditio* o bien es preciso para que ésta concurra el otorgamiento del título inscribible, o sea, el testimonio. A estos efectos, nos parece importante tener en cuenta que el testimonio es algo más que una copia del auto/decreto, pues no sólo lo incorpora sino que también da fe de su firmeza y del pago del precio (imprescindible para que no se produzca la quiebra de la subasta y, por tanto, su ineficacia) (44). Partiendo de ahí, creemos más acertado pensar que el testimonio constituye el instrumento necesario para completar el mecanismo traslativo, siguiendo la tesis que le da el valor de modo o tradición. Sin perjuicio, claro está, de que también sea posible entender transmitida la propiedad en los casos (infrecuentes) en que la entrega de la posesión del inmueble anteceda a la expedición del testimonio.

Esta solución no está exenta de dificultades en su aplicación práctica, sobre todo por las dilaciones que a menudo experimentan los trámites y la documentación que emana del proceso con motivo de la falta de los medios personales y materiales necesarios para el buen funcionamiento de los Juzgados: a veces la expedición del testimonio tarda más de lo debido. Por ello, y aun no siendo suficiente para resolver el problema, quizá hubiera resultado oportuno introducir en la LEC una previsión similar a la que aparece ahora en el artículo 587.1 (obligación de ordenar de inmediato la adopción de medidas de publicidad del embargo, una vez que haya sido decretado) en el sentido de imponer al Secretario el deber de expedir también de inmediato, en cuanto se den las condiciones legales, el testimonio del auto/decreto de adjudicación.

Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo II, CRPME y Universidad de Murcia, 2004, pág. 2865; MONDEJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales*, cit., pág. 327 y sigs. También VELA SÁNCHEZ acoge en lo sustancial la misma idea, aunque matiza que si el adjudicatario entra en posesión real de los bienes antes de que se dicte el testimonio, ya habrá que entender consumada la venta judicial, igual que ocurriría en una enajenación voluntaria («Comentario a la STS de 14 de octubre de 2002», en *CCJC*, núm. 61, ref. 1649, pág. 194 y sigs.; aborda el tema asimismo en otros trabajos: *La controversia jurisprudencial sobre la concurrencia del título y el modo...*, cit., pág. 2189 y sigs., y *Adquisición de la propiedad y principio de fe pública registral...*, cit., pág. 63 y sigs.).

(44) Subraya MONDEJAR PEÑA, I. (*Las subastas judiciales...*, cit., pág. 253), que «a diferencia de la regulación del Código Civil en el que el pago del precio no es un elemento condicionante de la adquisición del dominio, en el ámbito de estos procedimientos sí que lo es».

Dicho lo anterior, procede recapitular. Hemos llegado a la conclusión de que la transmisión del dominio al adjudicatario tiene lugar a través del auto de aprobación del remate seguido del testimonio correspondiente. Pero no podemos olvidar que ese efecto traslativo sólo se produce realmente cuando el ejecutado es el propietario del inmueble subastado. Si no lo es, o sea, si se ha enajenado mediante ejecución forzosa un bien no perteneciente al deudor (como ocurre en la hipótesis que estudiamos), al adjudicatario no le bastará con que se haya consumado la venta judicial, con que exista a su favor un título y alguna forma de entrega. Solamente podrá convertirse en verdadero dueño bien a través de la usucapión ordinaria (que aquí no se plantea), o bien si reúne los requisitos del tercero hipotecario (45). Esta segunda posibilidad nos conduce de nuevo a analizar si el tan citado adjudicatario es de buena fe. Más específicamente, se hace preciso contestar a la cuestión que antes se planteaba sobre en qué instante ha de apreciarse la buena fe del adjudicatario para que pueda realizar una adquisición inatacable en base a la fe pública registral.

- b) ¿Hasta qué momento ha de mantener la buena fe el adjudicatario para gozar de la protección del artículo 34 LH?

Recordemos que en la situación adoptada como punto de partida la adjudicación del inmueble en subasta es posterior a la transmisión voluntaria del mismo, y que el primer adquirente inscribe su derecho después de la aprobación del remate a favor del mejor postor pero antes de verificarse, según la tesis mantenida, la entrega o tradición a su favor. El orden de los hechos era: venta / ejecución por deudas del vendedor, anotándose el embargo / subasta y adjudicación a un tercero / inscripción del primer comprador / certificación del acta de adjudicación (procedimiento de apremio administrativo), o testimonio del auto de aprobación del remate (procedimiento judicial) / inscripción a nombre del adjudicatario. Por tanto, si tomamos como referencia la ejecución de la LEC, sucede que el rematante es de buena fe cuando concurre a la subasta y cuando se dicta el auto/decreto correspondiente a su favor, pero no puede serlo cuando se expide el testimonio de dicha resolución (ni, en consecuencia, cuando lo presenta en el Registro), pues para entonces ya está inscrita la titularidad del adquirente rezagado. Dicho de otra forma, el adjudicatario es de buena fe cuando se perfecciona la venta pero no en el momento en que normalmente (si el deudor hubiera sido dueño) habría adquirido, y tampoco en el momento de inscribir el inmueble a su nombre. Procede enton-

(45) Vid. VELA SÁNCHEZ, A. J., *La controversia jurisprudencial sobre la concurrencia de título y modo en las ventas judiciales...*, cit., pág. 2223.

ces decidir si, en tales condiciones, se produce o no la adquisición *a non domino* en base a la fe pública registral.

La fijación del elemento temporal de la buena fe en el artículo 34 LH es una discusión ya clásica pero a la vez muy actual, como lo revela el elevado número de autores que recientemente se han ocupado de analizar este tema. Al respecto pueden identificarse cuatro posturas en la doctrina:

- La primera toma como punto de referencia la celebración del contrato: el adquirente ha de ser de buena fe cuando manifiesta su voluntad y se dan todos los elementos para la existencia del negocio traslativo (46).
- La segunda considera que el tercero debe ignorar la inexactitud registral cuando adquiere, o más exactamente, en el momento «en que, de no haber defecto alguno, se habría realizado la transmisión» (47). Ello significa que la buena fe tiene que ponderarse al concurrir el contrato traslativo con la tradición o entrega.
- La tercera tesis, que para algunos supuestos coincide con la anterior, defiende que el momento relevante a estos efectos es el del otorgamiento del título inscribible (48).
- Y la cuarta tesis mantiene que la buena fe debe perdurar hasta el momento en que el tercero hipotecario inscribe su derecho, de manera que si después de haber «adquirido» pero antes de inscribir conoce que su transmitente no era dueño, no queda protegido (49).

(46) Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, *Derecho Inmobiliario Registral*, ed. Bosch, 1984, pág. 189.

(47) JEREZ DELGADO, C., *La buena fe registral*, cit., pág. 126. En la misma línea, vid. ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, cit., vol. II, pág. 391 y sigs.; y NADAL GÓMEZ, I., *La transmisión a terceros...*, cit., pág. 219.

(48) GARCÍA GARCÍA, J. M., «Comentario al artículo 34 LH», cit., pág. 510 y sigs., y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «Comentario a la STS de 17 de febrero de 2004», en *RCDI*, núm. 687, págs. 294-295, nota 5.

(49) Esta es la tesis que defendió hace ya muchos años SANZ FERNÁNDEZ. Hasta hace poco se consideraba minoritaria, pero actualmente un número considerable de autores la sustentan: CLEMENTE MEORO, M., «Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario», en *RCDI*, núm. 673 (2002), pág. 1866 y sigs.; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales del embargo...*, cit., págs. 211, 245 y 246; GORDILLO CAÑAS, A., *El principio de fe pública registral*, I, cit., pág. 644; JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El momento de la buena fe», en *Cuadernos de Derecho Registral*, 2006, pág. 161 y sigs.; RODRÍGUEZ OTERO, L., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, ed. Dijusa, 2007, pág. 264; VELA SÁNCHEZ, A., *La fe pública registral en las ventas judiciales...*, cit., pág. 28 y sigs., 98 y 117, y *Adquisición de la propiedad...*, cit., pág. 120 y sigs.

En cuanto al estado de la cuestión en la jurisprudencia, puede verse el estudio detallado que hacen CLEMENTE MEORO y JIMÉNEZ PARÍS, en las obras citadas (pág. 1857 y sigs.; 99 y sigs., respectivamente), de las sentencias que de forma directa o indirecta abordan el tema. Ambos autores concluyen que resulta mayoritaria la llamada tesis de la adquisición, destacando sin embargo que son pocas en número las resoluciones que adoptan esta pos-

Esta última posición doctrinal es la que más nos convence, fijándonos en dos de los principales argumentos que se esgrimen para sustentarla (50). El primero consiste en recordar que cuando de una adquisición *a non domino* se trata, el tercero realmente adquiere, no cuando se produce la conjunción del título y el modo (pues si así fuera no sería necesario el juego de la fe pública registral), sino cuando concurren todos los requisitos del artículo 34 y entre ellos la inscripción. De ahí se concluye que la buena fe debe mantenerse en todo el proceso que culmina con aquella, pues mientras la inscripción no se produce, nada adquiere el que confía en lo que el Registro publica. En cuanto al segundo argumento, deriva del paralelismo que existe entre la fe pública registral y la usucapión ordinaria: en esta forma de usucapión la buena fe ha de darse durante todo el plazo de posesión y no sólo cuando el poseedor

tura como *ratio decidendi*. Cabe añadir a las referencias jurisprudenciales que aparecen en dichos trabajos algunas otras sentencias más recientes:

