

La cancelación de cargas por mandamiento judicial en la ejecución de bienes inmuebles

1. PLANTEAMIENTO

El régimen de cancelación de cargas por mandamiento judicial en el procedimiento ejecutivo común sobre bienes inmuebles está recogido principalmente en el artículo 674.2 LEC (también art. 642 LEC), derecho común que entiendo, como luego veremos, no exactamente idéntico al régimen de cancelación de cargas de la ejecución hipotecaria (art. 131 y sigs. LH, arts. 175.2 y 233 RH), también reformado en la Disposición Adicional novena de la LEC 1/2000.

A mi entender, el artículo 674.2 LEC es el protagonista de un nuevo régimen de coordinación entre procedimiento ejecutivo y Registro. El juez no sólo se apoya en el Registro desde el inicio y en el desarrollo del proceso ejecutivo, sino que, como culminación del mismo, está llamado a un juicio sumario de determinación del rango del crédito ejecutado en su conflicto con los demás créditos y gravámenes sobre el inmueble rematado, al que se refiere el artículo 674.2 LEC, que tiene un acceso directo al Registro y que determina el contenido del folio registral de que se trate.

La reforma procesal del procedimiento ejecutivo instaura un sistema de comunicación permanente entre el Registro y el Juzgado, fomenta el conocimiento y la participación de titulares registrales anteriores y posteriores en el proceso ejecutivo (identificados en la certificación de cargas), y tutela muy especialmente el tercer poseedor, especialmente si está identificado por el propio Registro (1).

(1) A tenor del artículo 659 LEC, el Registrador comunicará la existencia de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al del derecho del ejecutante, lo que yo entiendo

El tema que hoy quiero comentar es la decisiva participación del juez en la ordenación del folio registral correspondiente al inmueble rematado, según el artículo 674.2 LEC, al ordenar y determinar las cargas registrales subsistentes sobre los inmuebles después del auto de adjudicación de inmuebles (modificando también, en este tema, la Disposición Final novena de la LEC, el régimen de la ejecución hipotecaria). La principal innovación de la nueva LEC, que ya estaba anunciada en la Reforma de la LEC, de 30 de abril de 1992, y en el Real Decreto 1386/1992, de 13 de noviembre, consiste en que el procedimiento ejecutivo no termina con el otorgamiento de una escritura pública en nombre del ejecutado, que será posteriormente calificada por el Registrador para su inscripción en el Registro, sino que la culminación del procedimiento ejecutivo es una determinación por el juez, *prima facie*, del rango del crédito ejecutado sobre el bien rematado tras el examen y calificación del régimen registral de la finca que resulta de la certificación de cargas (art. 656 LEC).

El juez debe establecer expresamente en el auto de adjudicación cuáles son las inscripciones y anotaciones, anteriores o posteriores que habrán de cancelarse (arts. 133 LH, 233 RH), lo que afecta a todo el folio, quedando subrogado el adjudicatario en los gravámenes anteriores o preferentes no cancelados (arts. 668.3, 669.2, 670.5 LEC). Y si no lo ha hecho en el auto de adjudicación, el juez debe justificar el régimen de cancelación de las cargas posteriores en el mandamiento de cancelación por un auto razonado, y no ordenarlo con una mera providencia (argumento a contrario ex art. 642 LEC) (2).

que ha de referirse a aquellos titulares registrales de derechos que hayan de extinguirse, es decir, a todos aquellos derechos «que por su rango deban declararse extinguidos al realizarse el crédito», como con más propiedad dispone el artículo 225 RH. Lo que significa que el propio Registrador realiza también una función previa de calificación del rango del crédito que se ejecuta al expedir la certificación de cargas, lo que sería ideal que constase en la propia certificación de cargas. El artículo 135 LH dispone que el Registrador debe comunicar al juez ante el que se sustancia un procedimiento ejecutivo, la extensión de ulteriores asientos que puedan afectar a la ejecución, lo que debe referirse, principalmente, a los asientos posteriores que pudieran ser preferentes de rango. No es exagerado decir que el procedimiento ejecutivo sobre inmuebles se sustancia en la contemplación del Registro de la Propiedad, por el protagonismo que adquiere la certificación de cargas en el inicio del procedimiento ejecutivo y el mandamiento de cancelación de gravámenes en su conclusión. El Registrador está actuando como un auténtico secretario judicial durante la ejecución, velando por la pureza del procedimiento ejecutivo y evitando la continuidad o dispersión de los procedimientos ejecutivos cuando, según el Registro, pudieran aparecer inscripciones o anotaciones contradictorias o relevantes para un proceso ejecutivo en marcha; y por su parte el juez, a través del mandamiento de cancelación, está sirviendo a la más perfecta adecuación de la realidad al Registro.

(2) Esta no es la opinión de AVILA NAVARRO («La certificación de cargas y el mandamiento de cancelación en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados», en *RCDI*, 2000, pág. 643 y sigs.), para quien el juez no puede entrar de oficio a dilucidar el orden de preferencia del crédito perseguido y el de los anteriores y poste-

Si la cancelación fuera automática, fundada en la mera prioridad registral, la cancelación la haría el Registrador mismo, por sí y ante sí en función de la prioridad pura y dura, lo que también podría ser función del Registrador si la prioridad resultase de títulos fehacientes. Pero entiendo que no es éste el caso; existiendo un previo debate contradictorio, aunque sea sumario, sobre el título y el derecho, y pudiendo ser oídos los titulares de asientos cancelados, es el Juez que conoce la ejecución el que debe valorar el rango y preferencia del crédito ejecutado y ordenar la cancelación consiguiente de los derechos posteriores o de rango inferior. El Registro y la escritura pública tutelan la prioridad formal, y el folio registral es en sí mismo un concurso formal de los acreedores, pero el juez determina, además, la preferencia efectiva en la medida que le conste y con los datos que le consten; y ello, *prima facie*, sin perjuicio de que los derechos puedan discutirse en el procedimiento que corresponda. Por eso hay un mandato de cancelación, porque la cancelación no es automática y porque el juez que la ordena no tiene por qué ajustarse necesariamente, aunque sea lo habitual que lo haga, a los principios de fehaciencia de las escrituras o de prioridad registral.

riores (pág. 658). Sin embargo, en mi opinión, como luego justifico en detalle, es esta justamente la función del mandamiento de cancelación, que no está necesariamente vinculado a la prioridad y rango registral. El mandamiento de cancelación, tanto en el procedimiento ejecutivo común como en el hipotecario, se produce a instancia de parte, es decir, del propio adjudicatario, o excepcionalmente a instancia de tercero interesado, que deberá solicitar individualmente las cargas que entiende deben cancelarse, pudiéndose negar el juez, razonadamente, y tras poder haber oído a los interesados, a cancelar las inscripciones o anotaciones posteriores que por ser preferentes en rango hayan de subsistir, y debiéndose notificar a los titulares de cargas extinguidas la purga o cancelación para que puedan ejercitar sus derechos en el procedimiento ordinario correspondiente. Dado que el mandamiento de cancelación no es un acto preceptivo, sino a instancia de parte, no debe haber inconveniente en inscribir directamente un auto de remate o adjudicación si no hay obstáculos registrales para ello, y aunque no haya mandamiento de cancelación, lo que dado el régimen preferencial de la hipoteca puede no ser necesario en el procedimiento de ejecución hipotecaria (aunque su carácter preceptivo se prevea en el art. 131.17 LH).

El mandamiento cancelatorio es el resultado de un auto de remate y adjudicación (art. 233 RH), que es el que propiamente transmite la propiedad del bien embargado, y la justificación del mandamiento de cancelación es la consideración del folio registral como una ficción de concurso simplificado en el que la valoración de su rango y preferencia sobre el bien ejecutado, en su conflicto con los demás créditos anotados y gravámenes inscritos sobre el mismo bien, en el nuevo proceso ejecutivo, debe formar parte del contenido de la sentencia de remate o de la justificación del mandamiento de cancelación. Parece correcto considerar que el mandamiento de cancelación será individualizado para las cargas anteriores a la certificación de cargas (véase también JURADO JURADO, «El procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RCDI*, 2000, pág. 3301). El mandamiento de cancelación es un acto procesal independiente y autónomo del remate y adjudicación, aunque no puede existir sin éste.

A mi juicio, el nuevo régimen de cancelación judicial de cargas no se basa exclusivamente en la prioridad registral. El mandato de cancelación puede anteponer la preferencia del crédito a la prioridad registral, principalmente cuando la preferencia se deriva del propio Registro, de la fehaciencia de documentos públicos que han servido de base a la inscripción, o cuando la preferencia ha sido reservada antes de la adjudicación, por ese gran desconocido y convidado de piedra del Derecho hipotecario, que es la anotación preventiva; asiento éste fantasmal y misterioso, sometido a una hamletiana contradicción ontológica (su ser o no ser), que es su doble naturaleza de tutela de la prioridad registral y garante de la preferencia extrarregistral. Pero la preferencia de un asiento posterior respecto de la prioridad registral del crédito ejecutado puede derivarse también de otras razones, como la determinación posterior del objeto o titular del derecho embargado (como una declaración de obra nueva o una sentencia firme posterior que prive del derecho al titular embargado). Finalmente, y según reiterada jurisprudencia, son oponibles al adquirente en una subasta judicial los actos de enajenación del embargado anteriores al embargo, aunque no consten registralmente, si el tercero de buena fe ha tomado posesión de los bienes con anterioridad al embargo y además el título de adquisición es fehaciente, oneroso y no sospechoso. Todas estas circunstancias, y alguna otra que luego analizamos, no se fundan propiamente en la prioridad registral y deben, en principio, tenerse en cuenta por el juez en el mandamiento cancelatorio (3).

