

Las tercerías de dominio en relación con el Registro de la Propiedad

SUMARIO: I. REQUISITOS PREVIOS PARA EL EJERCICIO DE LA TERCERÍA DE DOMINIO: 1. EL REQUISITO PREVIO DE LA PERTENENCIA AL EJECUTADO DEL BIEN EMBARGADO. 2. LA ENAJENACIÓN POSTERIOR EN SUBASTA JUDICIAL DE BIENES EMBARGADOS NO PERTENECIENTES AL EJECUTADO. 3. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA INTERPONER LA TERCERÍA. RELACIONES CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. 4. LEGITIMACIÓN PASIVA EN LAS TERCERÍAS. 5. PLAZO O PERÍODO PROCESAL PARA INTERPONER LA TERCERÍA.— II. EFECTOS Y OBJETO DE LA TERCERÍA: 1. EFECTOS DE LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA TERCERÍA. 2. OBJETO DE LA TERCERÍA DE DOMINIO. 3. RESOLUCIÓN SOBRE LA TERCERÍA.

I. REQUISITOS PREVIOS PARA EL EJERCICIO DE LA TERCERÍA DE DOMINIO

Cabe sistematizar la cuestión diferenciando cuatro tipos de requisitos previos habilitantes del ejercicio de la tercería de dominio: *a)* la falta de pertenencia del bien embargado al ejecutado; *b)* la legitimación activa del demandante de tercería; *c)* la legitimación pasiva del demandado/s (ejecutante y/o ejecutado); y *d)* plazo o período procesal para interponer la tercería. Analizaremos cada uno de estos requisitos separadamente.

1. EL REQUISITO PREVIO DE LA PERTENENCIA AL EJECUTADO DEL BIEN EMBARGADO

El primer requisito se puede enunciar en sentido inverso, es decir, en lugar de hablar de la falta de pertenencia del bien embargado al ejecutado como requisito de la tercería, cabe hablar de la pertenencia a este último del bien trabado como requisito del embargo, cuya falta habilita la tercería.

Ciertamente, en materia de ejecución forzosa, hay que partir como exigencia obvia y coherente con el principio de responsabilidad patrimonial

universal del artículo 1.991 del Código Civil de que la ejecución se ha de proyectar y ha de recaer sobre bienes que pertenezcan al patrimonio del deudor ejecutado. El artículo 593, párrafo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regula la forma en que se ha de verificar la concurrencia de este requisito en el momento en que se decide la traba o embargo de un bien concreto y determinado. Para adoptar esta decisión es requisito suficiente y necesario, como dice VEGAS TORRES (1), para que el Tribunal pueda y deba acordar la traba, que existan indicios o signos externos por los que se pueda deducir razonablemente que el bien concernido pertenece al ejecutado. Es requisito necesario, ya que sin tales indicios y signos el Tribunal no debe acordar la traba; y es suficiente porque concurriendo los mismos el Tribunal debe ordenar el embargo, sin que pueda exigir la aportación de una prueba completa de la titularidad del ejecutado, según se desprende del citado artículo 593, párrafo 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A lo sumo deberá comprobar la concurrencia de circunstancias fácilmente perceptibles que le permitan fundar una presunción de pertenencia (cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1983).

No se trata de un criterio legal contradictorio con el del artículo 590 de la misma Ley en el que se contempla la investigación previa de la pertenencia del bien al ejecutado, pues el objeto de la investigación prevista por este último precepto se limita a la localización de bienes que aparentemente pertenezcan al deudor, partiendo de una situación previa de desconocimiento de los mismos, en tanto que el artículo 593 lo que prohíbe es que, localizados dichos bienes, la investigación judicial prosiga hasta completar la prueba de la titularidad del deudor de una forma plena.

Esta regulación sobre la forma de acreditar la titularidad o pertenencia de los bienes trabados al ejecutado encierra el riesgo de que sean embargados bienes que sólo en apariencia pertenecen al ejecutado, pero cuyo titular real sea otra persona. Se trata de un inconveniente que el legislador asume en razón de la finalidad de que el procedimiento de ejecución produzca una tutela judicial del derecho de crédito de forma mínimamente efectiva, en la idea de que la exigencia de una prueba plena de la titularidad del bien embargado facilitaría eventuales maniobras fraudulentas de los ejecutados con el fin de vaciar simuladamente su patrimonio para dejarlo a salvo de cualquier acción ejecutiva contra el mismo.

Ahora bien, es evidente que la evitación de este fraude no debe hacerse con instrumentos jurídicos que conduzcan a situaciones de injusticia, por lo que admitiendo la posibilidad del error que eventualmente se derive de fundar el embargo en la mera apariencia de titularidad del ejecutado, se impone la

(1) VEGAS TORRES, JAIME, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 983 y sigs.

necesidad de adoptar instrumentos a través de los cuales el eventual titular verdadero perjudicado por dicho error pueda eludir sus consecuencias mediante el levantamiento de la traba de sus bienes indebidamente embargados. De regular tales mecanismos se ocupan los artículos 593 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil a través de la figura de la tercería de dominio.

En puridad, y con carácter previo a la tercería de dominio, que sólo procede después de acordada la traba del bien, la Ley de Enjuiciamiento Civil trata de prevenir en una fase previa a la propia traba la afección de bienes ajenos al patrimonio del ejecutado a través de unas actuaciones que vienen reguladas en los párrafos 2 y 3 de su artículo 593. Estas actuaciones previas sólo proceden cuando, a pesar de la existencia de indicios de la titularidad del ejecutado sobre el bien, concurrentemente con los mismos el Tribunal, por percepción directa o bien por manifestaciones del ejecutado o de otras personas, tenga motivos racionales para entender que los bienes que se propone trabar pertenecen a un tercero.

En estos casos el Tribunal debe sopesar dos apariencias contrapuestas, la de la pertenencia del bien al ejecutado y la de la pertenencia del mismo bien a un tercero, y lo debe hacer en un marco procesal que está diseñado para evitar que estas actuaciones previas se conviertan en un trámite meramente dilatorio. Con tal objeto se prevé que el Tribunal ordenará mediante diligencia que se haga saber al tercero la inminencia de la traba, a partir de cuya comunicación el tercero dispone de un plazo de cinco días para oponerse razonadamente al embargo, aportando, en su caso, los documentos que justifiquen su derecho. Durante ese mismo plazo, y con independencia de la actuación del tercero, las partes de la ejecución pueden manifestar al Tribunal su conformidad a que no se lleve a cabo el embargo sobre el bien de dudosa titularidad.

En opinión de VEGAS TORRES (2), la decisión de no embargar el bien sólo resultará procedente cuando el tercero haya justificado de manera plena que el bien le pertenece, pues si tras sus alegaciones y prueba aportada la titularidad no pueda determinarse concluyentemente por requerir juicios fácticos o jurídicos más complejos, el Tribunal debería embargar, trasladando el debate procesal y la decisión definitiva a la posterior tercería, en que las posibilidades de alegación y prueba son mayores, pues caso contrario puede producirse una lesión irreversible al derecho de defensa del ejecutante y/o ejecutado.

Esta idea aparece ciertamente formulada con toda claridad y contundencia en la propia Ley para el caso de que el bien sobre el que se cierne la cuestión sea un inmueble, en cuyo caso dispone el artículo 593.3 que, «tratándose de bienes cuyo dominio sea susceptible de inscripción registral, se ordenará, en todo caso, su embargo, a no ser que el tercero acredite ser titular registral

(2) *Op. y loc. cit.*

mediante la correspondiente certificación del Registrador, quedando a salvo el derecho de los eventuales titulares no inscritos, que podrá ejercitarse contra quien y como corresponda», precepto que resulta congruente con lo que disponen los artículos 38 de la Ley Hipotecaria y 658 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la llamada «tercería registral» y con el principio de legitimación registral, conforme al cual se presume exacto el contenido del Registro.

A esta regla sólo le cabe una contraexcepción de alcance ciertamente limitado. Se refiere al supuesto de que el bien en cuestión constituya la vivienda familiar del tercero, en cuyo caso todavía serán necesarios dos requisitos adicionales para evitar el embargo: 1.º que el tercero presente título privado justificativo de su derecho (no se admite a estos efectos el documento público) (3); y 2.º que, trasladado dicho título a las partes, éstas hayan manifestado en el plazo de cinco días su conformidad a que no se realice el embargo, de forma que si no media dicho asentimiento expreso deberá ordenarse el embargo.