- Así, la STS de 27 de octubre de 2008, afirma también que la fecha clave para valorar la buena fe es el momento de adquisición, pero debe advertirse que en el caso no se da una mala fe sobrevenida tras la adquisición (entendida como la suma del título y el modo) y previa a la inscripción, sino que ya existía posible conocimiento de la inexactitud registral en el momento de adquirir. De manera que lo que viene a decir esta sentencia es que si hay mala fe en ese instante no hay protección registral, sin plantearse qué ocurre cuando se da buena fe al adquirir y mala fe al inscribir.
- En cambio, el supuesto de hecho es distinto en la STS de 13 de noviembre de 2009. Se celebró una doble venta de varias fincas, la primera en documento privado y la segunda en escritura pública. Tras el otorgamiento de esta última, el primer comprador envió un requerimiento al segundo comunicándole que los inmuebles le habían sido vendidos con anterioridad. Y después el segundo comprador inscribió su adquisición. Una vez planteado judicialmente el conflicto entre los dos adquirentes, el Supremo aplica el artículo 1.473 del Código Civil en relación con el 34 LH, y afirma: «esta Sala ha mantenido y mantiene que el momento en que debe concurrir la buena fe es el otorgamiento del título público que luego se inscribirá». Pero a continuación confirma el criterio de la Audiencia denegando la protección al segundo comprador porque conocía la existencia de la venta previa cuando procedió a la inscripción registral. Llega así el Alto Tribunal a la siguiente conclusión: «quien inscribió sin la concurrencia de la buena fe no deviene propietario». Con lo que de hecho, a pesar de lo transcrito anteriormente, esta sentencia viene a dar por buena la tesis de la inscripción en cuanto al momento de la buena fe del tercero.
- Quizá con mayor claridad, la STS de 30 de noviembre de 2004, cuya doctrina siguen las de 14 y 21 de junio de 2007, mantiene la exigencia de la buena fe hasta la fecha de la inscripción en una hipótesis que se estudia más adelante en el epígrafe 3.2. La secuencia cronológica es la siguiente: embargo en procedimiento de ejecución seguido contra el propietario/ venta del bien embargado/ anotación del embargo/ inscripción del inmueble a nombre del comprador. Hipótesis en la que el Supremo entiende que el adquirente, que inscribió cuando el embargo ya estaba anotado, ha de soportar el gravamen y no está protegido por la fe pública registral.

(50) Vid. CLEMENTE MEORO, M., *Sobre el momento...*, cit., págs. 1866 y 1867; GORDILLO CAÑAS, A., *La fe pública registral*, I, cit., pág. 647; y JIMÉNEZ PARÍS, T. A., *El momento...*, cit., pág. 216 y sigs.

contrata con el dueño aparente o cuando se le entrega el inmueble; la buena fe no se mide en una sola fecha, sino que ha de perdurar desde que el usucapiente decide comprar el inmueble hasta que verdaderamente lo adquiere por agotarse el tiempo de posesión previsto por el Código Civil. De igual modo, la propiedad del bien inmueble ingresa en el patrimonio del tercero hipotecario a partir de que, de buena fe, inscribe su derecho: sólo entonces se produce el efecto de la irreivindicabilidad (51).

Por tanto, la buena fe debe estar presente cuando el tercero contrata, pero también en el momento de la tradición y en el de la inscripción. No ocurre así en la hipótesis que estamos analizando (ni, en consecuencia, en el caso resuelto por la STS de 18 de diciembre de 2008), donde el adjudicatario es de buena fe en la fecha de la aprobación del remate pero no posteriormente, pues antes de que se produzca la entrega y la inscripción accede al Registro la adquisición de un comprador anterior. La conclusión es entonces que el adjudicatario, al inscribir de mala fe, no reúne los requisitos para quedar protegido por la fe pública registral frente a la transmisión previa al embargo. Por lo que esta transmisión debe prevalecer si se plantea el correspondiente juicio dominical entre el primer adquirente y el rematante en la subasta (52).

En realidad, tal conclusión sería la misma de mantenerse la denominada tesis de la adquisición en cuanto al momento de la buena fe. En el supuesto de hecho que contemplamos el conocimiento de la inexactitud registral ya se da en la fecha de la tradición, por lo que, de situar el requisito de la buena fe sólo hasta ese instante, el adjudicatario tampoco quedaría protegido. Pero es claro que hay supuestos de mala fe sobrevenida (posterior a la «adquisición» y previa a su constancia en el Registro) en los que sí es relevante, para que opere o no la fe pública registral a favor del adjudicatario, el acoger aquella teoría o por el contrario la que toma la inscripción como fecha determinante en relación con la buena fe del tercero.

Por otra parte, asumir que la buena fe deba prolongarse hasta la inscripción del rematante hace que, en relación a la cuestión concreta que nos ocupa,

(51) La fecha concreta a tener en cuenta, a nuestro juicio, es la del asiento de presentación y no la del día en que materialmente el Registrador firma el asiento de inscripción, como entiende JIMÉNEZ PARÍS (*op. cit.*, pág. 258). El artículo 24 LH no deja lugar a dudas: «Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma». A todos los efectos, dice el artículo; por tanto no sólo en relación al principio de prioridad, sino también en relación al principio hipotecario de fe pública.

(52) No procede aplicar aquí, como hace el Tribunal Supremo, la doctrina de la sentencia de 5 de marzo de 2007. Los hechos en esta sentencia fueron distintos, ya que en todo el proceso de adquisición del adjudicatario figuraba como titular registral el deudor ejecutado. No accedió al Registro en ningún momento la primera transmisión, y por tanto la presunción de buena fe pudo desplegar toda su eficacia. Ello a diferencia de lo ocurrido en la STS de 18 de octubre de 2008, donde, como ya hemos repetido, la inscripción del adjudicatario estuvo precedida por la del primer comprador.

no sea decisiva la fijación de cuándo se adquiere el dominio (con carácter general) en las subastas judiciales, pues a efectos de que el adjudicatario pueda ampararse o no en el artículo 34 LH, lo importante será que presente en el Registro, de buena fe, el testimonio del auto/decreto de aprobación del remate, al margen de cuándo se haya producido la conjunción del título y el modo. Ello no obstante, para analizar si el tan mencionado adjudicatario realiza o no una adquisición inatacable nos ha parecido conveniente plantear el tema de la consumación de la venta en las subastas, diferenciándolo y relacionándolo al mismo tiempo con el relativo al momento de la buena fe, para conocer las distintas opciones y estar en condiciones de advertir su verdadero alcance (53).

2.3. EMBARGO NO ANOTADO O CUYA ANOTACIÓN HA CADUCADO

Puede ocurrir que antes de que se decrete el embargo el deudor ya haya transmitido el inmueble (como sucede en los casos estudiados hasta ahora), pero que la traba no llegue a anotarse en el Registro de la Propiedad o se anote y caduque el asiento, lo cual provoca ciertas consecuencias procesales y sustantivas. Veamos los distintos supuestos así como su régimen jurídico:

a) Un primer caso se compone de los siguientes hechos, expuestos por orden cronológico:

- 1.º El titular registral de un inmueble lo transmite a otra persona.
- 2.º La finca es embargada por deudas del transmitente y todavía titular registral.
- 3.º Se inscribe la venta, permuta o cesión onerosa previa al embargo.
- 4.º Se presenta en el Registro el mandamiento de embargo para que el mismo se anote.

La consecuencia evidente de esta situación es que el Registrador denegará la práctica de la anotación solicitada en base al artículo 20.7 LH, en cuanto que el actual titular registral «es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento», o sea, no es el deudor ejecutado. No procede la anotación porque lo impiden los principios registrales de tracto sucesivo, legitimación y la salvaguardia judicial de los asientos (arts. 20, 38 y 1 LH, respectivamente), así como el principio constitucional que proscribe la indefensión (art. 24 CE): si el inmueble ya no figura inscrito a nombre del deman-

(53) En todo caso, debe recordarse que la transmisión del dominio en el procedimiento de ejecución es de gran relevancia práctica en relación con numerosos problemas, como es el caso del plazo de interposición de la tercería de dominio (y en general de las acciones protectoras de la propiedad) o el plazo de ejercicio del retracto legal.

dado porque ha accedido al Registro la enajenación del mismo a un tercero, no cabe reflejar en el folio registral el embargo, pues las deudas que han provocado la traba de la finca no las ha contraído el actual titular registral sino un titular anterior. Esta es la doctrina de la RDGRN de 1 de agosto de 2006, dictada en un caso cuyos hechos coinciden en lo esencial con el supuesto planteado.

Ahora bien, aunque el embargo no se anote, el procedimiento de apremio seguirá su curso. A instancia del Juzgado, el Registrador expedirá la certificación de dominio y cargas a que se refiere el artículo 656 LEC, y de ella resultará que el inmueble no figura inscrito a nombre del deudor, sino que el titular según el Registro es otro sujeto. Procede entonces que, una vez oídas las partes, se decrete de oficio el alzamiento del embargo (54). No es preciso que el dueño acuda a la tercería de dominio para que se levante el embargo y se paralice la ejecución (55), dado que resulta aplicable una de las consecuencias que el principio de legitimación tiene en el ámbito del proceso: la llamada tercería registral, prevista en el artículo 38.3 LH y que actualmente también tiene cobertura legal en el artículo 658.1 LEC (56).

b) Las consecuencias que acabamos de exponer se pueden dar también cuando se ha practicado la anotación del embargo pero el asiento caduca al haber transcurrido su plazo (cuatro años) sin haberse solicitado la correspondiente prórroga. En concreto, los elementos de este supuesto, ordenados por fechas, serían los siguientes:

- 1.º Transmisión del inmueble por parte de su titular registral.
- 2.º Embargo por deudas del transmitente, que se anota en el Registro.
- 3.º Inscripción de la transmisión.
- 4.º Caducidad de la anotación de embargo.
- 5.º Presentación en el Registro de un nuevo mandamiento, derivado del mismo procedimiento de ejecución, ordenando que se vuelva a anotar la traba.