2. EL MANDAMIENTO DE CANCELACIÓN Y LA EFICACIA DE LAS ADJUDICACIONES JUDICIALES DE BIENES INMUEBLES

2.1. EL MANDAMIENTO DE CANCELACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA EFICACIA DE LAS ADQUISICIONES EN SUBASTAS JUDICIALES

Parece obvio que el régimen de cancelación de cargas ha de ser una proyección registral de la eficacia que se reconozca a las adquisiciones en subastas judiciales. Según una corriente jurisprudencial antigua y consolida-

(3) En el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria no hay mandamiento de cancelación, y por ello, según el artículo 236.1 RH, la escritura de remate o adjudicación es objeto de calificación registral, que debe controlar la legalidad del procedimiento de ejecución, siendo automática la cancelación de asientos posteriores, siempre que no sean de rango preferente al del ejecutado o cuestionen el derecho de éste o la identidad de la cosa. Sin embargo, sí tendrá que haber mandamiento de cancelación en los supuestos de convenio de realización (art. 640 LEC), o de realización por persona o entidad especializada (art. 641 LEC).

da, tras el remate, el adjudicatario no adquiere una propiedad *ex novo* sino la misma que tenía el embargado, con sus cargas reales manifiestas o inscritas, o las cargas personales que hayan reservado su rango por la anotación. Si el embargado no era propietario, nada adquiere el adjudicatario, pues la propiedad no se garantiza por la subasta; aunque está claro que después de la adjudicación se pueden desconocer todas las cargas personales que afectasen al embargado y que no hayan sido objeto de anotación preventiva sobre el bien adjudicado.

La doctrina mayoritaria ha mantenido, en base al régimen de cancelación de cargas en la ejecución hipotecaria (134 LH, art. 175.2 RH) o en el procedimiento ejecutivo común (art. 674.2, LEC 1/2000), que el mandamiento de cancelación está exclusivamente fundado en la prioridad registral, pues se debe ordenar la cancelación de todos los asientos posteriores, y niegan que pueda existir un derecho preferente constituido registralmente con posterioridad a la hipoteca o anotación del embargo que se ejecuta. Sin embargo ello significa, a mi juicio, contradecir la doctrina jurisprudencial consolidada referida, potenciar en demasía la eficacia de las adjudicaciones en subastas judiciales, en detrimento de la tutela jurisdiccional de la propiedad, y significa también consumir la dependencia del procedimiento ejecutivo respecto del Registro, que ni está establecida en las leyes ni se sostiene en principios objetivos de justicia (4).

(4) La opinión que sostiene que la cancelación de asientos posteriores es automática parece generalizarse después de la ley de reforma procesal 10/92. Así CORTÉS DOMÍNGUEZ y otros (*Comentarios sobre la reforma procesal*, Oviedo 1992, pag. 134), porque los titulares de derechos posteriores que sean preferentes deben velar por su mantenimiento a través de la oportuna tercería; en el mismo sentido MORAL MORO, *La subasta judicial de inmuebles*, Zaragoza, 2000, pág. 349 y sigs., para quien después de la reforma de 1992, no se distingue ya entre gravámenes preferentes y no preferentes, sino entre gravámenes anteriores y posteriores.

Después de la LEC 1/2000, la cuestión se plantea frontalmente en relación con la discusión sobre la eficacia de la anotación preventiva. Según ERDOZAIN, *Anotaciones preventivas de embargo, prelación de créditos y transmisiones a terceros*, Pamplona, 2000, «con la LEC 1/2000, parece haberse impuesto definitivamente la teoría que otorga efectos absolutos al embargo anotado preventivamente frente a inscripciones o anotaciones posteriores (registralmente hablando) a aquella que sirvió para la ejecución, según el tenor literal del artículo 674.2» (pág. 114). Lo que este autor justifica por un criterio de publicidad y seguridad en los derechos adquiridos, y lo deduce también del artículo 670.5 LEC que establece la subsistencia de los gravámenes anteriores, no los anteriores y preferentes, deduciendo también de la nueva redacción del artículo 134 LH, que la orden de cancelación se funda exclusivamente en la prioridad registral. En la misma línea, TALMA CHARLES, *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, Madrid, 2001, considera, en una interpretación literal del artículo 674.2 LEC, que la cancelación se puede extender tanto al dominio como a las cargas posteriores, y dado que la preferencia de créditos es un problema sustantivo que no se puede ventilar en el seno de un proceso ejecutivo..., el juez de la ejecución, utilizando un criterio estrictamente cronológico, ordenará la cancelación de todos los asientos posteriores, sin entrar en distinguos

Es muy corriente añadir también que dado que se deben cancelar, después de la adjudicación, todas las inscripciones posteriores a la del crédito ejecutado, debe deducirse que el titular extrarregistral pierde su derecho después de la inscripción registral de la adjudicación y del correspondiente mandamiento de cancelación de cargas si no ha ejercitado a su tiempo, durante la ejecución, la

sobre privilegios o preferencias (con cita de las Resoluciones de 22-11-88 y 7-5-99) (pág. 560 y sigs., también, pág. 652). Otros autores mantienen similar opinión: según NADAL GÓMEZ, *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, Madrid, 2001, las inscripciones posteriores a la anotación preventiva serán canceladas como consecuencia del mandamiento de cancelación por riguroso orden de prioridad (págs. 170 y 278). Y tal es también la opinión de UCEDA OJEDA (*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Barcelona, 2000, art. 647, pág. 3070 y sigs.), «pues la defensa que pueden tener tales acreedores, que se consideran preferentes, no puede ser otra que la contenida en las normas que regulan la tercería de mejor derecho, mientras se sustancia el procedimiento de adjudicación»; sin embargo, este autor, en el comentario del artículo 670.5 (pág. 3063 de la misma obra) habla de subrogación en los gravámenes preferentes, y lo mismo en el comentario al artículo 658 (pág. 3035), seguramente porque considera el término preferente análogo al anterior. Por su parte, DE LA OLIVA, DIEZ PICAZO, VEGAS (en *Derecho Procesal Civil, ejecución forzosa, procesos especiales*, Madrid, 2000, pág. 275 y sigs.), después de sentar, con muy buen criterio, que no es lo mismo cargas anteriores que preferentes, concluyen sin embargo que «el criterio para determinar las cargas que subsisten es, por tanto, puramente registral: habrá que atenerse al orden en que los gravámenes aparecen anotados o inscritos en el Registro», lo que se justifica por ser un parámetro «objetivo y fácil de manejar» (con la sola excepción, que examinan a continuación, de deudas tributarias, de la comunidad de propietarios, o salariales superprivilegiadas que se pueden ejercitar también sobre el tercer adquirente).

Tal parece ser la opinión predominante de la doctrina registral: MANZANO SOLANO, «Publicidad registral en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RCDI*, 2001, pág. 2089, opina que como consecuencia de la publicidad registral, la adjudicación implica la pérdida del dominio por parte del dueño de la finca hipotecada; GÓMEZ GALLIÓO, «La normalización del derecho hipotecario procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RCDI*, 2000, opina que como la LEC considera eficaz el embargo de bienes no pertenecientes al ejecutado, si el verdadero titular no interpone una tercería antes de la enajenación o adjudicación, el rematante o adjudicatario de buena fe adquiere el bien de modo irreivindicable (pág. 1875); AVILA NAVARRO, cit., pág. 659, opina que para que no se cancelen los derechos preferentes posteriores han de ser alegados en el procedimiento ejecutivo; y por su parte JURADO JURADO, cit., afirma que se cancelan las anotaciones preventivas posteriores aunque lo sean por créditos preferentes, con cita de la Resolución de 22-11-88 (pág. 3305). Tampoco es acertada, a mi juicio, la opinión de ARNÁIZ («La anotación preventiva de embargo en la LEC 1/2000, de 7 de enero», en *RCDI*, 2001, pág. 1555 y sigs.), de que el ejecutante que conoce un procedimiento ejecutivo en marcha tiene obligación de intervenir en él, porque la anotación preventiva posterior no le protege su privilegio y está llamado a decaer como consecuencia del nuevo régimen de cancelación de cargas, concluyendo (pág. 1570) que el adquirente de fecha anterior al embargo que no ejercita la oportuna tercería (por no ser diligente) queda en la misma situación que el anotante posterior. Sin embargo no es una opinión unánime, pues, por ejemplo, RIVAS TORRALBA, *Aspectos registrales del nuevo proceso de ejecución*, Madrid, 2001, pág. 144 y sigs., sostiene, con muy buen criterio, que deben subsistir, aunque sean posteriores, aquellas cargas que gocen de mejor rango que el gravamen que se ejecuta, aunque luego no desarrolla en detalle cuáles han de ser estas cargas de mejor rango que deben subsistir.

correspondiente tercería. Según esta corriente, que se sostiene con particular énfasis en la ejecución hipotecaria, no se puede ejercitar después de la adjudicación la tercería o reivindicatoria cuando el titular registral embargado no sea el titular real o cuando la adquisición del tercero se corresponda a una enajenación anterior no inscrita. Se considera, en definitiva, al adjudicatario, según el Registro (es decir, que ha embargado a un titular registral y después inscribe la adjudicación) como a un tercero hipotecario (5).