2. LA ENAJENACIÓN POSTERIOR EN SUBASTA JUDICIAL DE BIENES EMBARGADOS NO PERTENECIENTES AL EJECUTADO

Si a pesar de lo dispuesto por el artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por carecer el Tribunal de los elementos de criterio necesarios para promover el incidente estudiado anteriormente, se traban bienes que sólo en apariencia pertenecen al ejecutado pero cuyo verdadero dueño es un tercero, cosa posible por estar basado el embargo en una mera apariencia de titularidad, en tales casos se plantean dos tipos de interrogantes: 1.º qué trascendencia jurídica presenta la falta de pertenencia del bien al ejecutado o su pertenencia a tercero sobre la validez y eficacia del embargo; 2.º qué trascendencia jurídica cabe reconocer a esa misma circunstancia sobre la validez y eficacia jurídica de la enajenación forzosa con que concluye la ejecución.

A) En cuanto a lo primero, resulta evidente que la falta de titularidad del ejecutado sobre los bienes embargados no puede resultar jurídicamente

(3) Se trata de una exclusión no sencilla de interpretar, pues la escritura pública vale más y no menos que el documento privado. Puede pensarse que la excepción sólo ampara títulos que por su naturaleza documental privada están excluidos del acceso al Registro de la Propiedad que se rige por el principio de titulación pública (cfr. art. 3 LH), y no a los documentos públicos que tienen franco acceso registral. No obstante, debe notarse que el requisito de titulación pública es concurrente con el de la calificación registral favorable para el acceso al Registro, por lo que el precepto de ritos, ahora interpretado, debería asimilar a estos efectos al documento privado el público que por la existencia de defectos u obstáculos registrales se ve imposibilitado de beneficiarse de la protección registral.

indiferente desde el punto de vista de la eficacia y validez del embargo. Ahora bien, la duda se suscita sobre si el grado de afectación debe ser el de la nulidad absoluta o de pleno derecho o bien si estamos ante un supuesto de mera anulabilidad del embargo. Da respuesta a esta cuestión el artículo 594, número 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, diciendo que «El embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz», eso sí, sin perjuicio de la posibilidad de que el verdadero titular lo impugne a través de la correspondiente tercería de dominio. Esta tesis ya la mantenía con anterioridad a la reforma procesal de 2000, MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ, afirmando que «la traba realizada en tan precarias condiciones es absolutamente válida, eficaz y conforme a Derecho: el Juez puede pasar de inmediato a la fase de realización forzosa» (4), sin perjuicio de la posible interposición de una tercería de dominio.

Por tanto, no estamos en presencia de un acto procesal nulo de pleno derecho, sino ante un acto anulable, que produce sus efectos en tanto no sea objeto de impugnación, y ello dentro de los límites propios en cuanto a legitimación y plazo de la impugnación de los actos anulables. En particular, en este caso sólo puede impugnar el embargo la persona interesada, esto es, la persona que en el momento de la traba sea dueña de los bienes embargados, y en cuanto al plazo en que podrá formular la tercería va desde que se acuerda la traba hasta que se produce la enajenación forzosa del bien en el procedimiento de ejecución, según después desarrollaremos más ampliamente.

Dos consecuencias necesarias derivadas de lo anterior son: 1.º que, en opinión mayoritaria de la doctrina, no cabe, una vez trabado el embargo, que éste sea alzado de oficio por el Tribunal que lo ordenó por una apreciación extemporánea sobre la no pertenencia del bien al ejecutado; y 2.º que una vez precluida la posibilidad de ejercitar una acción impugnativa de la traba mediante la tercería de dominio, por haberse consumado la enajenación forzosa (cfr. art. 596.2), ya no podrá impugnarse o combatirse por causa de la falta de titularidad del ejecutado. Así resulta con claridad de lo dispuesto por el artículo 594.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al prescribir que: «Si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiese adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido por la legislación sustantiva».

Es decir, si los actos ejecutivos consistentes en la enajenación forzosa y pago al ejecutante pasan a ser firmes, si el embargo de bienes de tercero es

(4) FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL, *Derecho Procesal, III*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pág. 139. En el mismo sentido, para CACHÓN la no pertenencia de los bienes al ejecutado no provoca la nulidad o ineficacia del embargo (CACHÓN CADENA, *El embargo*, Barcelona, 1991, págs. 13 y sigs.).

eficaz en tanto no es objeto de impugnación mediante una tercería de dominio y si la posibilidad de interponer ésta precluye al producirse aquella enajenación y no fue formulada en tiempo oportuno, carece de sentido plantear en un momento posterior la cuestión de la ineficacia o invalidez del embargo que dio origen a la posterior enajenación forzosa, pues su eficacia como acto legitimador de dicha enajenación no puede ya ser alterada (5). Y todo ello es consecuencia del carácter meramente anulable del embargo de bienes perteneciente a tercero. Lo contrario exigiría que tal circunstancia fuese causante de una nulidad de pleno derecho del embargo, que no es, como se ha dicho, la opción seguida por el legislador.

Esta idea la vemos confirmada a la vista del origen legislativo del citado párrafo 1.º del artículo 594, que se encuentra en una enmienda presentada por el Grupo Popular en el Senado (núm. 280), cuya enmienda responde a la siguiente Justificación: «Aclarar la redacción del precepto evitando posibles interpretaciones que no serían razonables (la de que el rematante o adjudicatario adquiere siempre de modo irreivindicable, que se podría deducir del imperativo “adquirirá”, que se emplea en el texto modificado); se trata de aclarar que la adquisición será o no irreivindicable en función de los requisitos que establece, a tal efecto, la legislación sustantiva y que, por tanto, si se cumplen tales requisitos, la adquisición de los bienes embargados por el rematante o adjudicatario no podrá ser impugnada, basándose exclusivamente en que el embargo no debió trabarse por no pertenecer los bienes al ejecutado».

B) *¿Significa ello que el verdadero dueño se ve despojado inevitablemente y en todo caso de su propiedad o titularidad sobre el bien ejecutado?* No siempre y en todo caso. En este capítulo de excepciones hay que reseñar dos aspectos distintos: por un lado, el artículo 594, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil deja a salvo las acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto o de nulidad de la enajenación que puedan corresponder al verdadero titular del bien; y por otro lado, se ha de destacar que la protección que se brinda al rematante o adjudicatario a través del carácter irreivindicable de que se dota a su adquisición está sujeta a los requisitos que, con carácter general para tales adquisiciones *a non domino*, establece la «legislación sustantiva» a que se remite el artículo 594.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

1.º Comenzando por este segundo aspecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil, como hemos visto, no concede al adquirente en enajenación forzosa, derivada de un embargo, mayor protección que la que otorgan las normas materiales o sustantivas al comprador o adquirente de cosa ajena, que en general subordinan la irreivindicabilidad de la adquisición al requisito de la

(5) Como señala MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ, el embargo es presupuesto esencial para la validez de los posteriores actos ejecutivos, actos que, si el embargo no se produjo, serían nulos de pleno derecho (*op. cit.*, pág. 136).

buena fe, en cuya ausencia decae la irreivindicabilidad. Así, en el caso de los bienes inmuebles hay que estar a lo dispuesto a este respecto por el conocido artículo 34 de la Ley Hipotecaria y a los requisitos en él establecidos.

Ahora bien, en caso de concurrencia de todos los requisitos citados, la adquisición del rematante o adjudicatario quedará firme conforme al citado artículo 594 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De esta manera, la Ley de Enjuiciamiento Civil reacciona frente a la discutida jurisprudencia anterior que, como dice VEGA TORRES (6), venía permitiendo, sin limitación alguna, que el verdadero dueño impugnara en juicio declarativo las enajenaciones forzosas basadas en embargos de bienes no pertenecientes al ejecutado (así, las sentencias del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 1999 y 8 de marzo de 1993, entre otras). Esta jurisprudencia partía de considerar nulo de pleno derecho el embargo de bienes no pertenecientes al ejecutado, con lo que la protección dispensada al verdadero dueño de bienes transmitidos a tercero en un procedimiento de enajenación forzosa resultaba mucho más intensa que la que se dispensaría en los casos de que el dueño aparente vendiese mediante negocio jurídico voluntario al margen de la ejecución.

