

los padres, ni siquiera en el supuesto de que estos estén divorciados, sino que se acentúa, pues su grave e incurable invalidez psíquica hace persistente en el tiempo la obligación. De hecho el mejor sitio donde puede estar la hija es al cuidado de su madre, continuando la obligación del padre respecto a su hija conforme al artículo 92.1 y 93 del Código Civil, mientras permanezca en el domicilio familiar y carezca de ingresos propios, aunque los padres estén divorciados.

maintain her, not even when her parents are divorced. Instead, it accentuates the obligation, for, because of the daughter's serious, incurable mental disability, the obligation persists over time. In fact, the best place for the daughter to be is in her mother's care. Her father's obligation with respect to her continues pursuant to articles 92.1 and 93 of the Civil Code, as long as she remains in the family home and has no income of her own, even if her parents are divorced.

1.3. Derechos reales

DOS CUESTIONES SOBRE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SU NATURALEZA DECLARATIVA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Profesora Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La anotación preventiva de embargo es una anotación preventiva en función de garantía, recogida expresamente en el artículo 42.2 LH, que pretende asegurar el cumplimiento de una obligación preexistente, mediante la afección de un bien inmueble determinado —embargo— al cumplimiento de una deuda; es decir, aumenta la garantía que ofrece el artículo 1.911 del Código Civil, y dota al derecho de crédito de cierto privilegio. La anotación de embargo es el asiento registral que recoge dicho embargo para darle publicidad, hacerlo oponible *erga omnes*, de forma que, como cualquier anotación preventiva, impida la alegación de la fe pública registral por parte de un tercer adquirente, que compre la finca embargada y alegue desconocimiento de dicho embargo, a la vez que convierte al crédito en privilegiado, tal y como establece el artículo 1.923 del Código Civil.

Al tratarse de una anotación preventiva, goza de todos los caracteres especiales de dicho asiento; es decir, se caracteriza por su temporalidad —tiene una duración limitada en el tiempo, caducidad de cuatro años según el artículo 86 LH—, por lo tanto no es un asiento definitivo sino provisional; y, además, se caracteriza por su eficacia negativa que impide que un tercer adquirente alegue la protección de la fe pública. Es decir, enerva o limita la fe pública registral. Por otra parte, tiene por objeto el embargo, que podemos definir como una actividad jurisdiccional, cuya función principal es afectar determinados bienes a

un proceso. Es decir, no se trata de un derecho real, sino, al igual que el resto de anotaciones preventivas, de una situación jurídica no inscribible.

Como dice MONTERO AROCA (1), el embargo es «aquella actividad procesal compleja llevada a cabo en el proceso de ejecución, enderezada a elegir los bienes del ejecutado que deben sujetarse a ejecución y a afectarlos concretamente a ella, engendrando en el acreedor ejecutante una facultad meramente procesal a percibir el producto de la realización de los bienes afectados, y sin que se limite jurídicamente ni se expropie la facultad de disposición del ejecutado sobre dichos bienes».

Es decir, el embargo trata de asegurar el cumplimiento de una obligación mediante la afección o sujeción de unos bienes determinados del deudor ejecutado, a ese proceso de ejecución, sin que esa afección pueda considerarse como un derecho real sobre el bien trabado, en ningún caso, pues el embargo no transforma en real, la mera obligación personal que se trata de asegurar.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha sostenido más de una vez que el embargo no transforma en real el derecho personal, ni altera su naturaleza. Baste como ejemplo, la STS de 21 de febrero de 1975 que afirma que «el embargo como resultado de una providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no crea ni declara ningún derecho, función propia de la sentencia, que sería en su caso el verdadero título a estos efectos, ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía ese carácter, ni produce otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga —aquí se está refiriendo a la anotación— sea preferido, en cuanto a los bienes anotados solamente, contra los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación». En el mismo sentido, se manifiestan también las STS de 4 de mayo de 1994, que afirma que «el mandato judicial de embargo ni crea ni declara ningún derecho, ni altera la naturaleza del crédito, función propia de la sentencia firme», y la STS de 24 de febrero de 1995, que recoge la doctrina de la STS de 23 de abril de 1992, sostiene que: «Para resolver la cuestión suscitada conviene hacer las siguientes precisiones: a) el embargo de un bien como medida cautelar que asegura que la sentencia que en su día recaiga se ejecutará sobre los bienes embargados con la misma eficacia que si hubiere recaído sentencia el mismo día del embargo; b) el embargo, como tal medida de aseguramiento, no altera en absoluto la naturaleza del crédito para cuya efectividad se practicó; c) en consecuencia, no produce preferencia alguna sobre derechos nacidos con anterioridad sobre las cosas embargadas; d) produce absoluta prioridad de la obligación asegurada sobre todos los derechos reales que se constituyan sobre la cosa embargada con posterioridad de embargo». También puede señalarse la STS de 19 de abril de 2000, que confirma esta idea.