Está claro sin embargo que la jurisprudencia no reconoce ni al anotante de un embargo, ni tampoco al adjudicatario de una subasta judicial, que adquiere del titular registral embargado la condición de tercero hipotecario. Ni siquiera en la ejecución hipotecaria el adjudicatario que inscribe es considerado un tercero hipotecario. La pertenencia al embargado de los bienes ejecutados es un presupuesto de eficacia del procedimiento ejecutivo (art. 593, LEC 1/2000), en consecuencia el adjudicatario no adquiere nada si el embargado no es el propietario real de la cosa, aunque el embargado fuera titular registral. El propietario sólo pierde su propiedad a consecuencia de un embargo por deudas que no son propias, esto es, no puede ejercitar la acción reivindicatoria, si el adjudicatario adquiere después del remate los bienes de modo irreivindicable (art. 594 LEC), lo que sucede sólo en supuestos muy excepcionales por aplicación de la doctrina de la inoponibilidad de títulos no inscritos, y la doctrina del tercero hipotecario ha sido drásticamente restringida por la jurisprudencia en su aplicación a las subastas judiciales (6).

(5) Por ejemplo, PARDO NÚÑEZ, *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*, Madrid, 1997, pág. 112, sostiene que la constitución de hipoteca está protegida por la fe pública registral, y que por ello se convalida la falta de dominio del titular registral. Sobre si la constitución de hipoteca se impone a la anotación preventiva de embargo aunque sea de fecha posterior a ésta (también, pág. 138 y sigs.), especialmente si el crédito que garantiza la hipoteca es fehaciente y anterior al embargo, sostiene que es una postura que no puede aceptarse, porque prestaría poca seguridad a las adjudicaciones judiciales (pág. 139), y resultaría un sofisma, pues la retroactividad, contraria a los principios del derecho registral, contradice el artículo 1.972.2 del Código Civil, y sólo afectaría a las adquisiciones en subastas judiciales. También RENTERÍA, *Efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de enajenaciones anteriores a la anotación preventiva de embargo*, «libro homenaje a CHICO ORTIZ», Madrid, 1995, pág. 775 y sigs., sostiene una postura similar pero desde la perspectiva del artículo 1.875 del Código Civil, pues la eficacia de la hipoteca es oponible a cualquier poseedor. Recientemente, y bajo la vigencia de la nueva LEC, RIVAS TORRALBA, *Aspectos registrales del nuevo proceso de ejecución*, Madrid, 2001, afirma, examinando los posibles medios de defensa del verdadero dueño frente al adjudicatario, que la irreivindicabilidad se da cuando el adjudicatario reúne los requisitos del artículo 34 LH, si el rematante inscribe su adquisición, salvo la falta de buena fe de éste si conoció antes del remate que los bienes no pertenecían al embargado, y sin perjuicio de poder promover la nulidad del procedimiento ejecutivo (pág. 33 y sigs.).

(6) Como digo, según una jurisprudencia reiterada, no adquiere la condición de tercero hipotecario ni el anotante de un embargo, ni el adjudicatario que inscribe su derecho, aunque adquiriera de un titular registral. Postura tradicionalmente sostenida tam-

En mi opinión, como consecuencia del sistema de tutela jurisdiccional de la propiedad, el propietario es defendido frente a los embargos o adjudicaciones de sus bienes por deudas que no sean propias. La acción ordinaria es la tercería de dominio dentro del proceso ejecutivo. Pero el propietario, no sólo puede oponerse a una ejecución comenzada mediante la tercería de dominio, sino que aun después del remate y adjudicación puede reivindicar los bienes frente al adjudicatario de una enajenación judicial forzosa, tanto frente a adjudicaciones en los procedimientos ejecutivos singulares como universales, y ello aunque la adjudicación se inscriba en el Registro (pues el adjudicatario no es tercero registral y no se debe considerar tercero hipotecario). La doctrina del tercero hipotecario es excepcional porque supone una expropiación del propietario sin indemnización y contradice la tutela jurisdiccional de la propiedad, y la doctrina jurisprudencial, con gran sentido jurídico, no la aplica para potenciar la eficacia de las subastas judiciales. El procedimiento ejecutivo no es un régimen de adquisición originaria de los bienes, sino derivativa; y el adjudicatario de una enajenación forzosa no adquiere más propiedad que la que tenía el titular de los bienes que se embargaron y adjudicaron.

El carácter derivativo de las adquisiciones en subastas judiciales es un presupuesto necesario de la propia coherencia del complejo sistema de ejecuciones singulares que existe en el ordenamiento moderno, pues si puede haber una multiplicidad de ejecuciones civiles, laborales y administrativas, simul-

bién por la doctrina hipotecaria y civil (véase, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, II, Barcelona, 1995, pág. 267 y sigs., TALMA CHARLES, pág. 315 y sigs., ERDOZAIN LÓPEZ, pág. 62, con estudio detallado de la doctrina hipotecaria sobre este punto. Ver también el detenido estudio jurisprudencial sobre este punto en SARMIENTO RAMOS, *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, Madrid, 1993, pág. 213, con cita de la más antigua jurisprudencia en nota 13).

En las adjudicaciones judiciales de inmuebles, según la STS de 19 de noviembre de 1992 (Ar. 9143), el que embarga al titular registral y anota su embargo en el Registro de la Propiedad no adquiere la condición de tercero hipotecario, y en consecuencia cabe reivindicar la propiedad del adjudicatario y demostrar, aún después de la enajenación judicial, que la cosa no pertenecía al titular registral. La STS de 8 de marzo de 1993 (Ar. 2052) declara que si la cosa embargada no era del ejecutado, por haberse vendido a terceros que habían adquirido la propiedad públicamente antes del embargo, el remate es nulo y no se aplican al adquirente en subasta judicial los artículos 34 LH y 1.473 del Código Civil, aunque inscriba en el Registro el remate. El antiguo propietario sigue siendo propietario a pesar de la subasta judicial o el apremio administrativo (Doctrina jurisprudencial reiterada incesantemente: SSTs 19 de noviembre de 1992, Ar. 9143; 8 de marzo de 1993, Ar. 1993; 23 de febrero de 1995, Ar. 1701; 10 de diciembre de 1996). Sin embargo, la más reciente jurisprudencia parece dudar, en cuanto respecta al adjudicatario que inscribe, si el embargado era titular registral y el adjudicatario continúa el tracto. Así le reconoce la condición de tercero hipotecario la STS de 31 de marzo de 1991 (Ar. 2793); por su parte, la STS de 19 de mayo de 1997, en una argumentación incidental, que no constituye la *ratio decidendi* del caso, distingue entre el anotante y el adjudicatario, considerando que el anotante no está protegido por la fe pública registral, pero el adjudicatario que inscribe, sí.

táneas y en conflicto entre sí, y si la tercería de dominio está encaminada exclusivamente a levantar el embargo y no declara derechos (art. 601, LEC 1/2000), no se puede sostener que el procedimiento ejecutivo o la adjudicación de bienes tras una subasta judicial son un modo originario de adquirir la propiedad. Si el propietario no participa en el procedimiento ejecutivo, oponiéndose a la adjudicación por medio de la tercería de dominio cuando se embargan sus bienes por deudas ajenas de las que no responde, no por ello pierde la propiedad de los bienes adjudicados, pues aunque el embargo le hubiera privado de la posesión, aún le debe quedar la posibilidad de reivindicarlos del tercero adjudicatario.

Ello es consecuencia también de la naturaleza de los procesos de ejecución. El proceso ejecutivo ordinario como los procedimientos universales (concurso, quiebra, partición y liquidación hereditaria) son liquidatorios y por ello sin declaración de derechos que quedan reservados al procedimiento ordinario (art. 603 LEC), el adjudicatario debe aceptar la subsistencia de todos los gravámenes anteriores (art. 670.5 LEC), lo que comprende todos aquellos, no sólo los registrales, que hayan de subsistir, y el principal que antecede y sustenta el sistema es la propiedad. Por ello, creo que está claro y es evidente que el propietario no pierde su propiedad tras el embargo al titular registral y porque los bienes estén incursos en un procedimiento ejecutivo por deudas de dicho titular registral, y sean luego adjudicados a un tercero. Ni siquiera puede decirse que la participación en el ejecutivo como tercerista sea preceptiva para el propietario. Sólo pierde la propiedad el titular embargado si era efectivamente el propietario y su insolvencia es la causa legal y justa por la que se le priva de la propiedad (7).

