

La anotación preventiva de embargo y la prelación de los créditos tributarios

SUMARIO: I. LA PRELACIÓN GENERAL QUE TENÍAN LOS CRÉDITOS TRIBUTARIOS.—II. ESA PRELACIÓN TRAS LA REFORMA DE 1995.—III. POSTURA MANTENIDA POR EL AUTOR SOBRE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO.—IV. LA PRELACIÓN DE LOS CRÉDITOS TRIBUTARIOS EN LA LEY DE 17 DE DICIEMBRE DE 2003.—V. CARÁCTER DE ESA NUEVA PRELACIÓN.—VI. SI CABE APLICAR EL NUEVO SISTEMA A LOS CRÉDITOS DE PARTICULARES.—VII. LA COLISIÓN CON LA ADQUISICIÓN ANTERIOR.

I. LA PRELACIÓN GENERAL QUE TENÍAN LOS CRÉDITOS TRIBUTARIOS

Hace ya años, en la obra colectiva *Estudios de Derecho Tributario* que el Instituto de Estudios Fiscales editó en 1979, abriendo el Tomo II aparecía un trabajo del que esto escribe sobre la prelación general de los créditos tributarios (el art. 71 de la LGT).

Conforme a dicho artículo, «la Hacienda Pública gozará de prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con acreedores que no lo sean de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el correspondiente Registro, con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 73 y 74 de esta Ley».

Complemento de este precepto era lo ordenado en el artículo 132 de dicha Ley. «El Estado, las provincias y los municipios tendrán derecho a que se practique anotación preventiva de embargo de bienes en el Registro correspondiente, conforme a mandamiento expedido por ejecutor competente, con el mismo valor que si se tratara de mandamiento judicial de embargo y con el alcance previsto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria».

Conforme a este artículo 44, «El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números segundo, tercero y cuarto del artículo 42 tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1.923 del Código Civil». El número 2 del artículo 42 se refería a la anotación preventiva de embargo.

Finalmente el artículo 1.923 del Código Civil, al tratar de la preferencia con relación a determinados bienes inmuebles del deudor, establece en el número 4: «Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores».

Al comentar el artículo 71 de la LGT en aquella lejana fecha, decíamos que frente al crédito tributario habían de prevalecer los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad con anterioridad a haberse consignado en éste el derecho de la Hacienda Pública.

Añadíamos también que respecto a los adquirentes del dominio (y pese al tenor literal del art. 71), los mismos serían preferidos frente al crédito de la Hacienda, aun cuando su adquisición, de fecha cierta anterior al embargo del fisco, no estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad. Por ello triunfaría la tercería de dominio de esos adquirentes.

Finalmente se destacaba que frente al crédito tributario no podría prevalecer el crédito anotado preventivamente de un particular, aunque figurara en el Registro de la Propiedad antes que el derecho de la Hacienda. Y ello porque el privilegio de ésta no era de fecha sino de naturaleza.

Esto es lo que se desprendía del citado artículo 71. No obstante, el privilegio podía resultar excesivo; y se terminaba aquella colaboración con la indicación de ciertas sugerencias para suavizar algún tanto esa prelación frente a los créditos anotados de los particulares.

II. ESA PRELACIÓN TRAS LA REFORMA DE 1995

Dicha suavización vino por vía jurisprudencial. Y para ello la Sala Primera del TS se valió de la referencia que el artículo 132 de la LGT hacía al 44 de la Ley Hipotecaria. Por este procedimiento, la prelación tributaria quedaba destituida si con anterioridad a su anotación en el Registro había accedido a éste el embargo que garantizaba el crédito del particular.

La intención pudo ser plausible, pero no el camino seguido, que prácticamente venía a dejar inoperante el régimen privilegiado del artículo 71 de la LGT.

Esa jurisprudencia fue corregida por vía legislativa. Así ocurrió con la reforma por Ley de 20 de julio de 1995. El artículo 71 de la LGT no se tocó.