El resultado de esta jurisprudencia era un importante grado de inseguridad jurídica en las enajenaciones forzosas, expuestas como estaban a la aparición de eventuales reclamaciones posteriores, con la consiguiente pérdida de eficacia del procedimiento de ejecución como instrumento de protección jurisdiccional del crédito.

2.º Por otra parte, ya habíamos anticipado que el párrafo 2.º del artículo 594 de la Ley de Enjuiciamiento Civil deja a salvo las eventuales acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto o de nulidad de la enajenación que puedan corresponder al verdadero dueño que no ha ejercitado en tiempo oportuno la tercería de dominio. En cuanto a las acciones de resarcimiento es obvio que corresponde al *verus dominus* para reclamar al ejecutado el enriquecimiento injusto que éste haya experimentado al ver extinguida su deuda como consecuencia de la venta de un bien que no formaba parte de su patrimonio, a lo que puede sumarse la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos en caso de haber mediado mala fe por parte del ejecutado, como sucedería en el caso de haber sido él el que hubiese designado el bien en el trámite de manifestación de bienes.

En cuanto a la acción de nulidad de la enajenación, es evidente, según lo que se indicó anteriormente, que la causa de dicha nulidad no podrá estar basada en la ausencia del requisito de la pertenencia del bien al ejecutado en el momento de la traba, pero existen otras posibles causas de nulidad que podrán fundamentar la pretensión de nulidad a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 594 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Los casos más

(6) *Op. y loc. cit.*

claros son: 1.º que los bienes embargados y enajenados resultasen ser legalmente inembargables; y 2.º que habiéndose admitido a trámite una tercería de dominio, el procedimiento no fuese suspendido y la ejecución continuase hasta la enajenación, en contra de lo dispuesto por el artículo 598.1.

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA INTERPONER LA TERCERÍA. RELACIONES CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La legitimación activa para interponer la tercería está regulada en el artículo 595 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo párrafo 1.º dispone que podrá interponerla «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». Por tanto, son tres los requisitos exigidos: *a)* que el demandante de tercería no sea parte en la ejecución; *b)* que afirme ser dueño de los bienes embargados (debiendo aportar de ello un principio de prueba por escrito); *c)* que no haya adquirido su derecho del ejecutado después de trabado el embargo.

1.º En cuanto al *primer requisito*, no ser parte del procedimiento de ejecución, esto es, ser tercero respecto de dicho procedimiento, ha de calificarse su concurrencia en función de lo dispuesto por el artículo 538 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre partes y sujetos de la ejecución forzosa.

En particular, desde la óptica registral, conviene destacar que no es tercero y, por tanto, no está legitimado en la tercería quien, sin ser deudor o sujeto pasivo de la deuda perseguida, haya visto embargados sus bienes por considerar el Tribunal que éstos se hayan especialmente afectos al cumplimiento o pago de la obligación o deuda por la que se proceda (en virtud de afecciones fiscales, o por razón de deudas de la comunidad de propietarios en los términos del art. 9 de la Ley de Propiedad Horizontal o en los casos de embargos sobre bienes gananciales a que se refiere el art. 1.373 del Código Civil, etc.).

En caso de que el titular del bien esté disconforme con este criterio, la vía judicial de reacción frente a ella, faltando la legitimación como tercerista, es la de personarse en la ejecución y utilizar las excepciones o causas de oposición que la Ley concede al ejecutado, conforme al artículo 538.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Lo mismo cabe decir para el caso de que el titular de los bienes embargados no esté, ni según el título ni según la Ley, legitimado pasivamente en la ejecución, es decir, no tenga del deber jurídico de soportarla.

Tampoco es tercero ajeno a la deuda, según reiterada jurisprudencia, la esposa adjudicataria del bien ganancial en virtud de disolución del régimen de gananciales cuando las deudas se contrajeron con este carácter durante la

vigencia del citado régimen. Así lo declaran sentencias del Tribunal Supremo como las de 2 de febrero de 1985 y 18 de marzo de 1995, según la cual:

«según el artículo 1.532 LEC, la tercería de dominio habrá de fundarse en el dominio de los bienes embargados al deudor que ha de corresponder al “tercero” que demanda; de donde deriva como esencial que antes de examinar el problema de la propiedad de los bienes embargados ha de indagarse acerca de si el demandante de tercería es propiamente “tercero”, es decir, no es el “deudor”; como dice la sentencia de 21 de julio de 1987, no se trata de cuestionar la propiedad de unos bienes anteriormente gananciales y después adjudicados a la esposa en las referidas capitulaciones, sino de hacer efectivos, sobre ellos, los derechos adquiridos por terceros con anterioridad a la modificación del régimen económico-matrimonial, modificación que, a tenor del artículo 1.317 del Código Civil, no puede perjudicar en ningún caso tales derechos», añadiendo la sentencia de 19 de febrero de 1992, que «existe una responsabilidad de los bienes gananciales, que no desaparece en estos casos por el hecho de esa atribución, lo que determina que, aun después de la disolución, puedan accionar los acreedores contra los bienes consorciales que hubiesen, incluso, sido adjudicados al cónyuge no deudor, en exacta cobertura aplicatoria del artículo 1.401 del Código Civil».

En el caso de la referida sentencia, acreditado en autos que las deudas tributarias para cuya exacción se instruyó el procedimiento administrativo de apremio al que se refiere la tercería de dominio ejercitada, fueron causadas en el ejercicio de una actividad comercial de carácter ganancial y que tales deudas son anteriores a la disolución del régimen económico-matrimonial que regía entre la recurrente y su esposo, es decir, el de sociedad de gananciales, y su sustitución por el de separación de bienes, es claro que de tales deudas responden los bienes que integraban aquella sociedad, de acuerdo con los artículos 1362-4.º del Código Civil, y 6 y 7 del Código de Comercio. Por su parte, la sentencia de 26 de enero de 1985 puntualiza que «si bien es cierto que antes de la celebración del matrimonio, como con posterioridad al mismo, los cónyuges pueden acogerse al régimen económico-matrimonial que estimen más conveniente, cuando aquél se hubiera contraído bajo el de la sociedad de gananciales, la sustitución de tal régimen, constante matrimonio, por el de separación de bienes, exige se proceda a su liquidación, conforme el artículo 1.396 del Código Civil, previa formalización del activo y del pasivo de la sociedad, en cuyo pasivo habrá de integrarse, a la luz del número 1.º del artículo 1.398, el importe de “las deudas pendientes a cargo de la sociedad”, cuyo prioritario pago impone el artículo 1.399 del propio Cuerpo legal, y una vez abonadas las deudas de la sociedad conyugal, se dividirá el remanente entre los cónyuges, adjudicándose por mitad, tal como establece el artículo 1.404».

Finalmente debe citarse el criterio jurisprudencial que niega la condición de tercero al tercerista cuando la separación de patrimonios no deba ser reconocida en base a la teoría del levantamiento del velo societario al haberse producido el desplazamiento patrimonial con finalidades fraudulentas. Así lo mantiene la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 1997, entre otras muchas, al expresar que la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica tiene como función evitar el abuso de una pura forma jurídica y desvela las verdaderas situaciones en orden a la personalidad para evitar ficciones fraudulentas. Sigue con ello la línea marcada por la sentencia de 28 de mayo de 1984, emblemática en la materia, al sentar la doctrina de que «la idea básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc.». Se trata de un criterio consolidado y firmemente mantenido a través de las posteriores sentencias de 5 de octubre de 1988, 20 de junio de 1991, 12 de febrero de 1993 y la muy reciente de 8 de mayo de 2001.