A mí me parece además que esa postura está sometida a una contradicción ontológica, pues si la adjudicación judicial de bienes, tras la subasta pública, produjera la adquisición originaria *ex novo* de la propiedad, si existiesen varias adjudicaciones, la adjudicación preferente sería la última, y el sistema concursal carecería de coherencia, especialmente porque puede haber una multiplicidad de procedimientos jurisdiccionales distintos de ejecución (civil,

(7) La opinión contraria es la más común en la doctrina hipotecaria, aparte de la doctrina antes mencionada merece reseñar especialmente el planteamiento de PARDO NÚÑEZ, para quien «si media anotación de demanda, los adquirentes de derechos de la cosa litigiosa que no comparecen, no sólo se ven privados del amparo de la fe registral (excepción de fe pública), sino de todos los medios de defensa en sentido amplio de que podían servirse» (pág. 12). Pero esta opinión supone partir tanto de un deber de conocer el Registro como de una obligación de pleitear, que no está recogida en las leyes, y cuyo trasunto es una concepción de la jurisdicción al servicio del Registro. Por otra parte, olvida la tutela jurisdiccional de la propiedad. En mi opinión, el propietario está defendido en su derecho de propiedad por la Constitución, y por lo tanto no tiene obligación de comparecer en los pleitos para defender su derecho, ni tiene deber de conocer las situaciones registrales que se hayan pergeñado a sus espaldas.

laboral y administrativo), que pueden concurrir simultáneamente en el tiempo, y hay además una multiplicidad de ejecuciones administrativas en las que no se admiten o se restringen drásticamente las tercerías. Sin que tenga sentido que en caso de pluralidad de adjudicaciones deba ser preferido el adjudicatario que primero inscriba en el Registro su adquisición, porque ello haría del Registro el vigilante y señor de las ejecuciones, cuya primacía, entiendo, se debe dirimir por su preferencia material y no por la prioridad del acceso de una adjudicación al Registro (8).

El Registro presta coherencia al sistema concursal de los créditos, tanto en las ejecuciones singulares como universales cuando hay una pluralidad de procedimientos ejecutivos simultáneos, y también presta coherencia al régimen legal de las preferencias que han de quedar reservadas de algún modo cuando hay una pluralidad de ejecuciones en marcha o cuando concurren una pluralidad de adjudicaciones del mismo bien. Pero no instaura un sistema de adquisiciones a *non domino* fundada en el Registro y aplicable a las subastas judiciales.

Ante el problema de la posible concurrencia de ejecuciones y adjudicaciones simultáneas, el Registro da coherencia al sistema concursal de los créditos, no otorga *ex novo* la propiedad, y esa coherencia no se funda en la prioridad pura y dura y no puede aceptarse la preferencia indiscriminada de la primera adjudicación, sino que debe valorarse la preferencia efectiva del crédito ejecutado, especialmente cuando existe una reserva de rango por la anotación preventiva de embargo o de demanda. A mí me parece, por ejemplo, que la anotación preventiva presta coherencia al problema de la posible existencia de una pluralidad de adjudicaciones del mismo bien, pero no porque la primera anotación sea preferente, sino porque reserva los derechos y permite del propio Registro determinar la preferencia entre ellos. El mandamiento de cancelación debe, por ejemplo, respetar la anotación preventiva posterior que reserva un derecho preferente o que cuestiona el derecho del

(8) El supuesto de existencia de una pluralidad de adjudicaciones no es un supuesto de «laboratorio», sino que se plantea frecuentemente en la práctica. De la jurisprudencia más reciente, podemos destacar: en la STS de 25 de noviembre de 1996 (Ar. 8559), tras dos adjudicaciones del mismo inmueble por dos Juzgados de Primera Instancia, uno de Madrid y otro de Barcelona, la sentencia se decanta por la preferencia de la primera adjudicación (aunque caducó la anotación preventiva de la segunda), afirmando que el rematante de la segunda adjudicación (que fue el que primero inscribió en el Registro) carecía de buena fe porque debió conocer la primera adjudicación. La STS de 29 de julio de 1999 (Ar. 5909), en un supuesto similar, considera por su parte preferente el segundo adjudicatario, pues había cancelado por caducidad la anotación preventiva correspondiente a la otra adjudicación, y sobre todo porque la efectiva toma de posesión se produjo exclusivamente en favor del segundo adjudicatario. Por su parte, las SSTS de 24 de junio de 1997 (Ar. 5209), y 1 de septiembre de 1997 (Ar. 6376), reconocen al rematante que no inscribió su derecho en el Registro a levantar un embargo posterior del titular registral originario, si la adjudicación primera fue seguida de una efectiva toma de posesión.

titular registral o que cuestiona la identidad del bien mismo ejecutado. Pero todo ello no significa negar la realidad extrarregistral de la propiedad, ni hacer de la ejecución fundada en el Registro un modo originario de adquirir la propiedad. En definitiva, el rematante puede tener garantías de su preferencia por el Registro frente a otras ejecuciones en marcha, pero no tiene por el Registro una garantía absoluta de la titularidad del embargado (9).

2.2. EL DISTINTO RÉGIMEN DE CANCELACIÓN DE CARGAS EN EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO Y EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Debe recordarse que en el procedimiento ejecutivo que perfila la LEC no está llamada la anotación ni el orden de la inscripción, a resolver las cuestiones de derecho material que se plantean en la determinación de las preferencias entre adquirentes o adjudicatarios, y que no parece que en esta cuestión ni la reforma del Reglamento Hipotecario de 1992, ni la LEC 1/2000, hayan pretendido innovar, ni tampoco, en consecuencia, en el régimen de la cancelación de cargas; por ello, y dado que el procedimiento hipotecario no otorga derechos por sí mismo, en rigor, a mi entender, la cancelación de cargas

(9) El problema de la pluralidad de embargos y adjudicaciones se plantea sobre todo cuando entran en conflicto procedimientos ejecutivos iniciados por la jurisdicción civil, con procedimientos ejecutivos iniciados por la jurisdicción laboral; o cuando entran en conflicto ejecuciones comenzadas en la vía civil o laboral con procedimientos administrativos de ejecución por deudas tributarias o a la seguridad social, en los que además, ordinariamente, se limita de modo drástico la posibilidad de interponer tercerías. En todos estos supuestos, la anotación preventiva de embargo presta universalidad a la ejecución, y reserva el rango del derecho ejecutado aunque el inicio de la ejecución sea posterior. Puesto que la adjudicación transmite la propiedad, el conflicto y la preferencia de los créditos sólo se puede hacer valer antes de la adjudicación y previa anotación preventiva de una ejecución en curso, cuyo rango queda así reservado por dicha anotación (también se reserva el rango por la inscripción de hipoteca o una anotación de crédito refaccionario). Es común en la jurisprudencia encontrar ejercitada una reivindicatoria o declarativa de dominio frente a embargos o adjudicaciones efectuados por la administración tributaria o laboral en cuyos procedimientos es corriente que no se admitan ningún tipo de tercería incidental o excepciones causales (así, SSTS de 2 de octubre de 1985, 4 de febrero de 1986, 28 de febrero de 1986, 2 de octubre de 1986, etc.). También en procedimiento ordinario y sin ejercitar la tercería de mejor derecho puede discutirse paralelamente a una ejecución comenzada el privilegio y rango de un crédito, especialmente si un acreedor se encuentra con varias ejecuciones singulares ante jurisdicciones distintas, o si ha reservado su derecho por una anotación preventiva de embargo. Es representativa la STS de 1 de julio de 1992 (Ar. 4982), tras la suspensión de pagos de una naviera se discute en juicio ordinario el rango enfrentado de un crédito hipotecario por segunda hipoteca, los débitos a la hacienda pública y los privilegios salariales, el juicio ordinario se utiliza así para resolver el conflicto de varias jurisdicciones competentes en ejecuciones singulares y en la resolución del conflicto de varias adjudicaciones, en los casos en que ya no sea ejercitable la tercería de dominio o mejor derecho en el propio procedimiento ejecutivo.

posteriores sólo se puede referir a los asientos que traigan causa del titular registral embargado, puesto que el embargo y la adjudicación no constituyen derechos *ex novo* sino que transmiten el derecho que tenía el embargado.

La eficacia de la adjudicación en el procedimiento ejecutivo ordinario no se extiende a la inoponibilidad de títulos no inscritos, pues legalmente no puede aceptarse la ineficacia de las enajenaciones anteriores al embargo más que cuando el adquirente de subasta judicial adquiriera una propiedad irreivindicable (art. 594 LEC), y tal efecto de inoponibilidad de títulos no inscritos, como vamos a ver, sólo se reconoce jurisprudencialmente para la ejecución hipotecaria. Y este es el elemento fundamental de distinción entre el procedimiento ejecutivo común y el procedimiento de ejecución hipotecaria, lo que tiene una relevancia decisiva en el régimen de cancelación de cargas (10).