(54) Esta decisión corresponde ahora al Secretario, tras la Ley 13/2009.

(55) Vid. SÁNCHEZ CALERO, F. J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, 2009, pág. 123.

(56) Según NADAL GÓMEZ, I. (*La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, cit., pág. 164), «el ámbito de aplicación de la tercería registral y el del artículo 658 coinciden, puesto que ambos contemplan el supuesto de un embargo no anotado y una inscripción de dominio anterior a la certificación de cargas y con virtualidad para conseguir que se alce la traba... Por ello debemos concluir que el artículo 658 ha venido a sustituir al artículo 38.III, situando en sede procesal esta posibilidad de alzar la traba y mejorándola al dar audiencia a las partes de forma previa a la resolución del tribunal». Vid., en sentido análogo, UCEDA OJEDA, J., en AA.VV. (coordinadores: FERNÁNDEZ BALLESTEROS, RIFA SOLER y VALLS COMBAU): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Iurgium, 2001, tomo III, págs. 3036 y 3037.

Igual que en el caso anterior y por iguales motivos, el Registrador debe denegar la práctica de la anotación. Falta el tracto necesario (57). El hecho de que ya se hubiera anotado el embargo antes de inscribirse la transmisión no cambia las cosas, porque al haber caducado esa anotación preventiva, la misma se tiene por inexistente desde el punto de vista registral, incluso aunque no se haya extendido el correlativo asiento de cancelación (58).

Sin embargo, la RDGRN de 26 de mayo de 2005 no sigue este planteamiento, en lo que a la denegación de la anotación preventiva se refiere, seguramente por las circunstancias especiales del caso concreto. Veámoslas.

Doña Carmen debía ciertas cantidades a la Hacienda Pública. Dicha señora aportó dos inmuebles de los que era titular registral a una sociedad formada por ella y su marido. Un año después se procedió al embargo de esos inmuebles por las referidas deudas tributarias de doña Carmen y se practicaron en el Registro sendas anotaciones preventivas de embargo a favor del Estado. La sociedad interpuso demanda de tercería de dominio e inscribió a su nombre las fincas embargadas. El transcurso del tiempo hizo que caducaran las anotaciones tomadas en su día (la Agencia Tributaria no solicitó las correspondientes prórrogas), por lo que se presentaron en el Registro otros mandamientos ordenando la práctica de nuevas anotaciones de embargo. A dichos mandamientos se acompañaron testimonios de las sentencias que habían desestimado la tercería en todas las instancias judiciales. Desestimación que estuvo fundada en la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica (59).

El Registrador negó la procedencia de las nuevas anotaciones por estar inscritas las fincas a nombre de persona distinta de la demandada y porque, no habiéndose decretado judicialmente la nulidad de la aportación a la sociedad ni de la inscripción de los inmuebles a favor de la misma, tal asiento de inscripción seguía vigente y bajo la salvaguardia de los tribunales. Sin embargo la Resolución que comentamos estima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado y afirma: «es excesivamente formalista entender que el principio de tracto sucesivo impide las anotaciones solicitadas por el mero hecho de que no se ha declarado la nulidad de la adquisición por el tercero al no haberse solicitado dicha declaración, pues paladinamente declara el tribunal que la aporta-

(57) Vid. RDGRN de 4 de abril de 2002.

(58) Según doctrina reiterada de la DGRN, la caducidad de la anotación preventiva opera *ipso iure* una vez agotado su plazo de vigencia, careciendo ese asiento desde entonces de todo efecto jurídico, aunque no se haya procedido formalmente a su cancelación (entre otras muchas, Resoluciones de 15 de febrero de 2007, 19 de julio de 2007 y 11 de diciembre de 2008).

(59) Se argumentó la improcedencia de la tercería de dominio afirmando que la creación de la sociedad mercantil tercerista había constituido una simple ficción, pues «al levantar el velo de su apariencia real», se podía descubrir su carácter de mero testaferro de otra personalidad.

ción a la sociedad es un acto puramente ficticio. La sentencia declara que la titular registral no es persona distinta de la embargada». Así es que, finalmente, volvió a anotarse el embargo aunque desde el punto de vista formal no coincidiese la deudora ejecutada con la última titular según el Registro (60).

A nuestro juicio, está claro que el Registrador no puede fundamentar su calificación positiva o negativa en base a la sospecha, aunque sea fundada, de que la transmisión del inmueble a la sociedad que es titular registral, ha sido fraudulenta o ficticia (61). Este es un tema en el que sólo el Juez tiene potestad para entrar y decidir. La duda surge cuando existe ese pronunciamiento judicial (como ocurre en el caso de la citada Resolución), pero el mismo se ha producido en el marco de un procedimiento de eficacia limitada —el que resuelve la tercería de dominio, cuyo objeto se circunscribe al alzamiento del embargo— y sin que se haya ordenado en el fallo la cancelación de la inscripción a nombre de la sociedad tercerista (62).

Pero, en todo caso, al margen de supuestos tan especiales como éste, en el que puede discutirse si es o no demasiado rigurosa la denegación de la anotación preventiva, esa decisión del Registrador es la que se impone, en general, si después de caducada una primera anotación accede al Registro la transmisión efectuada por el deudor antes de ordenarse el embargo.

De igual forma, y también con carácter general, cuando el Juzgado solicite al Registro que se expida la certificación de cargas, en ella se hará constar que el titular registral no es el ejecutado, sino alguien que adquirió antes de la traba, con lo que entrará en juego la tercería registral y será procedente el levantamiento del embargo (63).

c) Otra de las hipótesis que se pueden plantear, con efectos también similares a los que acabamos de ver, surge cuando la transmisión previa al

(60) MARTÍNEZ ESCRIBANO critica esta Resolución de la Dirección General (*Eficacia del embargo...*, cit., págs. 62 y 63, nota 62). El Registrador la recurrió judicialmente y el Juzgado de Primera Instancia le dio la razón, pero la SAP de Málaga, Sección 4.ª, de 14 de abril de 2008 estimó la apelación de la AEAT, confirmando el criterio de la Resolución recurrida.

(61) Como indica RIVAS TORRALBA (*Anotaciones de embargo*, cit., pág. 136), el Registrador no puede aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario para enervar las consecuencias que se derivan del tracto sucesivo. En el mismo sentido se pronuncia AGUILERA ANEGÓN, G., «Calificación registral de mandamientos de embargo de bienes inmuebles», en *Diario La Ley*, núm. 6467, 21 de abril de 2006.

(62) Cancelación que, en ese pleito, no se había pedido en la demanda de tercería.

(63) Lo dicho ahora sólo es aplicable a los procesos de ejecución regulados por la LEC. En el caso de los procedimientos administrativos de apremio no cabe contemplar la posibilidad de que se solicite la certificación de dominio y cargas después de caducada la anotación de embargo, pues se expide dicha certificación a la vez que se anota preventivamente la traba (art. 84.2 del Reglamento General de Recaudación aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, y art. 104.3 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio).

embargo accede al Registro antes de que se dicte la resolución acordando la traba. Es decir:

- 1.º El titular registral transmite la finca.
- 2.º El adquirente la inscribe a su nombre.
- 3.º Se decreta el embargo por deudas del transmitente o titular anterior.

Nos podemos preguntar cómo es posible que se haya decretado el embargo si el titular registral ya no es el deudor. Sin embargo, la práctica revela que esta situación es perfectamente factible. Téngase en cuenta que suele transcurrir cierto tiempo desde el momento en que el ejecutante consulta el Registro y conoce que su deudor es titular registral de un inmueble hasta que, después de señalarlo como candidato al embargo, la autoridad judicial (ahora, el Secretario) efectivamente acuerda la traba, por lo que puede ocurrir que cuando se dicta el auto o decreto ordenando el embargo ya se haya inscrito una transmisión de la finca efectuada por el deudor. De hecho, no es frecuente que la información registral que sirve de base al embargo esté actualizada al mismo día de la resolución que constituye dicho gravamen (64).

Pues bien, siendo los hechos los expresados más arriba, está claro que tampoco se puede anotar el embargo en ese caso (65). Y es indiscutible asimismo que, una vez advertida en los autos la inscripción a favor de persona distinta del ejecutado, procederá ordenar de oficio el alzamiento del embargo en base a los artículos 658 LEC y 38 LH (66).

(64) No existe en el ámbito judicial un sistema similar al instaurado por el Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre, sobre colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, el cual permite que, en el momento de otorgarse la escritura pública de transmisión de derechos reales sobre inmuebles, los interesados puedan conocer la verdadera situación registral de la finca objeto del negocio.

(65) Cabe citar, en este sentido, la RDGRN de 18 de febrero de 2000, aunque los hechos presenten cierta especialidad en relación con el caso que hemos adoptado como modelo básico. Tras la disolución de una sociedad de gananciales, se adjudica a la esposa un determinado inmueble, y unos días más tarde se inscribe la adjudicación en el Registro. Con posterioridad, en juicio ejecutivo seguido contra el marido, se traba embargo sobre la finca en cuestión, y el Juzgado ordena al Registrador que tome anotación preventiva de dicho embargo. El Registrador deniega la práctica del asiento y la Dirección General confirma tal criterio. «Estando inscrito a nombre de la esposa el bien cuestionado, y sin prejuzgar su responsabilidad por deudas gananciales contraídas antes de la disolución y liquidación del régimen (arts. 1.317, 1.401 y 1.410 del Código Civil), el principio de tracto sucesivo, en paralelo con el artículo 24 de la Constitución española, impone la necesidad de que en el procedimiento en el que se pretende hacer efectiva esa responsabilidad se dirija contra el cónyuge hoy titular».