2.º El *segundo requisito* para apreciar la legitimación activa consiste en que el tercerista ha de ser dueño de los bienes embargados o titular de algún derecho que, por disposición legal expresa, pueda oponerse al embargo o a la realización forzosa. Así resulta del párrafo 2.º del artículo 595 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual, «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 de varios bienes embargados como pertenecientes al embargado». Esta disposición da pie para admitir las tercerías fundadas en derechos distintos del dominio. Es decir, se admiten tercerías relativas a derechos embargados que no sean susceptibles de dominio. En este capítulo cabe incluir los siguientes supuestos:

- a) derechos de crédito, habiendo quedado superadas las dudas que planteaba la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (vid. sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1984);
- b) derechos reales limitados, como el usufructo o la servidumbre, que en caso de no estar inscritos antes de la traba se consideraban extinguidos tras la enajenación forzosa (vid. sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1997);
- c) también pueden considerarse comprendidos en el párrafo 2.º del artículo 595 las tercerías basadas en derechos de dominio no consolidado o en los casos de acreedores del dominio. Éste sería el caso del comprador cuando se pacta la reserva de dominio a favor del vende-

dor hasta el completo pago del precio. Las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1989, 17 de julio de 1993, 23 de febrero de 1995 y de 3 de julio de 1996 ya habían admitido estas tercerías. No obstante, otras sentencias anteriores como las de 25 de octubre de 1988 exigían prueba del dominio pleno, lo que requería probar no sólo la existencia del negocio transmisivo, sino que éste hubiese sido seguido de la *traditio*.

Ahora bien, curiosamente la jurisprudencia también concede acción de tercería al vendedor de bienes con pacto de reserva de dominio hasta que le sea pagada la totalidad del precio de los mismos. Este es el caso de la sentencia de 7 de octubre de 1995, que afirma para tales casos que el vendedor puede oponerse a que el comprador, antes de haber completado el pago, disponga de los bienes, ya de forma voluntaria, ya de forma forzosa, a virtud esta última de procedimiento de ejecución individual o colectiva, canalizando tal oposición mediante la interposición de una tercería (cfr. también la sentencia de 19 de mayo de 1985). La combinación de ambos criterios lleva a la discutible conclusión de que los bienes vendidos con pacto de reserva de dominio son inembargables, en tanto se mantenga la vigencia de dicho pacto.

3.º El *tercer requisito* de la legitimación activa consiste en que el derecho del tercerista tiene que existir ya en el momento de la traba. Por tanto, falta la legitimación en el tercero que ha adquirido su derecho del ejecutado una vez trabado el embargo. Pero aquí se imponen *dos precisiones*:

- a) la primera es que no queda excluido de la tercería quién ha adquirido su derecho después del embargo cuando su transmitente no fue el ejecutado, sino persona distinta de éste que hubiese adquirido antes de la traba. Esta acertada disposición de la Ley de Enjuiciamiento Civil se fundamenta, como indica VEGA TORRES, en la idea de que lo relevante no es tanto el momento en que adquiere el tercerista como que, en el momento de la traba, los bienes no pertenezcan al ejecutado. Por tanto, resulta admisible la tercería formulada por un adquirente posterior a la traba siempre que su derecho traiga causa de otro tercero que fuera dueño en el momento del embargo;
- b) la segunda precisión se refiere al caso de que la adquisición del tercerista se haya producido después del embargo pero antes de su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad mediando buena fe en aquél. A este respecto, si bien el párrafo 1.º del artículo 587 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que «el embargo se entenderá hecho desde que se decreta por resolución judicial..., aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba», añade en su párrafo 2.º que tal regla «se entenderá sin perjuicio de las

normas de protección del tercero de buena fe que deban ser aplicadas». Este precepto zanja, pues, la polémica sobre el carácter constitutivo de la anotación preventiva del embargo, pues deja claro que el elemento verdaderamente constitutivo es la propia resolución judicial, desde cuya fecha el embargo comienza a producir sus efectos. Ahora bien, cuando el *embargo entra en conflicto con derechos de terceros*, estos quedarán a salvo de los efectos de la traba en dos casos:

- cuando hayan adquirido antes del embargo o después si su derecho trae causa de quien era dueño en el momento de la traba;
- cuando habiendo adquirido después del embargo *éste no le es oponible* «conforme a las normas de protección del tercero de buena fe que deban ser aplicadas», según dispone el artículo 587.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el caso de los bienes inmuebles, el tercero deberá haber inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad antes de la práctica de la anotación del embargo, pues ésta destruiría la buena fe (art. 34 LH). En estos casos, le basta al tercero acreditar la inscripción de su derecho al Tribunal para que éste mande alzar el embargo, conforme a los artículos 38 de la Ley Hipotecaria y 658 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (tercería registral).

Si la inscripción fuese posterior a la anotación del embargo, éste se mantendrá (art. 658.2.º), pudiendo el tercer poseedor 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 (cfr. art. 662.1.º).

Aquel alzamiento no se fundamenta, como dice VEGAS TORRES, en la ausencia del requisito de la pertenencia de los bienes al ejecutado, sino en la protección que se dispensa a los adquirentes de buena fe de bienes embargados (art. 587-2.º LEC). No obstante, esta protección está basada en una presunción de buena fe que puede ser destruida por el ejecutante promoviendo un procedimiento declarativo frente al adquirente para probar que adquirió con conocimiento de la traba, lo que permitiría embargar nuevamente el mismo inmueble. En cualquier caso, para impedir la posibilidad de alegar desconocimiento de la traba, el mismo ejecutante puede solicitar la adopción de medidas de garantía de la traba, conforme a los artículos 621 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y entre ellas señaladamente, en el caso de inmuebles, su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad.

Queda así *superada la doctrina tradicional*, según la cual el embargo traba la finca desde el momento de la anotación, afectando a todas las enajenaciones realizadas después de practicada ésta, que quedan sometidas a las

resultas del procedimiento de ejecución, pero no afecta a las enajenaciones anteriores, que se entendían preferentes y liberadas de la acción del anotante, aunque se lleven al Registro en un momento posterior a la anotación. Partía esta postura de la interpretación del artículo 44 de la Ley Hipotecaria conforme al cual: «el acreedor que obtenga anotación a su favor ... tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1.923 del Código Civil», precepto que otorga preferencia sólo en cuanto a los créditos posteriores, dejando a salvo los anteriores, salvedad que también se entendía aplicable a las enajenaciones anteriores, y ello aunque lleguen al Registro después. Este criterio, basado en una interpretación *a sensu contrario* del artículo 44 de la Ley Hipotecaria, se apoya, además, en la idea de que el acreedor embargante no goza de la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (sentencias de 19 de noviembre de 1992 y 10 de mayo de 1994).

Combinada la citada postura tradicional con la idea del carácter constitutivo de la anotación preventiva respecto del embargo, se alcanzaba la conclusión de que se debía entender por enajenación anterior la que lo fuese respecto de la fecha de la anotación y no ya del embargo. El resultado de todo ello en sede registral fueron ciertas calificaciones en las que se denegaba la inscripción del remate alcanzado en la ejecución cuando entraba en conflicto con una enajenación inscrita después de la anotación preventiva y cuya fecha fuese intermedia entre las de la resolución acordando la traba y la de la anotación.

Sin embargo, la Dirección General de los Registros y del Notariado ya salió al paso de estas interpretaciones que dificultaban extraordinariamente la actividad de la protección jurisdiccional del derecho del acreedor al hacer ineficiente el procedimiento de ejecución. Así lo hizo en su Resolución de 12 de junio de 1986, cuyas ideas esenciales reiteró después en las de 6 de septiembre de 1988 y 12 de junio de 1989, según la cual:

«el embargo, para nada altera la naturaleza del crédito del actor que sigue siendo un derecho personal; el que el artículo 1923.4.º del Código Civil le conceda determinada preferencia a partir de la anotación, excepcionando la regla general de igualdad de trato de los acreedores, no trasciende a esa naturaleza personal y sólo juega para decidir, en una posible incidencia del proceso de ejecución, cuál sea el crédito que debe ser satisfecho preferentemente con el importe realizado.

Lo dicho anteriormente no quiere decir que el embargo en sí carezca de trascendencia real. Se trata de una medida cautelar que, como otras que pueden ser adoptadas en diversas actuaciones judiciales —con carácter preventivo o en vías de ejecución, en procesos singulares o en procedimientos colectivos, con inmisión o no en la posesión de los bienes—, a la vez que confiere a los órganos judiciales poderes inmediatos sobre las cosas, que

pueden ser actuados aún sin la mediación de su dueño, restringe claramente las facultades dominicales. Y así ocurre que sólo será posible la enajenación respetando el embargo y que el dueño de los bienes embargados no pueda darlos, en su caso, en hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento» (7). Esta es también la posición que se puede considerar mayoritaria entre la doctrina de los autores con distintas matizaciones. Así, GUASP (8), en referencia a la naturaleza jurídica del embargo, habla de «derecho real procesal» que comprende una potestad real que el Juez adquiere sobre ciertos bienes y un derecho real del embargante que no puede hacer valer fuera del proceso. REY PORTOLÉS, por su parte, tras negar que el embargo constituya un derecho subjetivo patrimonial, ya que ello tropieza con obstáculos difícilmente salvable como la falta de titular y su indisponibilidad autónoma fuera de la entera posición procesal, sostiene que cabe calificar aquél de «semiderecho real de constitución coactivo judicial», dada la necesidad de decidir su relación de prevalencia con los demás derechos subjetivos que incidan sobre los inmuebles, y cuya peculiaridad principal radica en que su eficacia *erga omnes* se proyecta sólo *in futurum* y no *in praeteritum*, es decir, contra adquirentes (idem acreedores) ya existentes en la fecha de aquél» (9).