En el mismo sentido, encontramos las RRDGRN de 20 de marzo de 1968, 12 de septiembre de 1983, 6 de septiembre de 1988, 12 de junio de 1989, 15 de diciembre de 1994 y, por ejemplo, la SAP de Asturias, de 11 de noviembre de 2003 que dice: «Aunque matizada por algunos, domina en la doctrina el criterio de que el embargo no altera la naturaleza del crédito que sigue siendo un derecho personal, así como que la preferencia creditual y rango registral son conceptos distintos...».

(1) MONTERO AROCA, citado por TALMA CHARLES, J., *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, CER, Madrid, 2001, pág. 43.

Aunque, sin embargo, las RRDGRN de 7 y 8 de noviembre de 1996, a pesar de insistir en que el embargo no crea ni transforma derechos, admiten su eficacia real: «La traba del embargo es una medida cautelar, susceptible de adopción en el procedimiento ejecutivo que, aunque no altera la naturaleza del crédito para cuya efectividad se practica, tiene eficacia real en cuanto que vincula *erga omnes* el bien trabado al procedimiento en el que se decreta (cfr. Resolución de 3 de junio de 1996 [RJ 1996/4910]) y, una vez anotado, atribuye al crédito que lo motiva, respecto de los bienes embargados, preferencia frente a créditos posteriores a la anotación (art. 1.923, apartado 4.º del CC), siendo la fecha de aquella traba determinante a efectos de tercerías (cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1995 [RJ 1995/1642]), precisándose la necesaria anotación para que no quede inutilizado ante la eventual aparición de terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral (cfr. arts. 69 y 71 de la Ley Hipotecaria [RCL 1946/342, 886 y NDL 18732])».

Creo que con las palabras recogidas en estas resoluciones queda suficientemente claro el concepto y eficacia de un embargo, y lo que supone su anotación, que, como veremos a continuación, implica una preferencia creditual, y hace oponible ese embargo, pero nada más.

II. LA EFICACIA DE LA ANOTACIÓN RESPECTO AL EMBARGO

Se ha planteado por la doctrina una discusión acerca de la eficacia que tiene la anotación preventiva respecto al embargo que recoge. En líneas generales, esta polémica se ha centrado en averiguar si la anotación preventiva es requisito para la constitución, existencia y por tanto validez del embargo; o si, por el contrario, el embargo existe o puede existir con independencia de la misma. Es decir: ¿la anotación preventiva es constitutiva para el embargo?

Dos son las posturas de la doctrina ante esta cuestión: Una primera tesis defiende que la anotación preventiva es constitutiva del embargo (2); esto quiere decir que si no hay anotación, si no se llega a anotar ese embargo previamente trabado por el juez, el embargo no existe, ni siquiera entre las partes, pues ese es el significado, a nuestro juicio, del carácter constitutivo.

Sin embargo, entendemos que esta postura no se puede mantener, y que la anotación preventiva tiene un carácter meramente declarativo respecto del embargo. Es decir, el embargo existe con independencia de la anotación, no es requisito *sine qua non* para la existencia y validez del embargo. Creemos que es así por las siguientes razones:

- a) La regla general en nuestro Derecho es la de la inscripción declarativa, solo excepcionalmente, la toma de razón en el registro es constitutiva, y en ese caso la Ley lo dice expresamente; cosa que no ocurre con la anotación.
- b) Cuando el artículo 43 LH afirma que la anotación preventiva de embargo será obligatoria en los casos de juicio ejecutivo, primero, afirma que es obligatoria, y no constitutiva, cosas distintas; además siempre hay que ponerlo en relación con el principio de rogación, y hoy, con la dicción del artículo 587 LEC, no queda ninguna duda, pues éste

(2) Entre los partidarios de esta primera tesis encontramos a GÓMEZ DE LIAÑO, VIDAL FRANCÉS, LORCA GARCÍA, VILLARÉS PICO, GULLÓN y PRIETO-CASTRO.

aboga claramente por la constitución del embargo con independencia de la anotación: «El embargo se entenderá hecho desde que se decreta por resolución judicial o se reseñe la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba».