Pero aquel artículo 132 pasó a ser ahora el apartado 2 del artículo 134 con esta otra redacción:

«Si los bienes embargados fueren inscribibles en un Registro Público, la Administración Tributaria tendrá derecho a que se practique anotación preventiva de embargo en el Registro correspondiente, conforme a mandamiento expedido por funcionario del órgano competente, con el mismo valor que si se tratara de mandamiento judicial de embargo. La anotación preventiva así practicada no alterará la prelación que para el cobro de los créditos tributarios establece el artículo 71 de esta Ley».

Se suprimía así aquella paradoja de que el crédito de la Hacienda empeoraba de condición al ser anotado. Y se volvía al criterio ortodoxo de que la prelación del fisco no era de fecha sino por la naturaleza del propio crédito. Frente a éste no podrán prevalecer los anotados por los particulares. Solución pues ortodoxa, aunque excesivamente dura.

III. POSTURA MANTENIDA POR EL AUTOR SOBRE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO

Cambiamos ahora de protagonista y vamos a referirnos a la anotación preventiva de embargo, que era el otro miembro del título dual de esta colaboración.

También en cuanto a esa figura hemos de remitirnos a nuestro trabajo que apareció en la *RCDI*, número 620 en el año 1994, con el título: «¿La imparable ascensión de la anotación preventiva de embargo?» Con ocasión de las novedosas Resoluciones de la DG de 6-9-1988 y 23-3-1993, allí manteníamos la doctrina tradicional sobre tales anotaciones. Es decir, que no tenían preferencia sobre los créditos anteriores y menos aún frente a los adquirentes anteriores del bien, aunque no hubieran inscrito antes de la anotación.

Allí indicábamos que no era óbice a esa conclusión la redacción que el Real Decreto de 13-11-1992 dio a la regla 2.^a del artículo 175 del Reglamento Hipotecario. Y es que las cuestiones sustantivas de prelaciones de derechos no pueden solventarse por una norma reglamentaria.

Es curioso que en la legislación hipotecaria que edita McGraw Hill, 2.^a edición y anotada por CUADRADO IGLESIAS y GÓMEZ GÁLLIGO, al tratarse de esa regla 2.^a del artículo 175, modificado en 1992 para dar más eficacia a la anotación preventiva de embargo, se diga que se aplicó así el artículo 1.927, regla 2.^a del Código Civil y el criterio de la Resolución de 23-3-1993 antes mencionada. Pero se añade que tal reforma está en contradicción con el artículo 1.518 de la LEC, que sólo habla de «inscripciones de gravamen» y de

«los posteriores», mas no de inscripciones de dominio en base de enajenaciones anteriores.

Por lo demás en todo ese tema, forzoso es remitirnos a aquella colaboración publicada en 1994. Pero la anotación preventiva de embargo requirió otra vez nuestra atención.

Y ello lo motivó la trascendental nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Así en el número 665 de la *RCDI* del año 2001, apareció nuestra colaboración con el título: «La anotación preventiva de embargo. ¿Aún en ascensión?»

Frente a la opinión contraria de algún autor y tras la debida interpretación de los artículos 587, 594 en su apartado 1, y 674 en su apartado 2 del nuevo texto procesal, llegábamos a la conclusión de que la eficacia fundamental que a tal anotación atribuye nuestro Código Civil no había experimentado modificación. La ley procesal era respetuosa con la sustantiva, que es donde habían de resolverse esos problemas.

Por supuesto que en este particular hemos de remitirnos íntegramente a lo publicado en el 2001, pues no es cosa de repetir lo ya expuesto.

Bien es verdad que en la misma Revista y en el número 679 de septiembre-octubre de 2003, aparece el artículo de BUSTOS PUECHE sobre «El sujeto beneficiario de protección registral». En el tema de la colisión entre la anotación preventiva de embargo y la adquisición anterior, en aplicación de la doctrina sobre la apariencia jurídica, se inclina por dar preferencia al embargo anotado. En todo caso, como la normativa considerada era fundamentalmente la nueva LEC, nos remitimos íntegramente a lo que ya habíamos defendido en nuestro trabajo del año 2001.