(66) Dice CACHÓN CADENAS que la situación que nos ocupa «es el supuesto, por antonomasia, de la tercería registral» («Comentario al artículo 629 LEC», en AA.VV. —Director: LORCA NAVARRETE—: «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», cit., tomo III, pág. 3234). Vid., igualmente, FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Rescisión por fraude de acreedores en la tercería de dominio», en *Actualidad Civil*, 1998, t. II, ref. XXIV,

d) Finalmente, vamos a aludir a un supuesto distinto en consecuencia respecto a los anteriores, en el que, habiendo vendido el deudor la finca antes de ser embargada, no se anota el embargo sencillamente porque esa finca no está inmatriculada en el Registro. De manera que tanto la venta anterior al embargo como el procedimiento seguido contra el transmitente carecen de publicidad registral.

Aunque sea improcedente anotar la traba por razones obvias, lo que sí puede pedir el ejecutante es que se practique una anotación preventiva de suspensión de la anotación de embargo, a la espera de que pueda inmatricularse el inmueble a nombre del ejecutado (art. 629 LEC, que concuerda con lo previsto en los arts. 20.3 LH y 140 regla 2.ª RH) (67). Una vez conseguida la primera inscripción de la finca, el Registrador ya sí anotará normalmente el embargo (68).

Pero pensemos que el inmueble no ha accedido a los libros del Registro y fijémonos en la posición del adquirente anterior a la traba. Es claro que tiene derecho a ejercitar la tercería de dominio para obtener el levantamiento del embargo, dado que en el momento de ordenarse esa medida la finca ya no pertenecía al deudor. Si no acude a la tercería y la ejecución culmina con la adquisición de la finca por un tercero, aún le queda la opción de dirigir contra éste una acción reivindicatoria o declarativa del dominio. La acción dominical prosperará, pues el adjudicatario ha adquirido *a non domino* y no está protegido por la fe pública registral: faltando la inmatriculación de la finca y por tanto la inscripción del tercero, no puede plantearse la aplicación del citado principio hipotecario.

Cabe la posibilidad, sin embargo, de que el adjudicatario logre inmatricular el inmueble a su nombre antes de que se dirija contra él la demanda reivindicatoria. La pregunta es entonces: ¿estará amparada su adquisición

La Ley Digital, ref. 1641/2001, y TALMA CHARLES, J., *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, Centro de Estudios Registrales, 2001, págs. 404 y 405.

(67) Esta anotación, por el defecto subsanable de no estar inmatriculada la finca, tiene un plazo de 60 días, prorrogable hasta 180. Cabe que el Juez conceda una segunda prórroga de carácter extraordinario hasta que transcurra un año más, según dispone el artículo 205 RH en la interpretación que de este precepto realiza la DGRN (vid. Resoluciones de 24 de abril y 25 de julio de 2007).

(68) La misma anotación de suspensión cabe en un caso diferente, al que también alude el artículo 629.2 LEC, así como los artículos 105 y 140.1.º RH: cuando, estando la finca inmatriculada, el ejecutado sea causahabiente del último titular registral. El supuesto, más específicamente, sería éste: el titular registral vende el inmueble y el comprador no inscribe su adquisición. Se decreta el embargo por deudas de este comprador no inscrito, que es dueño, y aunque la traba no tiene acceso al Registro por falta de tracto, puede tomarse anotación preventiva de suspensión de la anotación de embargo. Esta última se extenderá cuando se subsane el defecto con la práctica de la inscripción omitida (vid. RDGRN de 7 de octubre de 2004; CACHÓN CADENAS, M., *loc. cit.*, pág. 3232; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Eficacia del embargo...*, cit., pág. 53; y UCEDA OJEDA, J., en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 3038).

frente a la reclamación del primer adquirente? Desde luego el artículo 34 LH no resulta aplicable de forma directa, pues el citado adjudicatario no ha adquirido confiando en lo publicado por el Registro; no le ha transmitido el titular registral. En cambio, sí encaja el supuesto en el artículo 32 (lo no inscrito no perjudica a tercero), pero sólo podrá aplicarse este precepto para proteger al rematante que inmatricula de buena fe si se sigue la interpretación dualista del mismo, es decir, la que no exige en el tercero del artículo 32 todos los requisitos que aparecen en el artículo 34, y particularmente el de la inscripción previa en la que se apoya el tercero. En otro caso, es decir, si se sigue la tesis monista y se mantiene que el tercero al que se refieren ambos preceptos es «el mismo», el primer comprador triunfará en su reivindicación frente al inmatriculante (69).

3. TRANSMISIÓN POSTERIOR AL EMBARGO

Otro grupo de supuestos claramente distintos a los que hasta ahora hemos contemplado se plantea cuando, después de haberse decretado el embargo sobre un inmueble propiedad del deudor, éste lo transmite a un tercero. La situación de partida es de nuevo simple, pero también aquí la posible publicidad registral del embargo y/o de la transmisión, así como el momento en que accedan uno y otra al Registro hace más complejo el panorama, dando lugar a varias hipótesis, con consecuencias jurídicas peculiares, que es preciso diferenciar entre sí.

No obstante la diversidad de casos, se puede afirmar que el principio general en esta materia es que el adquirente posterior al embargo queda afectado por él, ha de soportar las consecuencias de la ejecución, salvo que le ampare la fe pública registral en los términos que luego se irán viendo. Tal principio genérico es acorde con la tesis que defiende la trascendencia real del embargo y la consideración del mismo como carga o gravamen que se desplaza junto al bien sobre el que recae, de forma que si el ejecutado vende la finca embargada sólo puede transmitirla tal y como está en su patrimonio, es decir, con la limitación que la traba significa, a no ser que el adquirente sea un tercero protegido (70).

(69) Sobre la polémica entre las llamadas tesis monista y dualista, que sigue viva en la doctrina más moderna, vid., en la última década, GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado en nuestro sistema inmobiliario registral», en *ADC*, 2004, pág. 381 y sigs.; JIMÉNEZ PARÍS, T. A., *El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria*, Centro de Estudios Registrales, 2005; MONTSERRAT VALERO: «En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario», en *RDP*, 2001; y SABORIDO SÁNCHEZ, P., *Reflexiones sobre el tercero hipotecario*, cit., pág. 123 y sigs.

(70) Vid. la nota núm. 2 de este trabajo.

Lo anterior no impide que merezca un tratamiento distinto el caso en que el dueño del inmueble embargado lo haya adquirido después del embargo, pero derive su derecho de alguien a quien el ejecutado transmitió la finca antes de que dicho embargo fuese decretado. Es decir: A, deudor, transmite a B; a continuación se decreta el embargo por deudas de A; y posteriormente B transmite a C. En tal caso creemos que no siendo oponible el embargo a B tampoco debe afectarle a C. Es cierto que, en línea de principio, la legitimación para ejercitar la tercería de dominio le corresponde a quien compró antes de ordenarse el embargo, pero al haber enajenado el inmueble no tendrá interés alguno en acudir a la tercería. Es al posterior adquirente, propietario actual, a quien le interesa legítimamente el alzamiento del embargo. Se podría objetar que cuando este último adquiere ya se ha dictado la resolución que ordena la traba, pero se da la circunstancia de que el ejecutado no era propietario en el momento del embargo, por lo que esa medida no puede constituirse en verdadero gravamen sobre el inmueble, con eficacia frente a terceros. En consecuencia, creemos que hay que reconocer legitimación para formular la tercería de dominio al citado C, esto es, al adquirente posterior al embargo que sea causahabiente de quien, sin ser el deudor ejecutado, ya era dueño en la fecha de la traba (71).

La STS de 4 de julio de 2007 no mantiene, sin embargo, este criterio. Rechaza la tercería en un caso como el cuestionado y se apoya en la STS de 23 de julio de 2002, según la cual: «el tercerista tiene que probar la existencia del dominio a su favor a la fecha del embargo que pretende levantar, sin que sea suficiente que lo demuestre respecto de quien dice habérselo transmitido a él, pues no se puede ejercitar la tercería por otro». Lo que ocurre es que esta sentencia no enjuició un caso como el que nos ocupa, sino un supuesto en el que tanto el tercerista como su transmitente habían adquirido después de decretarse el embargo por deudas del ejecutado, quien en el momento de la traba era propietario. Por tanto, en la sentencia de 2002 sí estaba plenamente justificado el rechazo de la tercería, mientras que en la sentencia del 2007, con una base fáctica distinta, esa misma decisión no fue, a nuestro juicio, la correcta.

(71) En este sentido, CACHÓN CADENAS, M., *loc. cit.*, pág. 2962; DÍAZ FRÁILE, J. M., *Las tercerías de dominio en relación con el Registro...*, cit., y MONDEJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzadas*, cit., pág. 399. También la SAP de Girona, Sección 1.ª, de 25 de septiembre de 2008, según la cual en la tercería: «lo importante es analizar la situación dominical del bien embargado en el momento en el que se hizo el embargo, pues si en ese momento el ejecutado no era titular del bien y legítimamente lo era un tercero, es claro que el embargo fue realizado incorrectamente, no pudiéndose desestimar la tercería por el hecho de que el titular de dicho bien en el momento del embargo, lo transmitiera con posterioridad a otro».

3.1. EMBARGO NO ANOTADO E INSCRIPCIÓN DEL ADQUIRENTE

Volvemos al supuesto de base en que el deudor, una vez trabado el embargo, transmite el inmueble. Supongamos que dicho deudor es el titular registral de la finca afectada y que, antes de que se llegue a anotar el embargo, el comprador inscribe su adquisición.

El hecho de que la transmisión haya accedido al Registro antes que el embargo puede obedecer a distintas razones, como que el ejecutante no haya solicitado en un primer momento la práctica de la anotación, o, sencillamente, que se haya «colado» la inscripción de la venta en el intervalo temporal que va desde el instante en que nace el gravamen hasta que se presenta el correspondiente mandamiento para su toma de razón en el Registro. Ambas fechas pueden coincidir, pero tal circunstancia no es habitual en la práctica (72).