- c) Como bien afirma LACRUZ BERDEJO (3), si la anotación fuera un requisito para la existencia del embargo, no podrían embargarse bienes inmuebles no inmatriculados, en los que es imposible tal anotación, y esto no es así.
- d) Del mismo modo, la propia existencia y funcionamiento de las tercerías de dominio ponen de manifiesto la posibilidad de embargos no anotados que quedan sin efecto, precisamente, como consecuencia de dichas tercerías. Por lo tanto, aún no estando anotados los embargos, tienen eficacia, ya que el embargo es el que determina la fecha a partir de la cual procede interponer la tercería de dominio, y por eso es necesario que el propietario no deudor la interponga para paralizarlo.

Gran parte de la doctrina más actual (4) es partidaria de esta segunda tesis, abogando por el carácter declarativo de la anotación preventiva respecto al embargo. Asimismo, la jurisprudencia lo ha puesto de manifiesto en repetidas ocasiones, y se puede decir, sin temor a equivocarnos, que hoy en día está comúnmente admitida esta tesis. Es significativa, por ejemplo, la STS de 4 de abril de 1980, que resume muy bien esta postura: «la validez del embargo de los inmuebles objeto de la tercería de dominio, no obstante no haber sido anotada preventivamente la traba en el Registro de la Propiedad, es constante la doctrina de la STS de 14 de octubre de 1965 en el sentido de que, decretado legalmente un embargo por la autoridad judicial, la anotación preventiva del mismo en el Registro de la Propiedad no puede condicionar su existencia, ni «tener con respecto a él un valor constitutivo que sería incompatible con su naturaleza y el alcance que en nuestro derecho debe darse a las inscripciones y, sobre todo, a las anotaciones registrales como se comprueba con el precepto general contenido en el artículo 42 LH, que al decir podrán anotar está claramente reflejando un sentido potestativo y no imperativo». En el mismo sentido, afirmando que la anotación preventiva no crea ni constituye ningún derecho real, ni el propio embargo, y no es necesaria la anotación para su existencia, encontramos la STS de 24 de febrero de 1995: «La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido que la anotación preventiva de embargo no es obligada o necesaria, pese a los términos literales de los artículos 1.453 LECiv y 43.2 LH, lo que permitiría pasar a la realización forzosa de la finca o derecho aún sin aquel asiento; debiendo tener en cuenta el juzgador, en cada caso concreto, más que el aspecto doctrinal de si la anotación ha de entenderse como acto constitutivo o meramente complementario, las circunstancias de las personas interesadas, no permitiendo que se amparen en la falta de publicidad formal del embargo, ni el deudor, ni quienes con él contrataran, cooperando a la realización de cualquier acto fraudulento de los derechos del em-

(3) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, III bis. Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 230.

(4) A favor del carácter declarativo de la anotación de embargo, se encuentran: DÍEZ-PICAZO, LACRUZ BERDEJO, DE LA RICA, CAMY, RIFÀ SOLER, ROCA SASTRE, CHICO Y ORTIZ Y RIVAS.

bargante, y todo ello sin perjuicio de proteger, en otro caso, al adquirente de buena fe que apoyó su adquisición en la ausencia de cargas registrales, actuándose en este supuesto a través del instituto del tercero hipotecario». Igualmente, la STS de 16 de junio de 1998 afirma que: «El acceso al registro del embargo de inmuebles lo impone obligatoriamente la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.453), pero no tiene naturaleza constitutiva, esto es, nace de la decisión judicial válidamente tomada y no de su acceso al registro; baste pensar que en nuestro derecho la inscripción no es obligatoria».