IV. LA PRELACIÓN DE LOS CRÉDITOS TRIBUTARIOS EN LA LEY DE 17-12-2003

En definitiva habíamos mantenido que el problema de preferencia de derechos quien tenía que resolverlo era la norma sustantiva y no la reglamentaria o la procesal. Y eso es lo que ha ocurrido con relación a los créditos tributarios.

En efecto, en el *BOE* del 18-12-2003 aparece la Ley 58 de ese año, de fecha 17-12, que es la General Tributaria. La prelación general de los créditos tributarios figura hoy en el artículo 77. Su contenido es prácticamente el mismo que el del antiguo artículo 71, aunque termina diciendo «sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de esta Ley». Estos últimos se refieren a la hipoteca legal tácita y a la afección de bienes, de los que no vamos a tratar.

La innovación fundamental está en lo que fue el artículo 132 y luego el artículo 134, apartado 2 de dicha Ley. Ahora ese contenido ha pasado al

artículo 170 sobre la diligencia de embargo y anotación preventiva; y concretamente al apartado 2. En tan importante apartado podemos distinguir tres partes.

La primera coincide básicamente con lo que decían los anteriores artículos 132 y 134 sobre el derecho a obtener la anotación preventiva y el valor que a ésta se concede.

La parte segunda es de tipo procedimental. Se refiere a que se pida la certificación de cargas de los bienes y a que, una vez expedida, esto se haga constar por nota marginal. Y después a la notificación que de ese embargo se debe hacer a los titulares de otras cargas. En definitiva, es traslación de lo que ocurre en la ejecución procesal civil.

La novedad está en la tercera parte de ese apartado 2 del artículo 170. «La anotación preventiva así practicada no alterará la prelación que para el cobro de los créditos tributarios establece el artículo 77 de esta ley, siempre que se ejercite la tercería de mejor derecho. En caso contrario, prevalecerá el orden registral de las anotaciones de embargo».

Novedad trascendental es ésta, puesto que innova radicalmente lo que se había establecido en la ley de reforma de 1995. Pero curiosamente en la Exposición de Motivos de la nueva Ley Tributaria no hay referencia expresa a tal innovación. Con ésta se viene a aceptar aquella jurisprudencia suavizadora del TS y algunas sugerencias de la doctrina.

V. CARÁCTER DE LA NUEVA PRELACIÓN

Con la ley actual la prelación general de los créditos tributarios puede decirse que ha cambiado de naturaleza. La postura ortodoxa que se derivaba del artículo 71 de la Ley de 1963 es que estábamos ante créditos cuyo privilegio no radicaba en el tiempo o prioridad sino en la naturaleza. Porque frente a esos créditos podían prevalecer los derechos reales inscritos, pero no las obligaciones puramente personales.

En cambio ahora cabrá decir que estamos ante una preferencia condicionada. Porque la misma sólo tiene realidad si la Administración Tributaria entabla la correspondiente tercería de mejor derecho. En otro caso, desaparece aquella preferencia y se está al criterio temporal: esto es, al orden registral de las anotaciones de embargo. En definitiva, es dar entrada o juego al artículo 1.927 del Código Civil.

En tal sentido, cuando el artículo 164 de la nueva Ley General Tributaria, al regular la concurrencia de procedimientos, en el apartado 1 deja a salvo el orden de prelación que para el cobro de los distintos créditos viene establecido por la Ley en atención a su naturaleza, hay que entender que no es sólo la naturaleza lo que puede ser decisivo, sino también aquellas otras circuns-

tancias o requisitos establecidos en la misma Ley. Y uno de ellos puede ser el haber interpuesto oportunamente la tercería de mejor derecho a que se refiere el artículo 170.

Cabría decir que el carácter condicionado del privilegio de los créditos tributarios también se daba en la regulación anterior. Puesto que, aunque fueran preferentes a todos los créditos personales de terceros, si éstos estaban anotados en el Registro de la Propiedad, la forma normal de ejercitar Hacienda la preferencia en un proceso de ejecución era mediante la tercería de mejor derecho.

Pero no siempre se estaba ante ese caso. Porque pudiera ser que esa ejecución la promoviera otro crédito con clara preferencia (por ejemplo, uno hipotecario) y que después, por orden de anotación, figurara primero el crédito personal de un particular y tras él el de la Hacienda. No se estaba pues ante la típica tercería, sino frente al reparto del sobrante tras cobrar el crédito hipotecario.