El artículo 674 LEC (y otros artículos concordantes del mismo cuerpo legal: arts. 658, 668.3, 669.2, 670.5 LEC) ordenan la cancelación de todas las inscripciones o anotaciones posteriores del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación. Pero... ¿qué ha originado el remate o la adjudicación?... A mi juicio no es la inscripción o anotación del derecho que se ejecuta lo que origina la adjudicación, sino el derecho mismo que se ejecuta. En la ejecución hipotecaria, en términos generales, inscripción y derecho coinciden porque la hipoteca es un derecho preferente (art. 1.923.3 del Código Civil) y que ha nacido por la inscripción. La preferencia crediticia de la hipoteca equivale al régimen de la inoponibilidad de títulos no inscritos (arts. 32 LH, 1.473 del Código Civil, cuestión que estudiamos con más de-

(10) La enajenación en subasta judicial por ser una adquisición derivativa cuya titularidad está ligada (es continuación) de la del transmitente, no garantiza el derecho de propiedad sobre la cosa subastada, no garantiza la identidad material del bien subastado, y no garantiza tampoco frente a las cargas reales manifiestas que pesan sobre la cosa adjudicada, o como hemos visto, frente a actos anteriores de enajenación de la cosa que sean públicos y no presenten sospecha de fraude. Sobre estos extremos existe una copiosa jurisprudencia. Respecto de la identidad material de la cosa subastada son corrientes las denegaciones de inscripción de ventas judiciales por la defectuosa descripción del bien embargado que no permite su correcta identificación (así STS de 11 de febrero de 1991, Ar. 1194). Respecto de las servidumbres manifiestas o defectuosa descripción del bien subastado se adquiere la finca que se embargó, y no tal como se describe en el Registro o en la publicidad de los edictos; en relación con la oponibilidad de la posesión al titular inscrito (art. 36 LH), por ejemplo, STS de 8 de febrero de 1991 (Ar. 1155), un ayuntamiento opone el carácter de enclave de propiedad privada de una finca enajenada judicialmente por deudas tributarias, lo que la sentencia admite. Lo mismo sucede con las cargas reales, aunque no sean manifiestas, así STS de 24 de marzo de 1993 (3306) contempla la hipótesis de subasta judicial de bienes que el plan de urbanización declara como de servicio público y que por ello no podía ser dedicado a edificación: la sentencia declara que incumbe al licitador investigar la cuestión de hecho antes de concurrir a la subasta, lo que significa el tratamiento del plan de urbanismo (o la afectación demanial del bien) como una carga pública preferente (con cita de la STS de 15 de diciembre de 1992, Ar. 10494), que el adquirente en subasta judicial tiene obligación de conocer.

talle en el epígrafe siguiente). Pero en el procedimiento ejecutivo común, lo que ha accedido al Registro es ordinariamente la anotación preventiva del embargo del crédito que se ejecuta, y la preferencia registral y extrarregistral del título ejecutivo pueden diferir sustancialmente. Esto significa, a mi entender, que en el procedimiento ejecutivo común, la preferencia y cancelación subsiguiente a la adjudicación no se deducen necesariamente de la prioridad temporal: los derechos que se deben cancelar no son los posteriores en el acceso al Registro, como podría deducirse de una lectura superficial del artículo 674 LEC y artículos concordantes que comento, sino los que sean de rango posterior al que se ejecuta. Y respecto del procedimiento ejecutivo común, la jurisprudencia reconoce también la eficacia de las enajenaciones anteriores del embargado si no son sospechosas y el adquirente ha tomado efectiva posesión de los bienes enajenados.

2.3. ÁMBITO PROPIO DE LA CANCELACIÓN DE ASIENTOS POSTERIORES:
 PRIORIDAD, PREFERENCIA Y RESPETO A LA REALIDAD EXTRARREGISTRAL

¿Cuáles son los derechos de rango posterior cuya cancelación habrá de ordenarse? A mí me parece que, como principio, la prioridad registral ha de ser el criterio resolutorio de los conflictos de rango tras la adjudicación de un inmueble en una subasta judicial, y que en principio ha de ordenarse la cancelación de las inscripciones (enajenaciones o hipotecas) posteriores al derecho que se ejecuta (una hipoteca o una anotación de embargo), pero este criterio no puede elevarse a categoría dogmática cuando prioridad y rango no coinciden, o cuando es cuestionada la identidad de la finca embargada o la titularidad del titular registral, o cuando el titular registral ha enajenado los bienes embargados antes del embargo, o cuando no es poseedor de la finca embargada.

A mi entender en la interpretación del artículo 670.5 LEC (referido al procedimiento ejecutivo común y no al hipotecario, que es más riguroso en el régimen de cancelación de cargas posteriores) la determinación de la subsistencia de gravámenes anteriores (el artículo no dice anteriores a qué, y por eso no puede ser un término temporal de comparación) tras la aprobación de remate y adjudicación de bienes al acreedor no puede significar que sólo deban subsistir los gravámenes y cargas de fecha registral anterior a la adjudicación misma, sino que se refiere a que pueden o deben subsistir todas las cargas preferentes en rango al derecho por el que se adjudica o cuando la anotación preventiva cuestiona la identidad o titularidad. Y no son preferentes en rango exclusivamente las inscripciones anteriores. La preferencia de rango puede derivarse bien de la constancia posterior al asiento que se ejecuta de la exacta identidad material de la finca, como puede ser la constancia de

la obra nueva o exceso de cabida (arts. 113, 134 LH y 215 RH), o de sentencias judiciales posteriores que nieguen o limiten el derecho del titular registral como, por ejemplo, cuando conste registralmente con posterioridad que el titular registral ha sido privado de la propiedad de la finca registral adjudicada o de parte de ella por sentencia firme en procedimiento de reivindicación o declaración de dominio; y también deben subsistir asientos posteriores que traigan su causa de preferencia en el propio Registro o en un asiento registral anterior, como el ejercicio de una opción de compra o retracto que consten registralmente con anterioridad al derecho que se adjudica (11).

Yo entiendo, como he dicho, que pueden subsistir también otras cargas posteriores. Sin ánimo de ser exhaustivo pueden subsistir otras cargas posteriores, como afecciones reales registralmente manifiestas que no sean incompatibles con la inscripción registral que se ejecuta, como la anotación preventiva posterior de un crédito refaccionario que es preferente, o la anotación posterior de un crédito escriturario anterior que también puede ser preferente mal que ha causado la ejecución. También deben subsistir las cargas reales no manifiestas pero públicamente constituidas que sean oponibles (como una servidumbre aparente), enajenaciones públicas del titular registral que el adjudicatario haya debido conocer (ventas anteriores a la anotación de embargo o inscripción del titular registral que no sean sospechosas), adjudicaciones judiciales anteriores de la finca adjudicada o parte de ella o de un derecho real sobre la finca, que se hayan hecho constar en el Registro aunque sea por una anotación preventiva que ampare la preferencia de la adjudicación posterior, derechos personales que hayan reservado su rango por una anotación preventiva anterior a la adjudicación aunque sea posterior a la anotación preventiva del crédito que se ejecuta, y derechos personales constituidos por el titular registral o terceros anteriores a la adjudicación que sean oponibles al adjudicatario (por ejemplo, arts. 661 y 675 LEC).

3. SUPUESTOS MAS IMPORTANTES DE SUBSISTENCIA DE ASIENTOS POSTERIORES

3.1. LA ENAJENACIÓN POR EL EMBARGADO DE LOS BIENES EMBARGADOS CON ANTERIORIDAD AL EMBARGO Y EL RÉGIMEN DE CANCELACIÓN DE CARGAS

La preferencia se determina, en primer lugar, en la realidad posesoria que el embargante y el juez deben investigar, pues el embargo no debe ser algo

(11) Sobre el tema puede verse: MANZANO SOLANO, cit., pág. 2099; GARCÍA GARCÍA, *Procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, Madrid, 1994, pág. 281.

teórico e ideal, sino que debe o puede entrañar una efectiva toma de posesión del bien embargado (12).

Si, por ejemplo, el titular registral no es propietario por haber enajenado el bien embargado con anterioridad al embargo, aunque dicha enajenación no conste en el Registro, si la inscripción posterior a la anotación de embargo que se ejecuta se corresponde a una adquisición anterior indubitada de la propiedad acompañada de toma de posesión, y que no ofrece sospecha alguna, dicha inscripción habrá de respetarse, pues el juicio ejecutivo se ha iniciado en este caso embargando a un no propietario, que tampoco era poseedor, y por ello la adjudicación no puede tener efecto alguno respecto del mismo, porque la adjudicación no es un modo originario de adquirir la propiedad, aunque se haga según el Registro. La propiedad como realidad es anterior al embargo y al Registro, y está definida por la posesión, por ello si no se comprobó efectivamente la realidad posesoria del inmueble con anterioridad a la adjudicación, y el juez viene a descubrir en el momento de la adjudicación que una inscripción posterior se corresponde con un derecho anterior cuya realidad y fehaciencia, también anterior, no ofrece duda, entiendo que no deberá ordenar la cancelación de esa titularidad aunque sea registralmente una inscripción posterior. El carácter derivativo de las adquisiciones en subastas judiciales es el que explica el régimen de cancelación de cargas en este caso. Se deben cancelar todas aquellas inscripciones o anotaciones que traigan causa del titular registral embargado y sean posteriores a la anotación de embargo que se ejecuta, siempre que no se correspondan con derechos anteriores indubitados y públicamente constituidos. La primera causa de preferencia puede derivarse de una enajenación anterior del embargado seguida de una entrega efectiva de la posesión del bien embargado con anterioridad al embargo (13).

(12) Sobre este punto insisten particularmente los procesalistas que sostienen que los efectos de persecución y prioridad de la declaración judicial de embargo de un bien se sustentan en el acto judicial que ordena la traba (CARRERAS, *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, pág. 140; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, II, Valencia, 2000, pág. 538 y sigs.), a mí me parece que los efectos del embargo se derivan principalmente de la desposesión efectiva del embargado y de la anotación del embargo en el Registro, y no del acto público de embargo mismo, puesto que el embargo no es en sí mismo sino una expectativa a recibir el producto de la enajenación de los bienes embargados (art. 613 LEC), y el acto del embargo no tiene por sí ninguna publicidad. A mí me parece que es la desposesión o la publicidad que el embargo consigue por la posesión o la anotación la que hace la adjudicación preferente a los compradores posteriores al embargo o a los titulares de créditos posteriores no anotados.

(13) Sobre el tema existe copiosa jurisprudencia, entre la más reciente puede citarse: La oponibilidad de una adquisición fundada en documento público seguido de toma de posesión, que no ha sido inscrito en el Registro respecto de una anotación posterior, se sienta en la STS de 19 de mayo de 1997 (Ar. 3887).