En términos muy parecidos a estas sentencias, se manifiestan también las SSTs de 26 de julio de 1994, 16 de junio de 1998, 19 de abril de 2000. Baste, también como ejemplo de jurisprudencia menor, la SAP de Granada, de 13 de diciembre de 2000 que señala: «Muy discutida ha sido esta cuestión en la doctrina y, aún hoy, se mantiene por algunos autores el carácter constitutivo de la anotación preventiva de embargo. Sin embargo en la actualidad, como han puesto de relieve las sentencias del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 1967, 19 de abril de 1971, 4 de abril de 1980 y 24 de noviembre de 1986, así como la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de junio de 1989, la anotación de embargo no tiene dicho carácter constitutivo, de modo que la expresión utilizada en los artículos precedentes, no tiene sentido si no se conjuga con el principio de rogación (art. 6 de la Ley Hipotecaria) a lo que se debe añadir que, de mantenerse aquella tesis constitutiva, resultarían inembargables los bienes no inmatriculados, no podría iniciarse la vía de apremio sin la anotación, o, finalmente, la cancelación por caducidad de la anotación llevaría inexorablemente a la extinción del embargo. Si la anotación no tiene carácter constitutivo, el embargo existe desde que se practica, por lo que no habrá obstáculo alguno para iniciar la vía de apremio, ni para continuarla sin la aportación de la certificación de cargas de la finca cuya identificación registral se ignora...». Y la SAP de Barcelona, de 10 de febrero de 1999: «...es indudable que la existencia y subsistencia del embargo no está supeditada a su anotación en el Registro de la Propiedad, ello sin perjuicio de que la falta de constatación tabular, además de privar a la traba de los efectos de la publicidad registral a terceros, impida el nacimiento de un derecho de garantía similar al de hipoteca respecto a los actos dispositivos o de gravamen posteriores a su fecha. La falta, pues, de anotación ni priva de efectos al embargo ni impide la prosecución de la vía de apremio contra el inmueble embargado hasta la venta en pública subasta o la adjudicación al acreedor, y buena prueba de ello es que al no regir en nuestro ordenamiento el principio de inscripción constitutiva, es decir, al no ser la inscripción registral requisito indispensable para la constitución o transmisión de los derechos reales inmobiliarios, existen infinidad de fincas que no han tenido acceso al Registro y que, sin duda alguna, pueden ser objeto de embargo y posterior venta en pago del crédito garantizado con embargo, pese a que, por falta de previa inscripción, no puede anotarse la traba practicada. Por otra parte, el artículo 143.2 del Reglamento Hipotecario da por supuesta la posibilidad del procedimiento de apremio sin la anotación del embargo», es decir, una vez más, la jurisprudencia manifiesta que la anotación no es requisito de existencia ni eficacia del embargo.

Igualmente, la Dirección General de los Registros y del Notariado insisten en el carácter declarativo de la anotación de embargo, baste ver la RDGRN de 6 de septiembre de 1988 que dice lo siguiente: «Ha de reconocerse que en ningún precepto se establece el carácter constitutivo de la anotación preven-

tiva. Habrá de estimarse, pues, que, respecto de este acto modificativo de los derechos reales inmobiliarios rigen las normas generales de nuestro sistema, según las cuales la inscripción, como regla general, no tiene carácter constitutivo ni siquiera en el supuesto de que se trate de derechos reales que no llevan aneja la facultad de posesión inmediata...».

A la vista de esta jurisprudencia, podemos concluir que la anotación preventiva, no sólo no altera la naturaleza del crédito, sino que tampoco es requisito de la existencia, subsistencia o validez del embargo, que puede existir y producir sus efectos propios con independencia de la anotación en el Registro; pues éste surge directamente desde que el juez ordena la traba. La anotación preventiva de embargo no tiene, entonces, efectos constitutivos.

Pero, entonces, ¿qué eficacia tiene respecto al embargo? Su eficacia está en relación con el principio de prioridad.

III. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD EN LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO

El principal efecto de la anotación preventiva respecto al embargo es que asegura el cobro del crédito que se ejecuta con preferencia a otros acreedores. Es decir, la anotación preventiva hace que ese crédito se convierta en privilegiado y tenga preferencia de cobro.

¿Qué preferencia tiene? Para saberlo hay que acudir a los artículos 44 y 71 LH, que establecen la regla general de la prioridad de las anotaciones preventivas de embargo. De estos artículos se deduce que: *a)* la anotación preventiva no impide la disposición del bien a favor de terceros con posterioridad a la misma (art. 71 LH); *b)* que el anotante —acreedor— gozará de la preferencia que establece el artículo 1.923 del Código Civil. Y este artículo en su apartado 4.º nos dice que los créditos anotados preventivamente serán preferentes con respecto a los «créditos posteriores».