Pues bien, está claro que si ya se ha inscrito la venta efectuada por el deudor y después se presenta en el Registro el mandamiento de embargo, la anotación de la traba va a ser denegada en base al argumento, ya mencionado en varias ocasiones, de la falta de tracto sucesivo, al no ser titular registral la persona contra la cual se ha dirigido la ejecución. La DGRN ha aplicado este principio en numerosos casos como el que ahora nos cuestionamos, y entre ellos cabe citar el que ha sido objeto de la Resolución de 5 de noviembre de 2009. En un procedimiento cambiario, el Juzgado decreta el embargo de una finca de la que el deudor es dueño y titular registral. El mandamiento de embargo se envía por fax al Registro, causando el correspondiente asiento de presentación, pero este asiento caduca transcurridos diez días hábiles por no haberse presentado el título físicamente en la oficina registral. Posteriormente llega al Registro una escritura de compraventa otorgada por el deudor a favor de un tercero. No se especifica en la resolución la fecha de la escritura, pero queda claro que se otorgó después de practicarse el embargo. La compraventa se inscribe, y a continuación se presenta de nuevo el mandamiento de embargo que es suspendido (73) por la Registradora. La DGRN confirma la nota de calificación y aclara, entre otros extremos, lo siguiente: «la circunstancia de que en el momento de adoptarse la resolución judicial la finca aún pertenecía al deudor, no basta para tomar la anotación

(72) El artículo 587.1 LEC, tras la reforma para la implantación de la nueva oficina judicial, prevé que el secretario judicial «adoptará inmediatamente» las medidas de garantía o publicidad de la traba, con lo que está claro que se pretende acortar el tiempo en que el embargo existe, pero no es cognoscible por terceros. Ello no obstante, este precepto hay que ponerlo en conexión con el artículo 629.1 de la misma ley, relativo específicamente al embargo de bienes inmuebles, en el que se aclara que el mandamiento ordenando la anotación del embargo se expedirá «a instancia del ejecutante», por lo que se requiere, en todo caso, que el acreedor haya realizado esa solicitud.

(73) En realidad lo correcto habría sido denegar la anotación, pues el defecto no era subsanable.

preventiva de embargo, pues el momento en el que se debe cumplir el tracto sucesivo es el de la presentación en el Registro del título cuya inscripción se pretende...»; «en caso de que se deje caducar el asiento de presentación procede el despacho de los títulos posteriores, que ganan prioridad y producen el cierre registral de títulos incompatibles».

Pero, además de la cuestión registral relativa a la publicidad del embargo, hay que preguntarse si en la situación que ahora analizamos el adquirente de la finca se va a ver afectado por dicho gravamen o bien va a quedar inmune frente al proceso de ejecución en curso.

Recordemos que el artículo 587 LEC, tras señalar que el embargo existe aunque no se hayan adoptado medidas de garantía del mismo, añade que lo anterior es «sin perjuicio de las normas de protección del tercero de buena fe que deban ser aplicadas». Ello se interpreta en el sentido de que si el comprador del inmueble ignora la existencia del embargo no anotado, una vez que inscriba su adquisición va a quedar protegido por la fe pública registral y la traba no le perjudicará (74). Precisamente la finalidad de la anotación preventiva —que en este caso no se ha practicado— es avisar a posibles terceros de que la finca está embargada y evitar así la aparición de sujetos protegidos en base a la confianza que suscita lo publicado en el Registro (75). Pero, por otra parte, también hay que tener presente que el deudor ha vendido la finca después de haberse expedido contra él mandamiento de embargo de bienes, por lo que el supuesto entra en la presunción de fraude de acreedores que establece el artículo 1297.2.º del Código Civil. Cabe entonces la posibilidad de que el acreedor ejercite una acción pauliana dirigida a rescindir la venta, y habrá que saber hasta qué punto o en qué condiciones se ve afectado el adquirente por esa acción. Pues de ello depende que consolide su dominio, incluso libre de la carga del embargo, o que, por el contrario, deba restituir el inmueble al patrimonio del deudor.

La solución de este problema suscita dos interrogantes relacionados entre sí y que podemos formular de la siguiente forma: la presunción de fraude

(74) Vid. CACHÓN CADENAS, M., *Comentario al artículo 629 LEC*, cit., pág. 3236; DÍAZ MARTÍNEZ, A., *La ejecución forzosa sobre inmuebles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Aspectos civiles y registrales*, ed. Aranzadi, 2001, pág. 249; SÁNCHEZ CALERO, F. J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*, cit., pág. 154.

También queda protegido el adquirente si se anotó el embargo pero la anotación ha caducado cuando se produce la enajenación del inmueble y su inscripción a nombre del comprador.

(75) El adquirente no está a salvo de la traba si conoce o ha podido conocer que se ha decretado tal garantía del derecho del acreedor. Por ejemplo, en el caso de la Resolución de 5 de noviembre de 2009, antes citada, el tercero no puede invocar su buena fe si en el momento de la venta (cuya fecha no se especifica) estaba vigente el asiento de presentación del mandamiento de embargo, aunque ya estuviera caducado ese asiento en el momento de inscribir su adquisición.

prevista en el artículo 1297.2, entendida como conocimiento del perjuicio que la enajenación ocasiona al acreedor, ¿abarca sólo al deudor enajenante o también al adquirente a título oneroso?; y ¿cómo se compagina esta presunción civil con la presunción hipotecaria de buena fe del tercero?

Respecto a la primera pregunta, señalar que es dominante en la doctrina la opinión según la cual la presunción del artículo 1297.2 afecta al negocio en su conjunto, y por ello tanto al enajenante como al adquirente (76). La cuestión es entonces determinar si esa regla se aplica a los casos en que el inmueble está inmatriculado, el embargo no ha sido objeto de anotación, y el adquirente ha inscrito su derecho. ¿Puede este adquirente invocar a su favor la buena fe que presume el artículo 34 LH? Se suele decir que dicho precepto al igual que el artículo 37 LH se aplica a los subadquirentes del inmueble, pero no al primer comprador, que es parte del contrato que se pretende rescindir (77). Y es cierto que el comprador del bien embargado no es tercero respecto de la venta cuya ineficacia se plantea, pero sí es tercero en relación con la carga (el embargo) no publicada por el Registro, en cuanto que es ajeno a la deuda que ha motivado la ejecución. Siendo así las cosas, su posición podría ampararse en la inoponibilidad de lo no inscrito (art. 32 en relación con el 34 LH), con lo que entraría en juego la presunción de buena fe registral y quedaría neutralizada la presunción de fraude. Ello sin perjuicio de que el acreedor pueda probar, en base a las circunstancias objetivas y subjetivas de la enajenación (precio bajo, fecha próxima al embargo, relaciones personales de las partes), que verdaderamente el comprador era consciente del perjuicio ocasionado al titular del crédito (78), en cuyo caso no hay duda de que sí sería procedente la rescisión del contrato y el adquirente quedaría sujeto a las consecuencias de la misma (79).

(76) Vid. MARTÍN PÉREZ, J. A., «Comentario a la STS de 3 de octubre de 1995», en CCJC, núm. 40, 1996, ref. 1077, pág. 178; FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Subsidiariedad de la acción pauliana en las obligaciones solidarias», en *Diario La Ley*, 1996, ref. D-213, La Ley Digital 12112/2001, y «Rescisión por fraude de acreedores en la tercería de dominio», en *Actualidad Civil*, 1998, t. II, ref. XXIV, La Ley Digital 1644/2001.

(77) Cfr. MARTÍN PÉREZ, J. A., *loc. cit.*, pág. 179; y en «Comentario al artículo 1.297 del Código Civil», en *Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil* (Director: M. PASQUAU LIAÑO), t. II, 2.ª ed., Comares, 2009, pág. 2482. Vid., igualmente, las SSTs de 27 de mayo de 2002 y 27 de enero de 2003.

(78) Afirma MORENO QUESADA, B. («Comentario al artículo 1.297 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, t. XVII, vol. 2.º, 2.ª ed., Edersa, 2005), que «la presunción del artículo 1297.2.º hay que entenderla de acuerdo con lo que dispone el artículo 34.º de la Ley Hipotecaria. Y añade, citando las SSTs de 28 de noviembre de 1892 y 31 de diciembre de 1897: «subordinada como está la ley común a la especial, no cabe rescindir como fraudulenta la enajenación si no se acredita por otros medios la complicidad del adquirente en el fraude».

(79) Es lo que ocurre en la STS de 22 de junio de 2009, donde la Audiencia y el Alto Tribunal consideran que hay indicios suficientes para concluir que el adquirente del bien

No obstante lo anterior, imaginemos ahora que la enajenación no ha sido fraudulenta o no ha sido declarada como tal. Desde el punto de vista sustantivo, al adquirente de buena fe no le es oponible el embargo, según lo que ya se ha explicado. Y desde el punto de vista procesal, lo procedente es evitar que la ejecución siga adelante y salga el bien a subasta. El mecanismo para ello nuevamente es, una vez expedida la certificación de dominio y cargas, ordenar el alzamiento del embargo a través de la tercería registral. Posibilidad que se considera aplicable no sólo en los casos ya vistos, en los que el «tercerista» adquirió antes de decretarse el embargo, sino también en la hipótesis presente, en que, aun siendo la transmisión posterior al embargo, la misma se ha inscrito sin que la traba haya sido anotada (80).