Pero esta causa de preferencia parece que sólo se aplica al procedimiento ejecutivo común. Como hemos dicho antes, el régimen de la ejecución hipotecaria es singular, pues en la misma no se admiten la oponibilidad de los actos de enajenación del embargado, aún anteriores a la inscripción de hipoteca, si no están inscritos, lo que significa desconocer la posesión contraria aunque sea anterior (art. 36 LH). La razón es que la jurisprudencia aplica a la hipoteca, y sólo a la hipoteca, el régimen de la inoponibilidad de títulos no inscritos (art. 32 LH), que supone desconocer las enajenaciones anteriores a la hipoteca del bien hipotecado, si el que constituyó la hipoteca era el titular registral del bien hipotecado; mientras que en la ejecución ordinaria si el titular registral ha enajenado el bien embargado, dicha enajenación puede ser oponible al adjudicatario (14).

También existe una copiosa jurisprudencia que admite la oponibilidad de un documento privado de venta seguido de toma de posesión. Así, STS de 23 de febrero de 1995 (Ar. 1701), en la que se establece que el comprador en documento privado de 9 de agosto de 1979, que ha pagado íntegramente el precio y recibido la posesión de la cosa, puede levantar el embargo al titular registral, aunque sea por créditos tributarios devengados con anterioridad a la venta, cuando la anotación preventiva del embargo interesado por la recaudación de tributos del Estado es de 24 de marzo de 1987. STS de 2 de diciembre de 1996 (Ar. 9220), el comprador de dos apartamentos en documento privado de 4 de abril de 1986, que acredita haber pagado íntegramente el precio y la toma de posesión efectiva en febrero de 1987, puede levantar el embargo a favor de la Caja de Ahorros de Baleares (Sa Nostra), anotado el 24 de abril de 1989. Y en el mismo sentido, STS de 18 de abril del 2000 (Ar. 2158), declara la preferencia de una venta en documento privado frente a un embargo por débitos a Hacienda anotado posteriormente.

Por el contrario, la jurisprudencia no admite que se pueda levantar el embargo si no consta la toma de posesión del adquirente con anterioridad a la anotación del embargo (SSTS de 21 de marzo de 1998, Ar. 1511; 14 de julio de 1998, Ar. 5548).

(14) La eficacia de la ejecución hipotecaria se muestra mucho más radical en la jurisprudencia del TS (eficacia ofensiva), que la ejecución ordinaria precedida de una anotación preventiva de embargo. Las SSTS de 30 de noviembre de 1987 (Ar. 8710) y 14 de junio del 2000 (Ar. 4413), establecen la preferencia del acreedor hipotecario ejecutante frente al comprador en documento privado seguido de toma de posesión anterior a la constitución de la hipoteca, sin hacerse cuestión de la doctrina de la oponibilidad de la posesión a la inscripción registral o si el titular registral conoció o debió conocer la posesión contraria (arts. 36 y 38 LH). La doctrina incide también en este punto. La publicidad de la hipoteca (eficacia ofensiva) prevalece incluso contra una venta anterior no inscrita; porque ello es una exigencia ineludible de la seguridad del crédito hipotecario (sistema de inoponibilidad frente a la hipoteca de títulos no inscritos). RENTERÍA (*Efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de enajenaciones anteriores a la anotación preventiva de embargo*, «libro homenaje a CHICO ORTIZ», Madrid, 1995, pág. 775 y sigs.) subraya, comentando la normativa anterior a la reforma de la LEC, que el propio artículo 1.923 del Código Civil, distingue entre los créditos hipotecarios y los anotados, pues la eficacia ofensiva frente a los actos anteriores sólo es predicable de la hipoteca (art. 1.923.3.º del Código Civil), mientras que la anotación preventiva sólo otorga preferencia (art. 1.923.4.º) «en cuanto a créditos posteriores», opinando, en base al artículo 1.876 del Código Civil, que por la inscripción el acreedor hipotecario puede hacer valer su derecho frente a cualquier poseedor, lo que supone potenciar radicalmente la eficacia de la inscripción de hipoteca. SERRERA CONTRERAS, «La anotación preventiva de embargo,

La anotación preventiva del embargo no es en este punto asimilable a la hipoteca, pues según la jurisprudencia mayoritaria, la anotación preventiva sólo reserva el rango frente a los actos posteriores a la misma, lo que significa que no se desconoce la posesión pública anterior, mientras que la hipoteca se define como un rango preferente entre todas las inscripciones, y aún oponible a una posesión contraria anterior, lo que, como hemos dicho, es consecuencia de su preferencia (art. 1.923.3 del Código Civil). Y ello tiene su trascendencia en un régimen de cancelación de cargas posteriores mucho más radical (art. 134 LH) (15).

¿aun en ascensión?», en *RCDI*, 2001, pág. 1137 y sigs., subraya cómo el régimen de cancelación de cargas es más radical en el ámbito de la hipoteca (art. 134 LH) que en el del ejecutivo ordinario (art. 689 LEC), y dicho autor, en caso de embargo a quien no sea titular registral por haber adquirido en momento anterior a la anotación de embargo, da por supuesto que su adquisición es inscribible y se remite al régimen del tercer poseedor. Por el contrario, RIVAS TORRALBA, cit., pág. 143 y sigs., y pág. 193 y sigs., sostiene que el régimen de cancelación de cargas ha de ser idéntico en la ejecución ordinaria y en la ejecución hipotecaria. A mi entender, el artículo 696 LEC, que no admite tercerías de dominio en el procedimiento de ejecución hipotecaria, sino en virtud de un título inscrito anterior, se justifica también en el régimen de inoponibilidad de títulos, que es la clave de la distinción del régimen de cancelación de cargas en el procedimiento ejecutivo común y el hipotecario. Por otra parte, la nueva redacción del artículo 134 LH ordena un régimen especial de cancelación en la ejecución hipotecaria de todas las cargas, gravámenes e inscripciones posteriores a la hipoteca que se ejecuta que no se puede extender a las ejecuciones fundadas en una anotación de embargo (MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2001, pág. 961), lo que, como ya he dicho, se funda en la especial preferencia de la hipoteca.

La eficacia ofensiva de la inscripción hipotecaria parece también haberse proyectado en el propio procedimiento de ejecución en el ámbito reconocido al tercer poseedor. Con anterioridad a la reforma de la LEC 1/2000, la STS de 17 de junio de 1986 (Ar. 3659) se plantea el problema de la relación del acreedor hipotecario ejecutante frente al tercer poseedor. Se pide la nulidad de un procedimiento hipotecario en aplicación del párrafo 1, regla 3, del artículo 131 LH, por haberse vendido la finca hipotecada en escritura pública antes del inicio del procedimiento de ejecución y no haber sido parte ni citado en dicho procedimiento el tercero adquirente; la sentencia declara que el requerimiento del pago al tercer poseedor sólo es preceptivo a quienes figuran en la certificación de cargas, e idéntica doctrina se sienta en las SSTs de 1 de febrero de 1990 (Ar. 651) y 3 de mayo del 2000 (Ar.3383), dichas sentencias tienen en común el desconocer la situación posesoria si no consta del propio Registro en la ejecución hipotecaria, y que es dudoso que se pueda aplicar al régimen de la ejecución ordinaria (pues la redacción, después de la reforma del art. 132.1 LH es más rigurosa que la correlativa de los arts. 685.1 y 686 LEC). Aunque la STS de 20 de diciembre de 1999 (Ar. 9140), afirma que si los terceros poseedores hicieron conocer su condición de tales a la entidad bancaria ejecutante, el procedimiento es nulo si no fueron requeridos de pago antes de la adjudicación.

(15) Según ERDOZAIN, la anotación preventiva de embargo, en cuanto situación jurídica registrable, debe beneficiarse de los efectos de prioridad en el sentido previsto en el artículo 32 LH (pág. 145). Sin embargo, como ya he puesto de manifiesto, la jurisprudencia distingue entre la inscripción de hipoteca y el asiento de anotación preventiva, y sólo a la inscripción de hipoteca aplica la inoponibilidad de títulos no inscritos, por lo que el que ejecuta en un procedimiento ejecutivo común debe investigar la situación posesoria

En definitiva, y resumiendo, en coherencia con esta doctrina jurisprudencial, en el ejecutivo ordinario no se debe cancelar automáticamente la inscripción posterior que puede corresponder a una propiedad legítimamente adquirida con anterioridad, mientras que en la ejecución hipotecaria se cancelarán las inscripciones posteriores a la inscripción de hipoteca por la naturaleza preferente de la misma entre los créditos privilegiados (los créditos preferentes a la hipoteca no se sustancian por la inscripción registral), y porque la jurisprudencia aplica a la hipoteca el régimen de la inoponibilidad de títulos no inscritos, lo que permite desconocer inscripciones posteriores aunque se correspondan a derechos anteriores (16).

3.2. LA EXISTENCIA DE UNA PLURALIDAD DE ANOTACIONES PREVENTIVAS SOBRE EL BIEN EJECUTADO

Existiendo una anotación de embargo, no se cierra el Registro a la posible existencia de otras anotaciones de embargo posteriores, porque la anotación de embargo no cierra el Registro (art. 71 LH). Por ello, siempre que haya una pluralidad de anotaciones de embargo, en mi opinión, el crédito preferente en rango aunque sea posterior deberá ser salvado en el momento de la cancelación de cargas, y sin perjuicio de la adjudicación y entrega efectiva del bien al rematante en el proceso de que se trate.