Admitida la trascendencia real del embargo, la Dirección General se plantea la cuestión de «si para la misma es requisito constitutivo la práctica de la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, como parece apoyar la analogía con la hipoteca (cfr. arts. 4 del Código Civil y 145 de la Ley Hipotecaria), el carácter obligatorio de la anotación preventiva (cfr. arts. 43 de la Ley Hipotecaria, 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 68 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria) y los términos de los artículos 764 y 1.409 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los que parece resultar que la práctica de la anotación preventiva es uno de los requisitos del embargo.

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

Por el contrario, sí hay, en cambio, datos positivos que abonan la tesis de que el embargo es una medida que se constituye enteramente en la esfera

(7) Vid., en el mismo sentido, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 22 de noviembre de 1988 y 3 de abril de 1998.

(8) GUASP, JAIME, *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, 1986, pág. 421.

(9) REY PORTOLÉS, JUAN MANUEL, *Prelación de créditos con embargo anotado*, ciclo de conferencias publicado por el Colegio de Registradores de España, 1989, pág. 392.

judicial (cfr. arts. 63-12 y 1.403 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El asiento de anotación preventiva procede a petición del que «obtuviera mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo (hecho pasado) en bienes inmuebles del deudor» (cfr. art. 42-2.º de la Ley Hipotecaria), antes de la anotación puede proceder la previa notificación del embargo (luego ya existe) (cfr. arts. 1.373 del Código Civil y 144-1 del Reglamento Hipotecario); aun sin la anotación no puede condicionar su existencia ni tener, respecto de ella, un valor constitutivo (sentencias de 14 de octubre de 1965, 19 de abril de 1971, 28 de julio de 1977, 4 de abril de 1980 y 24 de noviembre de 1986). Y es también la posición más conforme con la doctrina del Alto Tribunal respecto de la tercería de dominio: al ser ésta una cuestión de preferencia, se precisa invocar un título dominical vigente al efectuarse judicialmente la traba para que pueda el tercerista obtener el respeto y protección que reclama (sentencias de 7 de julio de 1988, 25 de noviembre de 1926, 15 de marzo y 22 de junio de 1928, 6 de febrero de 1929, 18 y 24 de febrero de 1936, 28 de enero de 1984, 21 de febrero de 1966, 25 de marzo de 1969 y 4 de abril de 1980).

Ciertamente, en nuestro sistema el acreedor que obtenga anotación preventiva de embargo goza de preferencia frente a los créditos o actos dispositivos posteriores a la fecha misma en que la anotación preventiva del embargo se produce, según resulta de los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código Civil y confirmó reiterada jurisprudencia. Pero ello, naturalmente, no quiere decir que los créditos o los actos dispositivos anteriores a la anotación misma hayan de ser preferentes siempre al crédito en cuyo favor se practicó el embargo, o al embargo mismo todavía no anotado. Para decidir estas otras colisiones de derechos ha de estarse entonces a las demás normas de nuestro ordenamiento.

La colisión entre los créditos anteriores a la anotación se decidirá por las demás normas sobre concurrencia y prelación de créditos. La colisión entre embargo no anotado y el acto dispositivo sobre el bien embargado se decidirá, puesto que afecta al ámbito de los derechos reales, según el principio *prior tempore potius iure*, a salvo el derecho de tercero protegido por la legislación hipotecaria. Es decir, producido el embargo, aunque no esté anotado, el dueño del bien sólo puede transmitirlo en la medida en que es suyo, o sea, con la carga del embargo, dejando indemne al adquirente sólo si reuniera los requisitos para gozar del amparo de la legislación hipotecaria (lo que aquí no ocurre porque la anotación del embargo es anterior a la inscripción de la adquisición del bien)» (10). En conclusión, puesto que la venta posterior al embargo no puede quedar protegida ni por el principio de prio-

(10) En el mismo sentido puede verse FRANCO ARIAS, *El procedimiento de apremio*, Bosch, 1987, pág. 225.

ridad ni por la fe pública registral (al estar ya anotado el embargo al tiempo de la inscripción de la venta), no cabe en tales casos impedir la inscripción del remate, siempre que previamente se cancele la inscripción de la venta con cumplimiento de los requisitos del artículo 175.2 del Reglamento Hipotecario. Frente a este planteamiento no puede invocarse que el anotante no goza de la protección del principio de fe pública registral, pues el principio de prioridad es independiente y distinto de aquél: el título que se anticipa en el Registro produce cierre registral a cualquier otro incompatible, y ello aunque aquél no reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria; lo que sucede es que ese efecto de cierre registral, basado en la sola prioridad, es provisional, mientras que si el título primeramente ingresado goza de la protección de la fe pública el cierre es definitivo.

Estas consideraciones, como señala la Resolución de 5 de mayo de 1993, vienen avaladas por el artículo 175.2.º del Reglamento Hipotecario, tras su reforma de 1992, que expresamente impone la cancelación de toda inscripción posterior a la anotación del embargo, aunque se refiera a enajenaciones anteriores.

Este planteamiento puede observarse que ha pasado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de forma tal que el adquirente posterior al embargo, salvo que inscriba antes de la anotación, en cuyo caso podrá alegar las normas de protección del tercero de buena fe, recibirá el tratamiento procesal de tercer poseedor, es decir, la anotación del embargo se mantendrá (art. 658.2.º), pudiendo el tercer poseedor 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 posteriores (cfr. art. 662-1.º) (11). La misma

(11) Sobre la posición procesal del tercer poseedor en el procedimiento de ejecución, resulta muy esclarecedor el siguiente párrafo que le dedicó en su Informe al Anteproyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil la Comisión General de Codificación, en el que se contiene una durísima crítica al artículo 1.490 de la antigua Ley y al artículo 674 del Anteproyecto (concordante con el 659 de la Ley definitivamente aprobada), y que produjo una clara influencia en la redacción definitiva de la Ley en este punto: «este artículo 674 es trasunto del actual 1.490 LEC, según nefasta redacción dada por la Ley de reforma procesal de 1992, y decimos nefasta porque sólo la más absoluta ignorancia o desconocimiento de los principios procesales básicos de nuestro sistema, junto con una superficial lectura de las normas, hizo posible que se formularan. Bastará una simple pregunta para advertir lo fundado de la crítica expuesta: ¿es que tiene lógica que el deudor ejecutado, luego de serle embargado el bien y anotado el embargo, pueda realizar actos dispositivos sobre el mismo, de forma unilateral y de espaldas al proceso, que tengan como consecuencia el alterar los trámites de la ejecución, complicándola, incrementando sus costes y retrasando su conclusión?; ¿no es el adquirente de un bien embargado el que debe estar atento y al que corresponde la carga de acudir, si lo estima conveniente al proceso de ejecución, por cuanto ya sabía por el Registro de la Propiedad del embargo e inminente ejecución que afecta al bien adquirido?; ¿es que el criterio de la *perpetuatio legitimationis* no se predica respecto de la ejecución? Creemos que la formulación de estos interrogantes dispensa de mayores argumentaciones. En realidad el originario artículo 1.490

solución se aplica al caso de adquisición anterior que se inscribe después del embargo (pues el art. 658.2.º no distingue), pero en este caso el adquirente podrá, además, interponer la correspondiente tercería de dominio.

Como *elemento complementario* a la legitimación del tercerista, el artículo 595 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impone el requisito de que, junto a la demanda se presente un *principio de prueba del derecho del tercerista*, del que resulte *prima facie* la existencia y legitimidad del derecho en que se basa la tercería, incluso de una forma indirecta. Por tanto, lo que no se exige es que se trate de un documento que haga prueba plena del citado derecho, tal como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid. sentencias de 7 de mayo de 1993 y de 11 de febrero de 1999) (12), y a diferencia de lo que se exige en el incidente preliminar del artículo 593.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sí requiere prueba plena del derecho del tercero para eludir la traba del bien.