Pero, una vez más, la realidad y el orden de los acontecimientos aportan otras posibilidades y otras consecuencias. Porque puede suceder que la transmisión se inscriba después de haberse expedido la certificación de dominio y cargas regulada en el artículo 656 LEC, de manera que cuando dicha certificación sale del Registro la finca sigue inscrita a nombre del deudor. En tal caso, el Juzgado no tiene noticia de la adquisición del tercero y no va a ordenar de oficio el alzamiento del embargo. Mientras que el adquirente, por su parte, tampoco va a tener medio de conocer por vía registral la existencia del procedimiento. Porque la nota encargada de publicar que se ha expedido la certificación solamente se hace constar al margen de la anotación de embargo (art. 143.2 RH), y en nuestro caso esa anotación no se ha practicado.

Así es que la ejecución seguirá su curso y la finca será enajenada en subasta o adjudicada al acreedor embargante. El adjudicatario no va a poder inscribir, pues ya lo ha hecho el comprador, y la inscripción de éste no puede ser cancelada *ex* artículo 674 LEC y 175.2 RH, debido a la falta de publicidad del embargo. Tampoco triunfaría el citado adjudicatario si ejercitase una acción dominical frente al titular registral: suponiendo la buena fe de este último, tanto el principio de fe pública como la normativa de la doble venta le ampararían.

embargado fue cómplice del fraude, quedando la compraventa rescindida. Los datos que se toman en consideración a estos efectos son, por un lado, las relaciones societarias entre la entidad enajenante y el comprador, y, por otro, el precio de venta, muy inferior al real, del local embargado. Lo que no aparece en la sentencia es ningún pronunciamiento sobre el alcance de la presunción del artículo 1297.2 ni sobre su relación con la presunción hipotecaria de buena fe.

(80) En este sentido, entre otros autores, DÍAZ FRAILE, J. M., *loc. cit.*; RIVAS TORRALBA, R., *Anotaciones...*, cit., pág. 68; MONDEJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas*, cit., pág. 363; y ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales...*, cit., pág. 212 y sigs. Este último civilista considera que, sin perjuicio de la actuación de oficio en el alzamiento del embargo cuando se dé la situación prevista en el artículo 658 LEC, no debe impedirse al tercero que él mismo aporte la certificación registral de su titularidad, en el momento que considere más adecuado, con la pretensión de que se paralice la ejecución (págs. 214-215).

3.2. ADQUISICIÓN ANTERIOR A LA ANOTACIÓN DEL EMBARGO QUE SE INSCRIBE DESPUÉS DE ÉSTA

Conjugando los tiempos en que se manifiestan los tres elementos de nuestro estudio (embargo, transmisión del dominio y publicidad registral) se nos presenta un supuesto más de interés, que tiene lugar cuando la adquisición del tercero es posterior al embargo pero anterior a su anotación en el Registro. O sea:

- 1.º Se decreta el embargo por deudas del dueño y titular registral de un inmueble.
- 2.º Dicho titular registral transmite la finca a otra persona.
- 3.º Se anota el embargo.
- 4.º El adquirente del inmueble lo inscribe a su nombre (81).

Casos como éste han llegado en diversas ocasiones hasta el Tribunal Supremo, en donde se ha planteado si el adquirente está legitimado para interponer una tercería de dominio. Actualmente la respuesta que da a tal cuestión la jurisprudencia (82) es negar la procedencia de dicha acción, argumentando que la adquisición del tercerista es posterior a la fecha del embargo y que la anotación de éste en el Registro no tiene carácter constitutivo, por lo que el inmueble queda afectado a las resultas de una determinada ejecución desde que se ordena la traba y no desde que se publicita su existencia. A ello añaden varias sentencias, de forma directa o indirecta según se hayan planteado los motivos del recurso, que el demandante en la tercería no está protegido por la fe pública registral porque cuando inscribe su dominio ya está anotada la carga (83).

(81) Este adquirente no es propiamente el «tercer poseedor» al que se refiere el artículo 662 LEC, pues el precepto da la consideración de tal a quien adquiere después de anotado el embargo. Pero, debido a la remisión que hace el artículo 658.2 al citado 662, quien inscribe el dominio con posterioridad a la anotación del embargo recibe el mismo tratamiento procesal que ese tercer poseedor y, en consecuencia, «podrá pedir que se le exhiban los autos en la Secretaría, lo que se acordará sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose también con él las actuaciones ulteriores». Vid. NADAL GÓMEZ, I., *La transmisión a terceros...*, cit., pág. 229 y sigs.

(82) SSTs de 7 de abril de 2000, 10 de diciembre de 2002, 30 de noviembre de 2004, 14 de junio de 2007 y 21 de junio de 2007.

(83) Vid., particularmente, las SSTs de 7 de abril de 2000 y 30 de noviembre de 2004. Tanto estas sentencias como las citadas en la nota anterior proceden de pleitos sometidos a la LEC de 1881, pero se ha seguido la misma doctrina, siendo de aplicación la LEC de 2000, en distintas decisiones de las Audiencias sobre esta materia (no recurribles ya en casación). Así, el auto de la AP de Cádiz, Sección 2.ª, de 6 de octubre de 2009, desestima una tercería de dominio porque «el bien trabado al momento de diligenciarse el embargo permanecía en el patrimonio del deudor y no había sido transmitido aún al tercerista, y éste no ostenta la condición de tercero hipotecario por cuanto su título accedió al Registro de la Propiedad después de que se hubiera anotado preventivamente el embargo». Análogos son los autos de la AP de Granada, Sección 3.ª, de 2 de febrero de 2005, y de la AP de Madrid, Sección 21.ª, de 21 de noviembre de 2008, este último en un caso

Esta argumentación entronca directamente con la discusión sobre el momento en que debe apreciarse la buena fe del tercero para alcanzar la protección registral. El problema ya ha sido analizado anteriormente, con motivo del conflicto que se plantea cuando un inmueble es enajenado por su titular registral y con posterioridad, en el seno de un procedimiento de ejecución seguido contra ese titular, es adquirido en subasta por otro sujeto. Ahora el momento de la buena fe hipotecaria es relevante en una situación distinta, para determinar si un gravamen (el embargo), no anotado en el Registro cuando el tercero adquiere pero sí cuando inscribe, le es oponible a dicho tercero. Pues bien, siguiendo la opinión antes defendida [epígrafe 2.2.2.b)] nos decantamos por exigir la buena fe del tercero hasta el momento de la inscripción (84). Tal exigencia temporal es aplicable no sólo cuando se discute a quién ha de atribuirse el dominio de un inmueble primero vendido voluntariamente y después sujeto a ejecución (supuesto ya estudiado), sino también si el asunto es en qué condiciones resulta inoponible al adquirente una carga constituida antes de su adquisición. Ya se considere directamente aplicable el artículo 32 o bien la conjunción del 32 y 34 de la LH.

El caso es que al tercero no le afecta un gravamen previo (o sea, queda liberado de él) cuando completa los requisitos necesarios para ser protegido por la fe pública registral. Entre esos requisitos se encuentra la inscripción de su derecho, y hasta que esa inscripción se produce es necesaria la buena fe. La consecuencia es entonces la que ha mantenido en los últimos tiempos el Tribunal Supremo: no hay buena fe en el tercero si cuando inscribe su título conoce o puede conocer la existencia del embargo por encontrarse anotado en el Registro. Y ello aunque esa anotación haya sido posterior al día en que la transmisión del dominio tuvo lugar.

No siendo procedente la tercería, la ejecución seguirá tramitándose y culminará con la adjudicación del inmueble al mejor postor en la subasta o, en su caso, al acreedor ejecutante. ¿Puede este adjudicatario inscribir su adquisición? Es claro que sí. Para ello deberá presentar en el Registro el testimonio del auto/decreto de adjudicación acompañado del mandamiento de cancelación de cargas previsto en los artículos 674 LEC y 175.2.º RH. Se cancelará la anotación de embargo y «todas las inscripciones y anotaciones posteriores», incluida, por tanto, la inscripción de dominio practicada después de haberse anotado la traba. Téngase en cuenta, además, que la transmisión a favor del

en el que la finca se trabó por deudas tributarias. En cambio sigue un criterio distinto la SAP de Las Palmas, Sección 3.ª, de 16 de noviembre de 2009, la cual estima procedente la tercería, haciendo prevalecer la enajenación sobre el embargo anterior. Y ello por no haberse probado que cuando el tercero adquirió conocía la existencia de la carga, no anotada todavía en ese momento.

(84) En relación al caso que ahora nos ocupa, se pronuncia en el mismo sentido DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario a la STS de 21 de junio de 2007», en *CCJC*, núm. 76, ref. 2024, págs. 231 y 232.

adjudicatario enlaza con el embargo anotado, el cual tiene prioridad registral sobre la enajenación voluntaria llevada a cabo por el deudor (85).

Así pues, en el ámbito registral está claro que prevalece el derecho del rematante sobre el de quien inscribió su dominio después de anotarse el embargo. Pero desde el punto de vista estrictamente civil, en el conflicto entre esos dos sujetos, ¿quién gana?, es decir, ¿quién es el verdadero propietario? Se trata de una cuestión que deberá resolverse si la persona que compró el inmueble al deudor ejercita una acción reivindicatoria o declarativa del dominio contra el adjudicatario, último titular registral. Lo que ocurre es que en este caso el demandante no está en condiciones de reclamar la propiedad, pues adquirió cuando el embargo ya se había decretado e inscribió después de que constase en el Registro. Por tanto, como ya hemos indicado antes, se le transmitió el inmueble con un gravamen y no puede invocar la fe pública para verse liberado de sus consecuencias (86). En cuanto al demandado, quizá pudiéramos pensar que él tampoco adquirió de buena fe porque cuando fue a inscribir el testimonio del auto a su favor constaba como titular registral el comprador (demandante) y no el ejecutado. Sin embargo, este planteamiento es erróneo, y el error está en olvidar que la adjudicación es consecuencia directa del embargo, el cual se practicó correctamente, cuando era propietario el deudor. En consecuencia, hay que entender que es al citado adjudicatario a quien se transmite el dominio salvo que el otro adquirente pudiera estar protegido por la fe pública (lo que no ocurre en nuestro caso). O dicho de otra forma: inscribe de mala fe el adjudicatario que conoce una venta realizada por el dueño antes de que se origine su derecho, es decir, antes de que la finca quede afecta a la ejecución. Pero no se encuentra en esa situación quien lleva al Registro la adquisición derivada de un embargo que se trabó con motivo de las deudas impagadas del dueño y titular registral, aunque después de publicada la traba se haya hecho constar en el Registro la venta del inmueble ya embargado. Si el adquirente posterior al embargo no está protegido por la fe pública (y no lo está, repitémoslo de nuevo, porque se ha anotado preventivamente ese gravamen previo a su adquisición), quien ha adquirido regularmente no puede verse afectado por la referida transmisión, aunque se haya inscrito antes que la suya (87).