Es decir, el primer efecto de la anotación preventiva es otorgar esa preferencia al acreedor, que cobrará antes, con prioridad a todos aquellos acreedores, cuyos créditos sean de fecha posterior a la anotación. Hay que interpretar de manera amplia la expresión «los créditos posteriores», incluyendo, también en el mismo, los actos de disposición que se realicen con posterioridad a esa fecha, que se verán afectados por la anotación preventiva de embargo, en el sentido de que la propia adquisición del tercero dependerá de la marcha del ejecutivo; pues la anotación hace oponible *erga omnes* ese embargo, e impide la fe pública registral para ese tercero adquirente. Ese es el otro gran efecto que produce la anotación preventiva de embargo.

Volviendo a la prioridad, ésta la determina la fecha de la anotación y no la del embargo, y la situación ideal en la que no se discute la prioridad o preferencia de la anotación preventiva, donde actúan los artículos 71, 44 LH y 1923.4 del Código Civil, sería la siguiente:

Embargo + anotación preventiva de embargo + acto dispositivo (o crédito) + inscripción del acto dispositivo.

En este caso, el acto dispositivo se vería afectado por el embargo, y el adquirente del bien no podría alegar la protección del artículo 34 LH, pues la anotación preventiva le advertía del embargo existente, de forma que puede perder el bien adquirido en favor del adjudicatario de la subasta consecuente

con la ejecución. Sin embargo, y en principio, todos los créditos o disposiciones realizadas antes de la anotación preventiva, quedan a salvo de ésta, y serían preferentes a la misma.

La jurisprudencia en múltiples ocasiones se ha manifestado a favor de esta preferencia de la anotación preventiva, señalando que ese es precisamente su principal efecto. Así, lo afirma, por ejemplo, la STS de 14 de diciembre de 1968: «Aunque la anotación preventiva de embargo implica la constitución de un derecho real de realización de valor al servicio de la garantía del pago de una deuda dineraria, y viene a ser como una hipoteca judicial, sin embargo, no le otorga rango preferente sino sobre los actos dispositivos celebrados y sobre créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación y no en cuanto a los actos de disposición ni tampoco de los créditos anteriores de carácter preferente al embargo anotado: consiguientemente, el favorecido por la anotación no goza, respecto a tales actos, de los beneficios protectores de la fe pública registral que otorgan los artículos 32, 34 y 37 LH, y sólo se antepone en absoluto a los títulos otorgados con posterioridad a ella, pero sin que prevalezcan frente a los actos dispositivos otorgados anteriormente aunque no estén inscritos». Más modernas, la STS de 24 de febrero de 1995 y la STS de 16 de junio de 1998 insisten en la misma idea, diciendo la primera de ellas que: «la garantía de la anotación preventiva de embargo sólo otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación, y no en cuanto a los actos de disposición, ni tampoco sobre los créditos anteriores de carácter preferente al del embargo anotado, anotación que no altera la situación jurídica existente; es decir, la doctrina transcrita coincide con una abundante y uniforme jurisprudencia interpretativa, en el sentido de referir el momento de la justificación dominical del tercero, a una fecha anterior a aquélla en que realizó la diligencia de embargo causante de la decisión restrictiva del tercero, que en la tercera se combate (sentencias de 25 de marzo de 1969 [RJ 1969/1589], 26 de febrero y 30 de octubre de 1980 [RJ 1980/534], 3 de noviembre de 1982 [RJ 1982/6521], 8 de mayo de 1986 [RJ 1986/2346], 5 de junio y 31 de julio de 1989 [RJ 1989/4291] y 6 de marzo de 1990 [RJ 1990/1670])» 23 de abril de 1992 (RJ 1992/3322); y la segunda, de 1998 sostiene que: «El embargo... da una preferencia para el cobro de la deuda cuyo pago se persigue sobre cualquier otro derecho que haya nacido con posterioridad a la traba (vid. STS de 10 de mayo de 1989 [RJ 1989/3750], 21 de febrero [RJ 1975/666] y 22 de febrero de 1994 [RJ 1994/1252]). El acceso al registro del embargo de inmuebles lo impone obligatoriamente la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.453), pero no tiene naturaleza constitutiva, esto es, nace de la decisión judicial válidamente tomada y no de su acceso al registro; baste pensar que en nuestro derecho la inscripción no es obligatoria. Pero si accede al registro, por la vía de la anotación preventiva, avisa a los terceros que confían en el registro, su existencia y que cualquier derecho sobre los bienes con anotación, nacido con posterioridad a la fecha de ésta, tendrá su eficacia subordinada a lo que resulte de la preferencia que el embargo proporciona. En todo caso, los terceros registrales tendrán la protección que el artículo 34 de la Ley (RCL 1946/342, 886 y NDL 18732) da quien adquiere derechos con todos los requisitos que este precepto exige».