Una vez admitida a trámite la demanda, ésta se sustancia por los trámites del juicio ordinario (cfr. art. 599), siendo preceptiva la intervención de Abogado y Procurador (cfr. art. 399).

estaba pensado exclusivamente para las ejecuciones hipotecarias, y las notificaciones que contemplaba eran en favor de derechos y gravámenes nacidos entre la constitución de la hipoteca que se ejecuta y el comienzo de la ejecución, pero nunca en favor de derechos que nacieran después de iniciada la ejecución». Tras esta severa crítica, la Comisión General de Codificación concluye con una recomendación que el legislador acogió en buena medida: «Por todo ello, se propone volver a la primitiva idea de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de no llamar al procedimiento de ejecución a ninguna persona que haya adquirido sus derechos sobre el bien a ejecutar después del embargo y su anotación (sin perjuicio de reconocerle el derecho de concurrir, si así lo estima conveniente, y subrogarse en el lugar de su transmitente), limitando las notificaciones a los supuestos de ejecución hipotecaria y a los titulares del dominio o de derechos reales adquiridos sobre el bien hipotecado, en el ínterin entre la constitución de la hipoteca que se ejecuta y el comienzo de la ejecución. Adicionalmente —añade la Comisión—, podrá preverse que el Registro de la Propiedad haga comunicaciones a esos titulares de derechos sobre el bien a ejecutar adquiridos después del embargo, pero dejando bien claro que tales comunicaciones no tienen el carácter de trámite procesal, de modo que su omisión o incorrecta realización no afecta al resultado del proceso».

(12) Así esta última sentencia aclara que el artículo 1.537 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que con la demanda de tercería deberá presentarse el título en que se funde, pero ello ha sido interpretado jurisprudencialmente en sentido amplio, bastando la justificación de una apariencia de buen derecho, sin perjuicio de que, cumplido el requisito y dado curso a la demanda, el actor tenga que acreditar plenamente su derecho, por ser una carga que le corresponde, de modo que para dar curso a la demanda se requiere la presentación con la misma de un documento que justifique *prima facie* el dominio, pero sin que se exija ni pueda exigirse, que el documento necesite hacer prueba plena, pues es al resolver el fondo del litigio donde ha de hacerse el análisis y el examen de dicho título cuyo examen, calificación y alcance constituye la esencia de la acción ejercitada, en consonancia con el resto de las pruebas que se practiquen en el pleito (cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1946, 19 de febrero de 1992 y 14 de febrero de 1995).

4. LEGITIMACIÓN PASIVA DE LAS TERCERÍAS

La Ley de Enjuiciamiento Civil vincula la legitimación pasiva en la tercería de dominio al interés en el mantenimiento de la traba. Este interés se presume en el ejecutante en todo caso, por lo que siempre debe ser demandado.

En cuanto al ejecutado, sin embargo, sólo cabe presumir su interés en el mantenimiento de la traba en caso de que haya sido él quien haya designado para el embargo el bien objeto de la tercería, por lo que no siendo así no deberá ser objeto de la demanda de tercería, sin perjuicio de la posibilidad que se le reconoce de intervenir a su instancia, intervención que, conforme al artículo 600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contará con los mismos derechos procesales que las partes de la tercería.

5. PLAZO O PERÍODO PROCESAL PARA INTERPONER LA TERCERÍA

Regula esta materia el artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se ocupa tanto de la determinación del *dies a quo* de la acción de tercería, como de la fijación del *dies ad quem* de la misma:

- a) En cuanto al primero, dispone el citado artículo que: «1. La tercería de dominio podrá interponerse desde que se haya embargado el bien o bienes a que se refiera, aunque el embargo sea preventivo». Por tanto, cabe la tercería desde que el embargo se haya decretado por resolución judicial, aunque no se hayan adoptado todavía las medidas de garantía o publicidad de la traba, esto es, aunque no se haya practicado todavía la anotación preventiva, según resulta del artículo 587 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- b) En cuanto al *dies ad quem*, lo fija indirectamente el párrafo 2.º del artículo 596 de la Ley Procesal al disponer que: «El Tribunal, mediante auto, rechazará de plano y sin sustanciación alguna la demanda de tercería de dominio..., que se interponga con posterioridad al momento en que, de acuerdo con lo dispuesto por la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta».

Señala, pues el citado artículo de la Ley de ritos los límites temporales de la acción de tercería de dominio y lo hace en base a la premisa de que el objeto de esta acción lo es exclusivamente el alzamiento del embargo trabado (cfr. art. 601.1), por lo que resulta lógico que los límites temporales de la tercería coincidan con los del embargo, es decir, comienza el plazo de la tercería desde el mismo momento de la traba y termina en el momento en que se produce la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera.

ra en pública subasta, momento en el cual desaparece como tal el embargo, pues adviértase que el que adquiere el bien en la ejecución lo adquiere libre del embargo en cuya virtud se haya enajenado, según resulta con claridad del artículo 674.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Hay, pues, en cuanto a la fijación del momento en que precluye la posibilidad de la tercera una remisión de la Ley procesal a la legislación sustantiva o civil, ya que dicho momento debe coincidir con el de la plenificación de la transmisión del dominio del bien embargado y subastado. En materia de bienes inmuebles la transmisión del dominio se vincula a la *traditio* instrumental a que se refiere el artículo 1.462, párrafo 2.º del Código Civil, entendiéndose producida ésta con la entrega al adquirente del testimonio del auto aprobatorio de la enajenación forzosa en que se exprese, en su caso, el pago del precio, conforme al artículo 674.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la jurisprudencia tiene ya avalada de forma reiterada la idea de la asimilación de dicho testimonio a la escritura pública a los efectos de la tradición instrumental prevista en el artículo 1.462 del Código Civil.

Este criterio interpretativo es el que resulta de varias sentencias del Tribunal Supremo, como las de 10 de junio de 1994, 24 de junio de 1997, así como la más reciente de 29 de julio de 1999, todas ellas concordantes entre sí. Así, la de 10 de junio de 1994, se produce en los siguientes términos:

«La doctrina de esta Sala no ha sido constante a través del tiempo, pues un cuerpo de sentencias antiguas mantuvo el criterio de hacer necesario el otorgamiento de la correspondiente escritura pública para que se produzca la consumación de la transmisión (vid. sentencias de 5 de enero de 1899, 28 de junio de 1949, de 17 de febrero de 1956, de 29 de febrero de 1960, etc.); pero más recientemente esta jurisprudencia ha sufrido un proceso evolutivo, en el sentido de “que con la aprobación judicial del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada, se opera la consumación del contrato (venta judicial), pues a la referida adjudicación que el Juez hace al rematante, no hay obstáculo legal alguno en atribuirle el carácter de tradición simbólica o *ficta*, al no ser *numerus clausus* la enumeración de las formas espiritualizadas de tradición que hacen los artículos 1462.2.º a 1.464 del Código Civil”; con lo que consumada ya la venta por la concurrencia del título (aprobación del remate) y modo (adjudicación de la finca al rematante), el posterior otorgamiento de la escritura pública, aunque pueda ser imprescindible a otros efectos (entre ellos el acceso de la adquisición al Registro de la Propiedad), no será necesario para que concurra el requisito de la tradición instrumental del citado artículo 1462.2.º del Código Civil». Estima el Tribunal que este criterio jurisprudencial fue confirmado por la reforma procesal de 30 de abril de 1992, al modificar los artículos 1.514 y 1.515 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, haciendo del testimonio del auto de remate título sufi-

ciente para la inscripción en el Registro, concluyendo en que «la aprobación judicial del remate, seguida de la adjudicación de la finca, está absolutamente equiparada al otorgamiento de la escritura pública, incluida la existencia de una tradición simbólica que produce la consumación de la transmisión». En definitiva, como dice la sentencia de 29 de julio de 1999, «la venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce la tradición con la plasmación de la venta en documento público que antes era una escritura notarial y ahora es un testimonio expedido por el secretario», momento en el cual decae la posibilidad de interponer la tercería de dominio. Alude a la misma idea la sentencia de 1 de septiembre de 1997, hablando del momento en que el adquirente entra en la posesión civilísima del inmueble.