La vigente Ley de Procedimiento Laboral de 1995 regula el supuesto de que en concurrencia de ejecuciones no hubiera bastante para que todos los créditos laborales cobren la totalidad. Y se instaura un sistema de reparto proporcional. El tema lo regula en los artículos 268 al 272.

MONTERO AROCA, al comentar tal Ley de 1995, admite que junto a esos créditos laborales puede concurrir otro de naturaleza distinta, al que no afectaría aquel criterio del reparto proporcional. Y ese crédito concurrente bien podría ser de la Hacienda Pública.

Pues bien, el artículo 269 de aquella Ley prevé que en esos supuestos algún acreedor concurrente alegara preferencia para el cobro. Y en los artículos posteriores se regula el procedimiento a aplicar en tal caso, hasta terminar por auto judicial.

Podía entenderse que todo ello es sólo para cuando esa preferencia la alegan los acreedores laborales. Pero el artículo 268, cuando sienta el principio de reparto proporcional en caso de insuficiencia, añade que eso será «con respeto, en todo caso, a las preferencias de créditos establecidos en las leyes». La referencia es pues a todas las leyes; y dentro de éstas puede estar la General Tributaria.

En tal caso no es lo mismo la preferencia absoluta que establecía el antiguo artículo 71 de la Ley General Tributaria que la condicionada que ahora se deriva del artículo 170 de la nueva Ley. De ahí que hayamos podido decir que el privilegio general del crédito tributario ha cambiado de naturaleza. Si no totalmente, al menos de forma bastante apreciable.

Por ello, el artículo 77 de la Ley, que regula el derecho de prelación general de los créditos tributarios y que en la parte final del apartado 1 deja a salvo lo establecido en los artículos 78 y 79 (sobre hipoteca legal tácita y afección de bienes), para que fuera exacto tendría que añadir que también esa

prelación era sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 170, esto es, de la necesidad de acudir a la tercería de mejor derecho. Porque sin ello desaparece la prelación.

Desde aquel momento de máxima garantía que supuso la Ley de Reforma de 1995, los créditos tributarios han experimentado una clara minusvaloración. Primero de tipo cuantitativo, cuando la reciente Ley Concursal ha reducido en porcentaje el carácter privilegiado de esos créditos en los procedimientos concursales. Y ahora de tipo cualitativo, cuando la Ley General Tributaria establece ese importante condicionamiento en su artículo 170.

No obstante, hay que decir que esta última restricción no encuentra objeción legal, puesto que se ha introducido en una norma del mayor rango y no por reglamento; y además porque se trata de una norma sustantiva y no procesal. Aunque sea ley limitada a ciertos créditos, como son los tributarios, los cuales, ciertamente, no son de poca importancia por su generalidad y extensión.

VI. SI CABE APLICAR EL NUEVO SISTEMA A LOS CRÉDITOS DE PARTICULARES

La pregunta que surge entonces es la de si una modificación semejante a la expuesta no podría introducirse en general para los créditos de los particulares garantizados con anotación preventiva. De un lado cabe decir que la restricción de interponer la tercería de mejor derecho es más tolerable para la Hacienda Pública, que cuenta con una poderosa organización jurídica a su servicio y a la que poco cuesta instar esas actuaciones procesales. Pero por otra parte, si ese condicionamiento se ha introducido para los créditos tributarios, que siempre han gozado de especial protección, no parece excesivo que el mismo sistema se instaure para los créditos de los particulares debidamente anotados.

En tal sentido el artículo 1.923 del Código Civil, cuando en el número 4 otorga preferencia a los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores, tendría que añadir algo parecido a esto: «No obstante, los titulares de créditos anteriores para gozar de preferencia sobre el anotado habrán de interponer la correspondiente tercería de mejor derecho. De no hacerlo así, se estará al orden de las anotaciones indicado en el artículo 1.927, regla 2.^a de este Código».