En efecto, la adjudicación como la venta sólo libera el bien adjudicado de las cargas personales que le gravaban en el patrimonio del deudor, pero no de las cargas reales manifiestas que afectan al bien adjudicado, o de las personales o reales si resultan manifiestas del propio Registro a través de la anotación preventiva. Efectivamente la anotación preventiva no cierra el Registro a otras anotaciones preventivas posteriores (art. 71 LH), por lo que no se puede negar la eficacia preventiva de unas anotaciones posteriores de créditos preferentes, o de la propiedad o derecho real sobre la cosa embargada porque justamente la reserva de derechos frente a una enajenación o adjudicación es

de la finca en el momento de la ejecución, no bastándole la mera consulta del Registro, pues según la interpretación jurisprudencial de la eficacia de la anotación preventiva, el artículo 674 LEC no determina un efecto prioritario radical, y la venta anterior del embargado es oponible aunque no esté inscrita, no sólo por la vía de la oportuna terceraía sino aun después de la adjudicación, por la oportuna reivindicación o acción declarativa de dominio.

(16) El artículo 658 LEC trata al adquirente que inscribe su derecho con posterioridad a la anotación de embargo como un tercer poseedor, pero ello no impide que si acredita que su derecho es anterior al embargo y que ha habido una efectiva entrega posesoria de la cosa, pueda levantarse el embargo o establecerse la preferencia de su inscripción, pues se habría tratado de un embargo o procedimiento ejecutivo de bienes que no pertenecían al embargado (véase, art. 593 LEC).

la esencia de la anotación preventiva, máxime cuando el asiento de anotación caduca, y por ello no tiene sentido la cancelación intempestiva de anotaciones que reservan derechos preferentes (17).

El concurso y la preferencia están, en mi opinión, presentes en toda adjudicación a través de la anotación de embargo o de demanda, y por lo tanto son oponibles al adquirente en subasta judicial las adjudicaciones posteriores, si existe la previa anotación, y dicha anotación reserva un derecho de rango superior al ejecutado. Reserva que se podrá hacer efectiva aunque sea posterior a la del bien ejecutado, si se refería a la propiedad o derecho real sobre el bien embargado (en el caso de una anotación preventiva de demanda), o si se refería a un derecho de crédito que haya de resultar preferente sobre el embargado (18).

A mi entender, la resolución del conflicto entre preferencia y prioridad que resulta de la concurrencia de varias anotaciones de embargo sobre el mismo bien, puede ser fácil de determinar en ocasiones, cuando la preferencia extrarregistral del derecho anotado es fehaciente, en especial cuando una anotación preventiva posterior se refiere a un derecho de mejor rango (personal o real) que el que ha originado el remate y que es fehaciente (19).

(17) Los anotantes posteriores serán en principio notificados de la ejecución del crédito anotado anteriormente (art. 659 LEC) y si tienen un crédito preferente podrán ejercitar la oportuna tercería para cobrar con anticipación su crédito; pero si no la ejercitan, entiendo que aun pueden reclamarlo en juicio ordinario, o instando una nueva ejecución posterior de su derecho preferente, situación que no puede durar indefinidamente porque la anotación preventiva es un asiento de vigencia temporal que caduca, y ello implicará la inoponibilidad al adjudicatario del derecho reservado en la anotación. El propio artículo 657 LEC, referente a la subasta de bienes inmuebles, está dando por supuesto que pueden existir derechos personales, por créditos anteriores y preferentes que subsisten tras la subasta si han reservado su rango registralmente, con independencia de que su constancia registral sea posterior.

(18) La STS de 12 de marzo de 1992 (Ar. 2171) plantea la acción declarativa de dominio de un banco adjudicatario de bienes en una subasta judicial, frente a la adjudicación anterior en ejecución laboral, reconociendo el derecho preferente del banco por el carácter anterior de la anotación preventiva, y aunque los adjudicatarios primeros no intervinieron en el procedimiento civil de ejecución. Se trata, según la sentencia, de «terceros poseedores» que no demuestran derecho preferente. Esta sentencia muestra cómo el juicio ejecutivo no produce efecto de cosa juzgada y por tanto el juicio plenario valora, aún después de la adjudicación tras la subasta judicial, el rango del crédito subyacente pero siempre y cuando se haya hecho reserva del derecho por la anotación preventiva; un mero crédito escriturario no inscrito ni anotado no sería oponible después de la adjudicación aunque fuese de rango preferente. La enajenación judicial libera al bien embargado de todas las cargas de naturaleza personal que no se hayan inscrito o que no se hayan hecho valer oportunamente en el proceso ejecutivo por la oportuna tercería.

(19) Imaginemos, por ejemplo, un juicio ejecutivo fundado en un crédito escriturario; a la hora de redactar el mandamiento de cancelación consta por la certificación de cargas que la finca embargada está afecta a una anotación preventiva de embargo posterior, por otro crédito escriturario, pero que tal crédito escriturario es de fecha anterior al que ha dado origen al juicio ejecutivo actual; el crédito escriturario anterior es preferente

Si la preferencia extrarregistral de los créditos o derechos anotados no es fehaciente, la determinación de la preferencia puede ser compleja, como cuando la anotación preventiva posterior supone la reclamación de un derecho de propiedad sobre el bien ejecutado por un tercero, en cuyo caso ordenar su cancelación supone un juicio presuntivo sobre su verosimilitud, lo que en ningún caso puede hacer el Registrador que está ligado al servicio de la prioridad y no juzga la verosimilitud de los títulos, y que ordinariamente tampoco debe hacerla el juez en el mandamiento de cancelación, porque supondría prejuzgar el juicio plenario cuya resolución se ha reservado por la anotación preventiva. Sin embargo, no puede afirmarse con carácter dogmático que el juez no puede en el mandamiento de cancelación purgar una anotación de demanda posterior, o de una anotación de embargo posterior de un crédito preferente. Este es, a mi juicio, el espíritu del mandamiento de cancelación en la nueva LEC, que además de poder cancelar todos los asientos posteriores aunque la preferencia de los gravámenes posteriores resulte del propio Registro o de los títulos fehacientes extrarre-

(art. 1.924.3 del Código Civil). Entiendo que el juez no puede ordenar la cancelación de dicha carga posterior porque es preferente el crédito escriturario anterior, sin embargo al contrario, sí podría ordenar la cancelación de una anotación preventiva anterior cuando el embargo lo fuese por un crédito escriturario posterior. La preferencia de créditos escriturarios se plantea, por ejemplo, en la STS de 6 de junio de 1996 (Ar. 4823): la preferencia entre dos créditos no debe dirimirse por la fecha de la anotación preventiva de los respectivos embargos, sino por la fecha de las sentencias de remate respectivas.

Sin embargo, la reciente Resolución de la DGRN, de 29 de septiembre de 2000 (Ar. 10.207), mantiene la postura contraria. En la ejecución de un embargo posterior que garantizaba créditos laborales, singularmente privilegiados, a tenor del artículo 32.3 ET, la Juez de Valencia ordena la cancelación de una anotación preventiva anterior de embargo en reclamación de un crédito ordinario. La Resolución parte del presupuesto, a mi juicio discutible, de que «la yuxtaposición sobre un mismo bien de embargos, dados en procedimientos distintos, seguidos con un propietario, no implica la concurrencia de créditos, por tanto ninguna relevancia puede tener la eventual preferencia intrínseca de alguno de ellos», concluyendo que «la colisión de embargos debe resolverse por el criterio *prior tempore*, y que el desenvolvimiento simultáneo de otro proceso de ejecución «debe quedar plena e inequívocamente supeditado al propio desarrollo y resultado de la ejecución en la que se acordó la primera traba».

En mi opinión, por el contrario, la función del Registro es atribuir una universalidad relativa a todo proceso de ejecución singular, y prestar coherencia a la posible concurrencia de ejecuciones en juzgados distintos, y aun en jurisdicciones distintas (laboral o administrativa). En el caso de que concurren diversas ejecuciones, que se han hecho públicas por la anotación preventiva, lo coherente es intentar evitar que continúen procesos inútiles, frente a ejecuciones y adjudicaciones preferentes y respetar, en consecuencia, la decisión judicial de cancelación no sólo de créditos posteriores, sino también de posteriores en rango. A mí me parece que con la doctrina sentada por la Resolución que comento, habría que concluir que si la adjudicación anterior fuese la de un crédito ordinario anotado también anteriormente, se debería cancelar la anotación posterior de un crédito preferente anotado, solución que a mí me parece incorrecta y que contradice el sentido mismo de la anotación preventiva y de la reserva registral de los derechos.

gistrales, si dichos asientos posteriores son «sospechosos», el juez también pueda determinar, *prima facie*, y sin perjuicio de la reserva de derechos que puedan hacerse valer en el correspondiente juicio plenario, la cancelación de las inscripciones o anotaciones anteriores, a la anotación de embargo que ha dado lugar al juicio ejecutivo, cuando considere que son de peor rango. Es decir, que el artículo 674.2 LEC debe interpretarse como una facultad extraordinaria otorgada al juez de poder cancelar asientos posteriores preferentes, pero no como un mandato imperativo fundado en la prioridad registral; excepcionalmente podrá ordenar también la cancelación de asientos anteriores que le conste fehacientemente que son de peor rango.