En definitiva, hay que analizar los requisitos del artículo 34 LH en el adquirente *a non domino*, y no hay que hacerlo respecto al adquirente *a*

(85) Ya antes de la vigencia de la actual LEC e incluso de la reforma del artículo 175.2 RH, que tuvo lugar en 1992, la RDGRN de 6 de septiembre de 1988, en un caso idéntico al que ahora nos ocupa, admitió la inscripción del auto de adjudicación. Con ello revocó la nota de calificación del Registrador, quien había denegado la inscripción de dicho auto por ser la adquisición del tercero anterior en el tiempo a la anotación del embargo.

(86) Ello al margen de la presunción de fraude que pesa sobre esa enajenación conforme al artículo 1.297 del Código Civil.

(87) Coinciden así, en esta hipótesis, la perspectiva registral y la civil, pues el adjudicatario no sólo puede inscribir su adquisición, sino que también es el verdadero propietario.

domino, ya que es aquél y no éste quien necesita cumplir tales requisitos para que su adquisición sea efectiva (88). Cuando es el dueño quien transmite al comprador, sea directamente o bien a través de un procedimiento de apremio, este comprador no tiene que acudir a la fe pública registral para consolidar el dominio. Ello sin perjuicio, claro está, de la conveniencia de inscribir su título para evitar la posible aparición de un auténtico tercero hipotecario.

3.3. ADQUISICIÓN POSTERIOR A LA ANOTACIÓN DE EMBARGO

La última situación que vamos a analizar es la que se produce cuando, después de embargado el inmueble en procedimiento seguido contra el deudor (titular registral), y después de haberse practicado la correspondiente anotación preventiva, el ejecutado transmite la finca a un tercero que inscribe su adquisición.

Es evidente que, enunciados así los hechos, este adquirente queda vinculado a los efectos de la ejecución en curso. No está legitimado para ejercitar la tercería de dominio ya que adquiere el inmueble con la carga del embargo. Y no puede invocar la fe pública registral para evitar las consecuencias de ese gravamen, pues precisamente los libros del Registro publican su existencia (89). Lo único que le cabe hacer si quiere liberar el bien es, conforme al artículo 662.3 LEC, pagar lo que se le deba al acreedor antes de que tenga lugar la aprobación del remate o la adjudicación del inmueble al ejecutante. Si no lo hace, cuando el procedimiento de ejecución culmine y se presente en el Registro de la Propiedad el testimonio del auto/decreto de adjudicación y el correlativo mandamiento de cancelación de cargas, su titularidad quedará anulada en el folio registral.

Sin embargo, con cierta frecuencia se añade a la hipótesis que ahora nos ocupa algún elemento o circunstancia peculiar, relacionado con la caducidad

(88) En la misma línea se pronuncia VELA SÁNCHEZ, A. (*Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública...*, cit., pág. 182), quien afirma que si se adquiere *a domino* no es precisa la buena fe en el momento de la inscripción.

(89) Vid., entre otros, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales del embargo...*, cit., pág. 89; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *Dos cuestiones sobre la anotación preventiva de embargo...*, cit., págs. 2647 y 2648; TALMA CHARLES, J., *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, Centro de Estudios Registrales, 2001, pág. 564 y sigs.

La STS de 26 de septiembre de 2000 acoge también el criterio expuesto consistente en rechazar la tercería y la aplicación de la fe pública registral. En el caso enjuiciado, la secuencia cronológica fue la siguiente: 1.º embargo; 2.º venta del inmueble en documento privado no seguido de tradición; 3.º anotación del embargo; 4.º otorgamiento de escritura pública de compraventa, y 5.º inscripción de dicho título. El supuesto es, por tanto, el mismo que ahora estamos contemplando pues, como aclara la propia sentencia, la transmisión dominical a favor del comprador se produjo en el momento del otorgamiento de la escritura, es decir, en fecha posterior a la anotación del embargo.

de la anotación de embargo, que puede condicionar la situación del tercero y alterar el esquema jurídico básico que se acaba de exponer. Concretamente, centraremos la atención en tres casos:

a) La primera variante respecto del supuesto de hecho inicial consiste en que la transmisión se produce estando vigente la anotación preventiva, pero se inscribe cuando dicha anotación está caducada por no haberse solicitado su prórroga. La cuestión es si tal circunstancia puede provocar que el adquirente del bien embargado quede liberado del gravamen, cuestión que claramente recibe una respuesta negativa, ya que dicho sujeto no puede ampararse en la fe pública registral: carece de buena fe porque en la fecha de la adquisición el embargo estaba anotado y conocía o podía conocer su existencia (90). Recordemos que, según el criterio que compartimos con otros autores, la buena fe debe darse hasta el momento de la inscripción, lo que obviamente engloba los momentos anteriores (particularmente, el de la adquisición) y no sólo la fecha de acceso del título al Registro.

Por tanto, la consecuencia de esta primera hipótesis, desde la perspectiva civil, coincide con la que hemos apuntado en general más arriba: cuando el inmueble se adjudique al rematante, éste podrá hacer valer su derecho frente a quien adquirió en un momento en el que el embargo tenía publicidad. En cambio, desde del punto de vista registral la situación no es la misma que antes. Estando caducada la anotación de embargo y constando en el Registro la transmisión efectuada por el deudor, no cabe inscribir el testimonio del auto/decreto de adjudicación por impedirlo los principios de legitimación y de tracto sucesivo (91): el rematante no trae causa del último titular registral, y tampoco puede concatenar su derecho con la anotación preventiva ya que ésta ha perdido su vigencia y por tanto la prioridad que en su día tuvo. Ello supone que si el adjudicatario quiere inscribir su adquisición, tendrá que acudir al proceso declarativo correspondiente para ejercitar una acción dominical, siendo además aconsejable que anote la demanda con el fin de enervar la eficacia de la fe pública respecto de ulteriores adquirentes (92).

(90) En el mismo sentido, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., «Comentario a la STS de 18 de diciembre de 2001», en *CCJC*, núm. 59, 2001, ref. 1598, págs. 641 y 642; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales del embargo...*, cit., págs. 86-87 y 216-218; VELA SÁNCHEZ, A., *La fe pública registral en las ventas judiciales...*, cit., pág. 73.

(91) Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. («Comentario a la RDGRN de 14 de marzo de 2006», en *CCJC*, núm. 73, ref. 1957, pág. 379 y sigs.), ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. («Efectos registrales y sustantivos de la caducidad de la anotación preventiva de embargo. Comentario a la STS de 31 de mayo de 2002»), en *R.D.Patrim.*, núm. 13, 2004, pág. 385; así como las RRDGRN de 16 de septiembre de 2002, 14 de enero de 2005 y 11 de diciembre de 2006, que siguen el criterio expresado en el texto.

(92) Es ilustrativa del régimen jurídico que se acaba de explicar la SAP de Madrid de 18 de enero de 2010, aunque la situación fáctica no coincida exactamente con esta «primera variante». Los hechos, por orden cronológico, fueron los siguientes:

b) Caso distinto es aquél en el que el deudor enajena el inmueble cuando ya está caducada la anotación de embargo, y el adquirente inscribe su título en el Registro. La situación, tanto desde la óptica sustantiva como registral puede equipararse a la vista en el epígrafe 3.1 (transmisión posterior a un embargo no anotado e inscripción del adquirente). Sucede básicamente que quien compra e inscribe, estando caducada la anotación preventiva, si es de buena fe, consolida su adquisición libre de la carga del embargo, tal como resuelve la STS de 18 de junio de 2008 (93). Aunque el bien embargado sea enajenado judicialmente, en el conflicto entre el adquirente «voluntario» que inscribe y el rematante triunfará el primero, al que ampara la legislación hipotecaria (94). Por otra parte, careciendo ya el embargo de reflejo

- 1.º Se ordena el embargo de una parcela por impago de deudas de su propietaria y titular registral, doña Amelia, anotándose la traba en el Registro.
- 2.º A instancia del Juzgado, el Registrador emite certificación de dominio y cargas.
- 3.º Doña Amelia aporta la finca a una sociedad limitada, haciéndose constar en la escritura de aportación las cargas y gravámenes que pesaban sobre la misma. La sociedad inscribe su adquisición.
- 4.º En el procedimiento seguido contra doña Amelia el inmueble es adjudicado en tercera subasta a su padre, don José Daniel.
- 5.º Caduca la anotación preventiva de embargo.
- 6.º Se presenta en el Registro testimonio del auto de adjudicación cuya inscripción es denegada por el Registrador.
- 7.º Don José Daniel (el rematante) vende el inmueble a don Torcuato y doña Leocadia en escritura pública, advirtiéndole en ella el Notario que sólo podrá practicarse la inscripción a favor de la parte compradora si consiente el titular según el Registro o lo ordena una resolución judicial.
- 8.º Don Torcuato y doña Leocadia ejercitan acción declarativa del dominio frente a la sociedad titular registral, acción a la que ésta se opone alegando que no fue parte en el procedimiento de apremio que provocó el embargo de la finca y que, al haber caducado la anotación preventiva, el inmueble había quedado libre de la carga. Invoca por ello la preferencia de su derecho sobre el del adjudicatario y sobre el de quienes adquirieron de éste.