Dado este nuevo *statu quo* legal, a mi juicio, no cabe mantener para el futuro el criterio sostenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 3 de marzo de 2001 (13), en la que estimaba que resulta procedente la denegación de la inscripción de un remate judicial derivado de un embargo trabado sobre finca no perteneciente al ejecutado, sobre el argumento de que tanto el embargo como la posterior enajenación judicial tienen su fundamento exclusivo en el principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor y presuponen para su validez la pertenencia del bien afecto al patrimonio del deudor en el momento de la traba. Argumentación que decae al cotejar la nueva regulación que tasa la posibilidad de impugnar el embargo, por razón de la falta de pertenencia del bien al ejecutado, en tanto dure aquél, y precluye al producirse la transmisión del bien al adjudicatario o rematante.

Por otra parte, el artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe ser objeto de interpretación sistemática para complementar los supuestos no recogidos en el mismo, relativos a otros modos de finalización del embargo y que, con arreglo a la finalidad institucional de la tercería, deben determinar igualmente la preclusión de la posibilidad de su ejercicio. En particular debe entenderse producido dicho efecto preclusivo en otros dos casos:

1.º cuando la transmisión del bien embargado a favor del acreedor o de un tercero tiene lugar, no mediante su enajenación en subasta pública, sino a través cualquier otro de los modos de realización forzosa previstos por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, también en los casos de convenio de realización y de venta por medio de persona o entidad especializada a que se refieren los artículos 640 a 642 de la Ley de Enjuiciamiento Civil;

2.º cuando, por causa distinta de la transmisión del bien embargado se produzca el alzamiento del embargo. Este supuesto, no recogido explícitamente en la nueva Ley tiene, sin embargo, el refrendo de la jurisprudencia, como se

(13) Relativa a un supuesto anterior a la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

aprecia en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1998, que confirmó la inadmisión de una tercería porque el tercerista había obtenido previamente el alzamiento del embargo mediante la consignación de la cantidad por la que se seguía la ejecución. Esta conclusión se alcanza igualmente de lo dispuesto con carácter general por el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre terminación del proceso por carencia sobrevenida de objeto.

Pues bien, en cualquiera de los casos citados, la consecuencia de la interposición extemporánea de la tercería es la inadmisión a trámite de la demanda, que se deberá acordar mediante auto dictado de plano y sin sustanciación alguna.

II. EFECTOS Y OBJETO DE LA TERCERÍA

Podemos estructurar la materia de este apartado distinguiendo entre los efectos de la admisión a trámite de la tercería y los derivados de una eventual estimación de la misma.

1. EFECTOS DE LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA TERCERÍA

En cuanto a los primeros, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil mantiene en materia de efectos derivados de la admisión de la demanda de tercería los dos mismos efectos que ya preveía la anterior Ley procesal en sus artículos 1.455 y 1.535. Tales efectos son la suspensión de la ejecución en relación con el bien a que se refiera la tercería y la admisión de la posibilidad de que el ejecutante solicite mejora del embargo, lo que deberá ordenar el Tribunal mediante providencia en virtud de dicha solicitud. Así resulta del tenor del artículo 598 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (párrafos 1 y 3).

Respecto de la mejora del embargo, la mera admisión a trámite de la tercería es causa suficiente para ordenarla, a instancia de parte, si bien dicha mejora deberá limitarse a los bienes o derechos que sean precisos para cubrir el previsible valor de realización de los que sean objeto de la tercería.

En cuanto al efecto suspensivo debe precisarse que lo que se suspende son las actuaciones de realización forzosa (el llamado procedimiento de apremio), pero no debe impedir la adopción de las medidas de garantía del embargo, por lo que podrá decretarse y practicarse la anotación preventiva del embargo a pesar de estar interpuesta la tercería.

Ahora bien, *especialidad* importante en esta materia es la representada para las *ejecuciones directas sobre bienes hipotecados* en virtud de lo dispuesto por el artículo 696 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que impone el

requisito de que el título base de la tercería de dominio debe reunir la condición de estar inscrito y ello en fecha anterior a la inscripción de la hipoteca, por lo que dado el principio de titulación auténtica y pública en que está basado el Registro de la Propiedad (cfr. art. 3 LH y 34 RH), no podrá constituir soporte para el ejercicio de tercería de dominio con eficacia suspensiva sobre el procedimiento judicial sumario un título de propiedad documentado de forma privada, pues un documento privado, por razón de lo dicho, nunca puede dar lugar a una inscripción de dominio.

Esta idea, que se aparta del patrón común de las tercerías, diseñado por la Ley de Enjuiciamiento Civil y que procede de la redacción previa a la reciente reforma procesal del artículo 132 de la Ley Hipotecaria, había sido confirmada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 4 de febrero de 1987 y 26 de septiembre de 1991, en base a la cita de los artículos 127 y 132-2.º de la Ley Hipotecaria y a la consideración de que esta última es posterior a la anterior Ley procesal y de idéntico rango normativo.

Como pone de manifiesto MORELL (14), se trata de una tercería sujeta a tantos requisitos que difícilmente tiene lugar en la práctica, señalando, a continuación, dos únicos casos en que, a su juicio, puede prosperar dicha tercería: o bien cuando se haya duplicado en el Registro el asiento de una misma finca, es decir, en los supuestos de doble inmatriculación, o bien por haber transmitido el hipotecante la finca a un tercero y, a pesar de ello, haberse inscrito después la hipoteca por él constituida (15).

A los dos efectos anteriores se debe añadir un tercero consistente en la prohibición de admitir segundas o posteriores tercerías. Así se desprende del artículo 597 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al prescribir que: «No se permitirá en ningún caso segunda o ulterior tercería sobre los mismos bienes, fundada en títulos o derechos que poseyera el que la interponga al tiempo de formular la primera».

Se trata de una norma que reproduce el contenido del artículo 1.538 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil. En tales casos, la demanda de tercería deberá ser rechazada por apreciación de litispendencia o de cosa juzgada, que

(14) MORELL, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Madrid, 1930, pág. 147.

(15) GARCÍA GARCÍA, por su parte, en su trabajo *Procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, 1994, destaca otras posibles hipótesis, a las que no duda en calificar de insólitas: a) en el supuesto de haberse producido un error en la aplicación por el Registrador del tracto sucesivo, es decir, en el criterio de legitimación registral, en base a una inscripción previa, para disponer o gravar de los derechos reales sobre bienes inmuebles (cfr. art. 20 LH); b) en el supuesto de que un titular dominical inscrito con anterioridad en el historial de una finca, que alegase su propiedad frente a adquirentes posteriores y frente al acreedor hipotecario con hipoteca constituida por esos adquirentes, por existir causas determinantes de nulidad o resolución de esos adquirentes, y sin que éstos puedan acogerse a la protección de la fe pública registral por carecer de alguno o algunos de los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

podrán alegarse como excepciones procesales en la contestación a la demanda y ser objeto de debate y decisión en la audiencia previa al juicio, conforme a los artículos 405 y 421 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. OBJETO DE LA TERCERÍA DE DOMINIO

En cuanto a los efectos derivados de la resolución de la tercería, se han de estudiar en relación con lo que se puede denominar el objeto de la misma, ya que aquellos dependerán de éste. A este respecto debe destacarse que el objeto de la tercería de dominio se limita a discutir sobre la procedencia o improcedencia del embargo por razón de la pertenencia del bien trabado al patrimonio del tercerista y no del ejecutado. La súplica de la demanda de tercería ha de limitarse, por tanto, a la petición de alzamiento de la traba, siendo improcedente cualquier otra petición, incluida la declaración de dominio en favor del tercerista. Así resulta con claridad de los dos párrafos del artículo 601 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual:

«1. En la tercería de dominio no se admitirá más pretensión del tercerista que la dirigida al alzamiento del embargo.

2. El ejecutante y, en su caso, el ejecutado, no podrán pretender en la tercería de dominio sino el mantenimiento del embargo o sujeción a la ejecución del bien objeto de tercería».

El párrafo 1.º, por tanto, prohíbe la *acumulación de acciones*, y el segundo la *reconvención*. La indebida acumulación debe ser apreciada de oficio (art. 73.4) y puede ser denunciada por el demandado o por los demandados en la contestación (art. 402), en cuyo caso se debatirá y decidirá la cuestión en la audiencia previa al juicio (art. 419).