Muchas otras asientan esta postura, por ejemplo, la STS de 19 de abril de 2000 afirma que la anotación sólo otorga preferencia respecto a actos dispositivos y créditos contraídos con posterioridad a la fecha de su anotación,

manifestándose con idénticas palabras encontramos la STS de 4 de mayo de 1994, y otras muchas más como pueden ser: SSTS de 31 de enero de 1978, 14 de junio de 1996, 19 de mayo de 1997, y las RRDGRN de 29 de noviembre de 1962, 5 de marzo de 1982, 15 de diciembre de 1994 y 6 de abril de 1994, que afirman que la anotación preventiva no altera las preferencias de cobro de los créditos anteriores a la medida cautelar: no niega operatividad del principio de prioridad registral.

Es decir, es doctrina comúnmente admitida que la anotación preventiva de embargo sólo es preferente con respecto a créditos o disposiciones posteriores. Estamos de acuerdo en que debe ser así en el esquema o regla general de aplicación que ya hemos comentado *supra*; sin embargo, pueden darse otras situaciones en las que no sea tan claro este sistema de preferencia, pues pueden alterar el principio de prioridad registral. En concreto veamos dos situaciones que, a nuestro juicio, requieren otra explicación:

- a) Acto dispositivo (no inscrito) + embargo + anotación del embargo + inscripción acto dispositivo.

En este caso, si aplicamos lo que acabamos de decir de manera exacta, fijándonos en la fecha de la anotación preventiva, como el acto dispositivo es anterior, a la misma, a pesar de estar inscrito con posterioridad, debe prevalecer sobre la anotación preventiva. Entendemos que según el principio de prioridad registral, son preferidos los títulos que llegan antes al registro, con independencia de su fecha de constitución; por eso, esta solución general de la preferencia de las anotaciones preventivas nos parece cuestionable en este supuesto. La solución a este conflicto pasa por entender que, como se han embargado bienes que ya no son del deudor —pues los enajenó antes del embargo—, el nuevo titular de los mismos debe interponer tercería de dominio para tratar de paralizar el embargo. Está en su mano probar que el embargo se trabó sobre bienes que no pertenecen al deudor ejecutado, y si así lo hace, prevalecerá su adquisición al embargo. Si no lo hace, y no interpone la tercería de dominio, como el embargo trabado sobre bienes que no son del deudor es «no obstante eficaz» (art. 594 LEC), el procedimiento ejecutivo seguirá adelante, y como consecuencia del mismo, y del principio de prioridad registral, prevalecerá el embargo anotado sobre la inscripción del acto dispositivo, que debería cancelarse, y, a mi juicio, perdería el dominio del inmueble el titular, a favor del adjudicatario (5).

- b) Embargo + acto dispositivo + Anotación embargo + Inscripción acto dispositivo.

En este caso, de nuevo, la aplicación literal de los artículos 44, 71 LH y 1923.4 del Código Civil, y la interpretación del TS, haría que fuera preferente el acto dispositivo sobre la anotación, porque es de fecha anterior. De nuevo, igual que en el supuesto a), nos parece que quiebra el principio de prioridad registral, si cabe con mayor motivo, pues aquí, además, cuando se vendió el inmueble, ya se había trabado embargo sobre el mismo por deudas de su anterior propietario; lo que puede encubrir o llevar a pensar que se trata de una enajenación frau-

(5) Aunque la DGRN se ha manifestado en contra de este criterio en varias ocasiones.

dulenta, en fraude de acreedores, para tratar de evitar ese embargo. Por eso, sería todavía peor que en el caso anterior, que el nuevo adquirente pudiera ignorar ese embargo y resultar preferido. Por suerte, la nueva LEC de 2000, en su artículo 595.1 impide que, en este caso, el adquirente de la finca interponga tercería de dominio para paralizar el procedimiento de embargo. Es decir, y como dice el artículo, si una vez trabado el embargo, se enajena la finca, su nuevo propietario no está legitimado para la tercería de dominio. Si no cabe ésta, está claro, que no se puede paralizar el procedimiento de embargo, que seguirá adelante, y se debería cancelar la inscripción posterior de dominio, como consecuencia del ejecutivo y del principio de prioridad registral.