Tanto el Juzgado como la Audiencia estiman la demanda. Frente a las alegaciones de la sociedad demandada, la Audiencia hace dos aclaraciones importantes: a) Dicha entidad no puede objetar indefensión por no haber sido convocada en el procedimiento de ejecución de la finca, ya que su adquisición se produjo después de haberse anotado el embargo y después de haberse emitido la certificación de cargas, por lo que con arreglo al RH no era necesaria su citación. b) La caducidad de la anotación fue posterior a la aportación de la finca a la sociedad demandada, y aunque esa caducidad sea automática cuando transcurre el plazo de cuatro años, no tiene efecto retroactivo y por tanto los actos realizados durante la vigencia del asiento continúan sometidos a las consecuencias que de él se derivan. Sin olvidar, además, el carácter meramente declarativo y no constitutivo de la anotación de embargo.

(93) Decisión que fundamenta el Supremo en los artículos 606 CC y 32 LH, es decir, en la inoponibilidad, frente al tercero de buena fe, de lo no publicado en el Registro.

(94) Hay que insistir en que la buena fe (desconocimiento del embargo) de ese adquirente que inscribe es esencial para que quede protegido. No se da el requisito de la buena fe cuando hay vínculos evidentes entre el último titular registral y el deudor, o bien entre aquél y la persona a quien el deudor enajenó el inmueble estando vigente la anota-

registral y estando inscrita la transmisión que el deudor ha llevado a cabo, el adjudicatario no tiene posibilidad de inscribir a su nombre el inmueble. Y tampoco será procedente la cancelación de las cargas posteriores a la anotación caducada, pues, según doctrina reiterada de la DGRN, la caducidad de la anotación de embargo implica la extinción de la preferencia que ostentaba sobre los asientos posteriores, los cuales mejoran su rango y ganan prioridad registral (95).

c) Finalmente, aludiremos a un caso peculiar que presenta concomitancias con los anteriores pero que se engloba en una situación de mayor complejidad. Se trata de que una misma finca es gravada con dos embargos, ambos anotados, que provocan dos adjudicaciones en sendos procedimientos de apremio, dándose la circunstancia de que la primera anotación caduca antes de inscribirse la adquisición del primer adjudicatario (96). Para mayor claridad, ordenaremos temporalmente los hechos de esta hipótesis como venimos haciendo a lo largo de todo el trabajo:

- 1.º Embargo del inmueble decretado en un primer procedimiento dirigido contra el deudor y titular registral. Anotación del embargo en el Registro (letra A).
- 2.º Reembargo de la finca ordenado en un segundo procedimiento contra el mismo titular (97). Anotación letra B.
- 3.º Adjudicación del inmueble a X en la primera ejecución.
- 4.º Adjudicación del inmueble a Y en la segunda ejecución.
- 5.º Caducidad de la anotación letra A.
- 6.º Inscripción de la adjudicación a favor de X. No se cancelan las cargas posteriores (en particular, la anotación del reembolso) precisamente por estar caducada la anotación A.
- 7.º Inscripción de la adjudicación a favor de Y. En este caso sí se cancelan las cargas y asientos posteriores a la anotación letra B,

ción preventiva. Esto último es lo que ocurre en el caso resuelto por la SAP de Las Palmas, Sección 4.ª, de 5 de julio de 2009, en el que la sociedad C. compró la finca litigiosa y la inscribió a su favor estando vigente la anotación de embargo, y posteriormente, cuando dicho asiento estaba caducado, la aportó a la sociedad O., que también inscribió su título. Con la peculiaridad de que el administrador único de la segunda sociedad era también administrador solidario de la primera. Tras salir a subasta el bien embargado, el adjudicatario ejerció acción reivindicatoria contra la sociedad O., acción que la sentencia comentada estima al considerar que la parte demandada no está protegida por los artículos 32 y 34 LH, «dado el sustrato personal o interrelación subjetiva existente entre ambas sociedades mercantiles».

(95) Entre otras muchas, Resoluciones de 18 de noviembre de 2004, 15 de febrero de 2007, 19 de julio de 2007, 4 de enero de 2008 y 11 de diciembre de 2008.

(96) La sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 2 de octubre de 2006 resuelve un supuesto como el planteado.

(97) Vid. el artículo 610 LEC, que regula los efectos del reembolso.

la cual se encuentra vigente cuando se presenta en el Registro el título del segundo adjudicatario. Queda anulada, por tanto, la titularidad registral del primer rematante.

Para que este primer adjudicatario pueda ver reconocido su derecho sobre el inmueble deberá acudir a una acción declarativa del dominio o reivindicatoria. La cuestión es si su adquisición, derivada de una primera traba, es preferente civilmente hablando sobre la del actual titular registral (segundo adjudicatario). Ello equivale a preguntar si a este último le es oponible o no el primer embargo y la transmisión que de él ha derivado. Y la respuesta a este interrogante exige recordar que el embargo afecta al inmueble aunque la anotación que lo publica pueda caducar (la anotación no es constitutiva), de forma que ese gravamen y las resultas de la ejecución son oponibles a posteriores adquirentes salvo que resulte de aplicación la normativa registral de protección de los terceros. Partiendo de este criterio, resulta que el segundo adjudicatario no puede ampararse en los artículos 32-34 LH por faltarle la necesaria buena fe, en cuanto que el embargo anterior a aquel del que deriva su derecho está anotado cuando adquiere el inmueble y, en consecuencia, no puede alegar su desconocimiento (98).

La situación es parecida si la caducidad de la primera anotación tiene lugar antes de que compre el segundo adjudicatario, pero se mantiene el dato de la adjudicación al primer rematante previa a la del segundo, así como la inscripción de aquél anterior a la de éste. Considerando que la buena fe requerida en el artículo 34 LH ha de darse hasta la inscripción, ese segundo adquirente tampoco estará protegido por la fe pública registral: en el momento de completar su eventual adquisición por virtud del citado principio hipotecario (fecha en que inscribe su título) consta en el Registro la titularidad que es preferente a la suya desde el punto de vista sustantivo; aunque esa titularidad haya perdido su prioridad tabular por la tan referida caducidad de la anotación de embargo. En este supuesto, como en otros, la verdad dominical no se corresponde con la mecánica que, para practicar los asientos, establece la legislación hipotecaria (99).

(98) Lo que no creemos posible es que, como dice VELA SÁNCHEZ, A. (*Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública...*, cit., pág. 164), habiendo inscrito el primer adjudicatario el Registrador tenga que denegar la inscripción a favor del segundo al no concurrir en éste ese principio básico que es la buena fe. La buena o mala fe del adquirente de un derecho constituye una materia ajena al ámbito de la calificación del Registrador que sólo puede dilucidarse en vía judicial.

(99) No lo entiende así la STS de 4 de noviembre de 2005, que, en el caso que ahora comentamos, desestima la acción declarativa del dominio ejercitada por el primer rematante contra el segundo, haciendo prevalecer el derecho de éste sobre el de aquél. Decisión con la que está de acuerdo CASTILLA BAREA, M. («Comentario a la citada sentencia», en CCJC, núm. 72, ref. 1924) y que, en cambio, critica ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. («Re-

RESUMEN

EMBARGO
DOMINIO

Este trabajo pretende ordenar, distinguir y aclarar los diversos supuestos que se plantean cuando una finca se ve afectada por un procedimiento de ejecución y el deudor la enajena a un tercero, bien antes, bien después de que se decreta el embargo. Particularmente se ha tratado de determinar en cada hipótesis a quién va a corresponder la titularidad del inmueble sujeto a ejecución, con qué mecanismos cuenta ese titular para la tutela de su dominio y cómo influye en tales cuestiones la publicidad registral de los derechos en conflicto. El eventual acceso al Registro de la Propiedad del embargo y/o de la transmisión, así como el momento en que ese acceso se produce tiene especial importancia para determinar el régimen jurídico de cada hipótesis, y por ello se ha realizado el estudio en función de la secuencia cronológica de los hechos o circunstancias relevantes en esta materia. Secuencia temporal que incide de forma significativa en la operatividad del principio de fe pública registral y específicamente en el requisito de la buena fe del tercero.

ABSTRACT

INJUNCTION
OWNERSHIP

This paper attempts to organise, distinguish between and clarify the various situations that arise when a property is involved in a foreclosure procedure and the debtor disposes of the property to a third person, either before or after an injunction is obtained. A particular endeavour is made to determine, in each hypothesis, who is going to hold ownership of the real property at issue, what mechanisms that person has for obtaining protection of his right as an owner and how registry disclosure of the rights in conflict influences the issues. The registration of the injunction and/or transfer and the time of registration —if indeed the injunction/transfer is registered at all— are especially important in determining the legislation applicable in each hypothesis. The study is therefore conducted according to the chronological sequence of the relevant events or circumstances. The sequence of time has a significant effect on the operational effectiveness of the rule of conclusive title and specifically on the requirement of third-party good faith.

(Trabajo recibido el 14-6-2010 y aceptado para su publicación el 26-7-2010)

embargo de inmueble y doble adjudicación en remate: ¿cuál de los rematantes resulta protegido en su adquisición?», en *R.D.Patrim.*, núm. 18, 2007, pág. 313 y sigs.), con cuya opinión coincide la nuestra.

En todo caso, debe destacarse que la problemática y la casuística que presenta el reembargo es muy amplia y está plagada de supuestos interesantes (como, por ejemplo, el resuelto en la STS de 22 de diciembre de 2000), supuestos que merecen ser objeto de un estudio separado.