En cuanto a la *reconvención*, como pone de manifiesto VEGAS TORRES (16), al amparo de la legislación anterior eran frecuentes la encaminada a obtener la declaración de nulidad del título de adquisición del tercerista y la dirigida a destruir dicho título mediante rescisión por fraude de acreedores. La jurisprudencia había admitido la primera, pero precisando que no era necesaria la reconvención, pues la nulidad del título del tercerista podía alegarse en la tercería mediante una simple excepción (vid. sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1991, 23 de febrero de 1996, 19 de mayo de 1997 y 24 de abril de 1998), pero era más reacia a admitir en las tercerías el ejercicio de acciones rescisorias mediante reconvención (la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1998 rechaza expresa y contundentemente la reconvención que tenga por objeto la rescisión). No obstante, hay que notar que esa reconvención sí había sido

(16) *Op. y loc. cit.*

admitida por otras sentencias. Así, la de 14 de noviembre de 1995, no sólo considera admisible una reconvencción en la que se solicitaba la rescisión, sino que, además, llegar a casar por incongruente la sentencia de la Audiencia que no se había pronunciado sobre tal reconvencción. Por su parte, la sentencia de 1 de diciembre de 1995 considera admisible ambas modalidades de reconvencción, si bien bajo la condición de que sean parte en la tercería todos los participantes o interesados en el negocio de cuya nulidad o rescisión se trate.

La Ley de Enjuiciamiento Civil zanja la cuestión prohibiendo cualquier clase de reconvencción en las tercerías de dominio. Respecto de la nulidad del título del tercerista queda abierta la posibilidad, admitida por la jurisprudencia, de alegarla como excepción.

En relación con la *rescisión por fraude de acreedores*, no parece viable que pueda fundamentar una excepción, por lo que deberá solicitarse en proceso independiente de la tercería, como acertadamente razona la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1998.

Este limitado objeto de la tercería lo ha puesto de manifiesto igualmente la jurisprudencia, destacando sus *diferencias con la acción reivindicatoria*. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 1997, aclara que la jurisprudencia ha señalado la no identificación de la acción de tercería de dominio con la acción reivindicatoria, puesto que la finalidad primordial de la primera no es la recuperación del bien, que de ordinario está poseído por el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo, sustrayéndolo de un procedimiento de apremio (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1994). Esta sentencia es fruto de una evolución jurisprudencial que desde una posición inicial de equiparación absoluta de la tercería con la acción reivindicatoria, pasa a una posición intermedia en la que se indica la existencia de una simple analogía sin posibilidad de identificación (sentencia de 13 de abril de 1982), hasta llegar a la más reciente en la que el objeto de la acción de tercería ha quedado delimitado y dirigido exclusivamente a liberar del embargo bienes indebidamente trabados (sentencia de 22 de julio de 1996).

Por todo ello, a mi juicio, no resulta acertada la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 1 de marzo de 2001, que en un supuesto en que la sentencia de la tercería ordenaba no sólo el alzamiento del embargo, sino también la cancelación de la inscripción de dominio del demandado en la tercería, estima procedente practicar dichas cancelaciones en el orden registral y, paralelamente, practicar la inscripción del citado dominio a favor de tercerista triunfante, y ello bajo el frágil argumento de que «el respeto a la función jurisdiccional que compete en exclusiva a Jueces y Tribunales ... impide al Registrador ... so pretexto del discutido alcance de la tercería de dominio, desconocer la eficacia registral de una declaración judicial ... que afirma la pertenencia del dominio a favor de determinada persona».

Finalmente, dentro de este capítulo del objeto de la tercería, cabe reseñar cierta jurisprudencia conforme a la cual *la acción de tercería puede interponerse* no ya frente a un embargo sino también frente a una intervención indebidamente acordada sobre cierto bien en un *procedimiento de suspensión de pagos*. Así lo afirma la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de octubre de 1995, según la cual en todo procedimiento de ejecución colectiva o concursal, como el de suspensión de pagos, el embargo de bienes, que es medida aseguratoria o cautelar propia y específica de los procedimientos de ejecución individual (juicio ejecutivo, por ejemplo), viene a ser sustituido por la ocupación o cuasi-ocupación de los bienes del deudor (en este caso, el suspenso), de forma que la referida ocupación o intervención judicial de bienes en el procedimiento de ejecución colectiva es medida aseguratoria o cautelar idéntica o similar al embargo de bienes en los procedimientos de ejecución individual. Así se desprende, del artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos, cuando en su párrafo último establece que «desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos, todos los embargos y administraciones judiciales que pudiera haber constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados, quedarán en suspenso y sustituidos por la actuación de los interventores, mientras esta subsista, con arreglo a las normas que señale el Juzgado». Si ello es así, resulta patente —según la citada sentencia— que si en la suspensión de pagos se intervienen o incluyen como formando parte del «activo» del suspenso unos bienes que no son propiedad de dicho suspenso, sino que lo son de un tercero, éste, mediante una tercería de dominio, puede conseguir que dichos bienes dejen de estar intervenidos e incluidos en la relación de bienes integrantes del «activo» del suspenso.

3. RESOLUCIÓN SOBRE LA TERCERÍA

La resolución de la tercería aparece regulada por los artículos 603 y 604 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Según el primero:

«La tercería de dominio se resolverá por medio de auto, que se pronunciará sobre la pertenencia del bien y la procedencia de su embargo a los únicos efectos de la ejecución en curso, sin que produzca efectos de cosa juzgada en relación con la titularidad del bien».

Y para el caso de resolución estimatoria dispone el artículo 604 que:

«El auto que estime la tercería de dominio ordenará el alzamiento de la traba y la remoción del depósito, así como la cancelación

de la anotación preventiva y de cualquier otra medida de garantía del embargo del bien al que la tercería se refiriera».

Obsérvese, pues, que a pesar de tramitarse en juicio ordinario, las tercerías se deciden por medio de auto, lo que viene a ratificar la teoría de la naturaleza incidental de estas actuaciones respecto del procedimiento de ejecución en que tienen lugar (cfr. art. 206.2.). Y, ciertamente, ello resulta coherente con la severa limitación de su objeto a la cuestión de decidir sobre la procedencia del embargo, pues si éste se acuerda por medio de auto, es lógico que una resolución que cuyo objeto se limite a confirmarlo o a alzarlo, sin ningún otro pronunciamiento, revista la misma forma (art. 545.4).

Por tanto, el artículo 604 ha de entenderse en el sentido de que el único pronunciamiento que puede contener la parte dispositiva del auto que estima la tercería es el de alzamiento de la traba y de las medidas de garantía. En otro caso, dado que la única petición que puede articularse en la súplica de la demanda es la de alzamiento de la traba (art. 601), el auto que incluyera en su parte dispositiva cualquier otra decisión distinta a la estimación o desestimación de esa petición, sería incongruente. Paralelamente no incurre en incongruencia el auto que, a pesar de haberse incluido en la súplica de la demanda la pretensión de la declaración del derecho del tercerista, se limita a decidir sobre el alzamiento de la traba (cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1992).

Y es que el juicio sobre la pertenencia de los bienes es, en la tercería de dominio, como dice VEGAS TORRES, un simple antecedente lógico de la decisión sobre alzamiento o mantenimiento de la traba y, como tal, ha de quedar reflejado en la fundamentación del auto resolutorio (art. 208.2), sin trascender a su parte dispositiva. En este sentido debe interpretarse el artículo 603, párrafo primero, cuando dice que el auto resolutorio se pronunciará «sobre la pertenencia del bien», pronunciamiento que se habrá de exteriorizar, pues, en la fundamentación de aquel auto y no en su parte dispositiva.

Repárese, por lo demás, que esta interpretación es la más congruente con la prescripción legal de que el juicio sobre la pertenencia de los bienes sólo es relevante a los efectos de la ejecución en curso, sin que produzca efectos de cosa juzgada en relación con la titularidad del bien. Por tanto, la tercería de dominio no impide ni prejuzga de ninguna manera ulteriores procesos acerca de la titularidad del bien entre los mismos sujetos que fueron parte en aquélla.

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Registrador de la Propiedad
Letrado adscrito de la Dirección General
de los Registros y del Notariado
Doctor en Derecho