De este modo, entendemos que se están paliando los efectos negativos de la interpretación literal y estricta de los artículos 44 y 71 sobre la prioridad de las anotaciones preventivas de embargo; pues, aunque no sean constitutivas, no transformen en real un derecho personal, y sean preferentes respecto a créditos y actos dispositivos posteriores por regla general, no quiere esto decir que todos los actos dispositivos anteriores a la propia anotación hayan de ser siempre preferentes al crédito que ocasiona el embargo. En algunas ocasiones deben resolverse los conflictos por el principio registral de prioridad: *prior tempore, potior iure*, y fijarnos que estamos hablando de unos créditos ordinarios —o escriturarios si se quiere— frente a unos créditos privilegiados por el hecho de estar anotados en el Registro; es decir, en muchas ocasiones, por ser privilegiados (art. 1.923 CC), ya por sí mismo debería ser preferidos a los demás (art. 1.927 CC), y si ambos créditos (o acto dispositivo), están inscritos, y son por tanto privilegiados, deberá aplicarse la regla del artículo 1927.2.2.^a del Código Civil, que dice que entre varios privilegiados del artículo 1.923 del Código Civil, tendrá preferencia por la fecha de inscripción en el Registro; es decir, el principio de prioridad registral: artículos 17 y 32 LH.

Luego, y como conclusión, el principio de prioridad registral juega, y mucho, con respecto a las anotaciones preventivas de embargo, y debería ser interpretado conforme a lo que acabamos de explicar.

RESUMEN

ANOTACIÓN PREVENTIVA. EMBARGO

Se pretenden analizar en este trabajo dos cuestiones relativas a la anotación preventiva de embargo. Por una parte, se estudia si dicha anotación es de carácter constitutivo, de forma que el embargo sólo existe cuando se anota, tesis perfectamente superada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; o si, por el contrario, es de carácter declarativo, limitándose a publicar y a

ABSTRACT

CAVEAT. ATTACHMENT

This paper endeavours to analyze two issues concerning caveats of attachment. The first issue is whether a caveat of that type is constitutive, such that the attachment in question comes into existence only upon caveatting (a thesis that is thoroughly put to rest by Supreme Court case law), or whether, on the contrary, the caveat is declaratory in nature, merely making the al-

hacer oponible a terceros dicho embargo ya trabado. Por otra parte, se trata de analizar cuál es la verdadera eficacia de la anotación respecto al embargo, y para ello se recogen los distintos supuestos en los que puede ponerse en funcionamiento el principio de prioridad registral en relación con la anotación preventiva de embargo: la regla general contenida en LH y del Código Civil, y las situaciones más excepcionales en las que hay que aplicar y concretar dicha regla de prioridad.

ready-established attachment public and enforceable vis-à-vis third parties. The second issue is to determine the actual efficacy of caveats with respect to attachments. For that, a review is made of the different events in which the rule of registration priority may be set into operation in connection with a caveat of attachment: the general rule contained in the Mortgage Act and the Civil Code, and the more exceptional situations where the rule of priority has got to be applied and specified.

1.4. Sucesiones

INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO: INTENCIÓN Y VOLUNTAD DEL TESTADOR

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
Profesora Titular de Derecho Civil UNED

I. PLANTEAMIENTO

La regla básica para interpretar un testamento es la de buscar la voluntad del testador, así lo establece el artículo 675 del Código Civil: «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento».

II. LA REGLA BÁSICA DE LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO: LA BÚSQUEDA DE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE

La regla básica en materia de interpretación testamentaria es la de la búsqueda de la *verdadera voluntad del causante* (STS de 19 de diciembre de 2006, RJ 2006/9243). Son numerosas las sentencias que ponen de manifiesto que el objetivo de la interpretación testamentaria es el conocer *la voluntad real del testador* (STS de 9 de marzo de 1984, RJ 1984/1206 entre otras).

1. LA LITERALIDAD

La literalidad debe ser la primera regla interpretativa, así lo establece el artículo 675 del Código Civil cuando dice que hay que estar al *tenor del mismo*