Con ello se vendría a revitalizar tal artículo 1.927, como en su momento mantuvo una parte de la doctrina. De otro lado, en el artículo 170 de la Ley General Tributaria y también en la redacción que hemos propuesto para el 1.923 del Código, se sobreentiende que el crédito que ha de acudir a la

tercería de mejor derecho es el que registralmente no tiene prioridad sobre aquel otro al que pretende adelantar. Porque de estar anotado antes, sobraba toda prevención. Y también se sobreentiende que en ambos casos triunfaría la tercería.

VIL LA COLISIÓN CON LA ADQUISICIÓN ANTERIOR

Queda entonces por plantear el tema clásico de la colisión entre la anotación preventiva de embargo y la adquisición anterior aunque no inscrita oportunamente. Cuando en 1973 comentábamos la prelación general de los créditos tributarios, en un momento en que la legislación era verdaderamente pro fisco, ya decíamos que esa anotación de Hacienda no podía triunfar frente a una adquisición anterior aunque ésta no estuviera inscrita o fuera registrada con posterioridad.

Si eso lo habíamos mantenido para las anotaciones de créditos tributarios, no puede extrañar que cuando en 1994 nos ocupamos de la anotación de embargo a favor de particulares defendiéramos la misma opinión tradicional. Esto es, que tal anotación no podía prevalecer frente al adquirente anterior. El argumento fundamental es que el embargo puede recaer sobre los bienes del deudor, pero no sobre los de otra persona distinta que no tiene deuda alguna y cuya mala fe no se debe presumir.

Es más, cuando aparece la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en el trabajo citado de principios de 2001, volvíamos a defender aquella conclusión. Pues no era propio de una ley procesal el resolver una cuestión de prelación de derechos de la envergadura de la indicada. Otra cosa es la que modificara el Código Civil.

Además en este tema tenía una fuerza enorme la consideración expuesta por JOSÉ MANUEL GARCÍA, en el sentido de que en las adquisiciones de viviendas en nuestra patria era enormemente frecuente el hacerlo en documento privado que sólo se elevaría a escritura pública al terminarse de pagar el precio. Y esta situación afectaba a una multitud de parejas, muchas jóvenes y no siempre de desahogada posición económica.

Que la ley no se ha desentendido de ese problema lo acredita el párrafo 2 del apartado 3 del artículo 593 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a que el bien embargado de un tercero sea la vivienda familiar de éste. No volvemos sobre tal cuestión porque de ella nos ocupamos en el trabajo de 2001.

Es más, la propia Ley General Tributaria actual, cuando en el artículo 165 se ocupa de la suspensión del procedimiento de apremio, en el apartado 3 prescribe la tercería si es que el tercero pretende levantar el embargo por entender que le pertenece el dominio o titularidad del bien o derecho embar-

gado. Y el apartado 4 ordena que en tal caso se suspenderá el procedimiento de apremio en cuanto se refiere a los bienes controvertidos.

Si todo esto lo permite la ley frente a un crédito respetable como el de la Hacienda Pública, no parece que pueda seguirse otro procedimiento cuando el crédito esgrimido lo sea de un particular.

Por todo ello resulta extraordinariamente dudosa la conveniencia de modificar nuestro Código Civil para dar preferencia a la anotación de embargo sobre esas adquisiciones anteriores, aunque no registradas antes.

Más bien y al contrario, en nuestro Código Civil, el artículo 1.923, número 4, sobre el crédito anotado preventivamente, aunque pudiera completarse en el sentido antes transcrito (y para seguir el ejemplo de la Ley General Tributaria), cabría terminarlo para que no cupiera duda con una frase parecida a ésta: «El crédito preventivamente anotado no tendrá preferencia sobre las adquisiciones anteriores».

Ahora bien, aunque esto último no se consigne expresamente, sigue en pie aquel principio de que lo que se puede embargar son los bienes del deudor y no los de un tercero; aquí el embargo sería nulo. Y en cuanto a los demás problemas que plantea la adquisición anterior que se retrasa en acceder al Registro, nos remitimos íntegramente a lo que decíamos en aquel trabajo de 1994, citado en el apartado III de estas páginas.

PEDROLUIS SERRERA CONTRERAS
Abogado del Estado