En definitiva, a mi juicio, el mandamiento de cancelación no puede ordenar indiscriminadamente la cancelación de las anotaciones preventivas posteriores que corresponden a derechos preferentes que han reservado su rango por la propia anotación preventiva, o anotaciones preventivas posteriores de demanda que cuestionan el derecho del titular registral, la identidad de la finca o que se refieren a la subsistencia de derechos o gravámenes que no sean incompatibles con el ejecutado, siendo un buen ejemplo de subsistencia de este tipo, la anotación preventiva de nulidad de la propia hipoteca que se ejecuta, que la ley ordena que no se cancele, aunque sea posterior, si su constancia registra! es anterior a la certificación de cargas (art. 131 LH) (20).

En sentido contrario, el mandamiento de cancelación puede ordenar la cancelación de anotaciones preventivas anteriores que corresponden a derecho de rango inferior, como sucedería, por ejemplo, si hay anotada con fecha anterior a un crédito escriturario, una demanda judicial de reclamación de otro crédito escriturario de fecha posterior, que por definición es de rango inferior al de la ejecución de que se trata (y partiendo de la discutible doctrina jurisprudencial, que debemos acatar mientras no cambie, de que la anotación preventiva no ha transformado el rango del crédito de que se trata). Pero entiendo que no puede ordenar la cancelación de anotaciones anteriores si no

(20) Ver, en el mismo sentido, STS de 18 de noviembre de 1993: no se puede cancelar una anotación preventiva posterior a la inscripción de hipoteca si establece en sí misma una causa de subsistencia, como es en ese caso la anotación preventiva de demanda de nulidad del préstamo con garantía hipotecaria que luego se ejecuta —con comentario de Díez GARCÍA, CCJC, 1994, 34, pág. 160 y sigs. En la STS de 13 de junio de 2000 (Ar. 4412)—, el conflicto entre dos créditos no se dirime por la fecha de su anotación en el Registro, sino por la preferencia de los respectivos créditos, entendiéndolo preferente porque se correspondía a una póliza de préstamo anterior intervenida por corredor de comercio (de 30 de noviembre de 1992), a una sentencia de remate posterior (de 23 de abril de 1993); aunque fuese anterior la anotación preventiva de su despacho de ejecución (18 de marzo de 1993), a la anotación preventiva de la demanda ejecutiva por impago del préstamo intervenido por el corredor de comercio.

le consta fehacientemente la preferencia, porque el artículo 647.2 LEC sólo otorga esta facultad excepcional respecto de los asientos posteriores (21).

4. ANOTACIÓN DE EMBARGO E INSCRIPCIÓN O ANOTACIÓN POSTERIOR DE UN DERECHO INCOMPATIBLE

Y llegamos con ello al conflicto ontológico entre anotación de embargo e inscripción o anotación posterior de un derecho incompatible, en virtud de título público anterior a la adjudicación, que ha sido posible porque la anotación de embargo no cierra el Registro (art. 71 LH).

Con anterioridad a las reformas legislativas de 1992, la doctrina y jurisprudencia consideraban que una inscripción debía cerrar el Registro a una adjudicación o enajenación posterior a dicha inscripción, aunque la adjudicación tuviera su causa en una anotación preventiva anterior a la inscripción referenciada. Sin que se hiciese cuestión sobre la posible existencia de una pluralidad de anotaciones preventivas, de las que en principio se admitía su subsistencia después de la adjudicación (22).

Después de la Ley de 30 de abril de 1992, de Reforma urgente en materia procesal, el sistema de subsistencia de las cargas posteriores se recoge de forma expresa en el artículo 1.512 LEC y en el artículo 1.518 LEC, que consagra la cancelación de las cargas posteriores a la anotación preventiva. En el mismo sentido, el Real Decreto 1386/1992, de 13 de noviembre, realiza una reforma del artículo 175.2 RH. En su nueva versión se dispone por dicho artículo que «cuando en virtud de procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscrip-

(21) Por ejemplo, STS de 16 de junio de 1998 (Ar. 4898): la adjudicación por Magistratura de Trabajo de unas fincas en 1986, que habían sido previamente embargadas en 1984, no es título suficiente para levantar un embargo anterior anotado en el Registro en 1979, pues «aunque su adquisición es correcta y apta para consolidar el dominio, pero siempre subordinada a lo que resulte del embargo anterior... para el pago de deudas cuya preferencia no ha sido discutida». Esta parece la diferencia fundamental entre la cancelación de asientos anteriores y posteriores: el juez puede ordenar la cancelación de todos los posteriores, aunque debe hacerlo sólo cuando crea que son posteriores en rango mientras que sólo puede ordenar la cancelación de los anteriores cuando le conste fehacientemente la preferencia del embargo que se ha ejecutado.

(22) El régimen de subsistencia de cargas tras la ejecución, se regulaba con carácter general en el artículo 133 LH, en relación con el artículo 175.11 RH, redactado conforme a la Ley de reforma de 21-4-1909 (que altera el régimen de liquidación o purga de la originaria redacción de la LEC); el nuevo régimen estableció la subsistencia de las cargas anteriores a la ejecución y preferentes al crédito hipotecario o ejecutado. Pero bajo dicho régimen se consideró que el Registro se cerraba a la adjudicación posterior a una inscripción de dominio, aunque ésta fuera posterior a la anotación preventiva de la demanda, que causó la adjudicación.

ciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de embargo, aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores» (23).

(23) La función de la norma es potenciar la anotación preventiva de embargo en el procedimiento ejecutivo y evitar el cierre del Registro a una escritura de remate si se presenta al Registro una escritura de venta por el embargado anterior a la anotación preventiva del procedimiento de ejecución (véase Resoluciones de la DGRN de 23 de marzo y 5 de mayo de 1993). Ambas resoluciones aparecen directamente inspiradas en la obra de SARMIENTO RAMOS, que considera que la concepción, hasta entonces dominante, conduce a soluciones inadmisibles para la hipótesis de enajenaciones anteriores a la traba pero reflejadas registralmente con posterioridad a la anotación de aquélla. En opinión de SARMIENTO RAMOS, si el embargo persigue y produce la vinculación de un bien a un proceso encaminado a su ejecución... habrá que admitirse igualmente que por efecto del principio de prioridad, todos los gravámenes que recaen sobre el bien ya trabado deberán también quedar extinguidos al ejecutarse aquél en el procedimiento en que se acordó la traba (pág. 146), lo que se sustenta, según dicho autor, no sólo en la coherencia y eficacia de la prioridad registral, sino también en la eficacia y simplificación del procedimiento ejecutivo y en la seguridad de los postores de la subasta (véase, en particular, pág. 104 y sigs.). Pero quizá esa lectura de la reforma es demasiado radical, y no ha tenido en cuenta la contradicción última que representa. Yo creo que las Resoluciones de 23 de marzo y 5 de mayo de 1993, que admiten la inscripción de un auto de adjudicación a pesar de la existencia de una inscripción anterior, no establecen dogmáticamente la preferencia de la adjudicación sobre la inscripción, sino que su *ratio decidendi* es que la calificación del Registrador se dicta en procedimiento no contradictorio, con vulneración del principio de tutela judicial efectiva, y el deber de colaborar el Registro con la Administración de Justicia.

La opinión de SARMIENTO RAMOS dista de ser admitida unánimemente por la doctrina hipotecaria; autores prestigiosos (como SERRERA CONTRERAS, «La imparable ascensión de la anotación preventiva de embargo», en *RCDI*, 1994, pág. 90) sostienen la preferencia de la adquisición anterior sobre la anotación de embargo posterior. Estos planteamientos son desarrollados especialmente en la propia doctrina hipotecaria; RENTERÍA AROCENA sostiene que la preferencia sustantiva se tiene que dirimir ante la jurisdicción ordinaria (pág. 737 y sigs.); según este autor, el artículo 1.518 LEC, en la redacción dada al mismo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, sólo ordena la cancelación de los gravámenes posteriores, no de las enajenaciones posteriores a la anotación que motiva el proceso de ejecución (pág. 747). Parte RENTERÍA de una crítica de la denominada tesis innovadora, pues opina que la anotación preventiva es sólo una medida cautelar que no otorga derechos, sino sólo seguridad respecto de actos posteriores. A su entender, ni la calificación registral ni el procedimiento de apremio pueden dilucidar la preferencia entre una anotación preventiva y una adquisición anterior, lo que sólo se puede dilucidar en el declarativo correspondiente, pues la inscripción, aunque sea posterior, sólo puede cancelarse en virtud del artículo 18 LH por sentencia firme en juicio ordinario, en el que sea parte el titular registral. La eficacia limitada de la anotación se sostiene también en la brillante exposición de PARDO NÚÑEZ, para quien la eficacia de la anotación no permite cancelar de modo indiscriminado los asientos posteriores de naturaleza real que se funden en ventas fehacientes de fecha anterior a la anotación y no sean incompatibles con la propia sentencia ejecutiva (págs. 26 a 34), sin perjuicio de derivar su preferencia de la inscripción del remate en virtud de los artículos 32 LH y 1.473 del Código Civil (pág. 113). ¿Y cuáles son los derechos incompatibles con dicha sentencia ejecutiva? Según PARDO NÚÑEZ, sólo lo son los constituidos por los que fueron parte en el proceso de ejecución, esto es, los litigantes y sus causahabientes (pág. 44), que sean posteriores a la sentencia que ordena la cancelación (pág. 48), o excepcionalmente posteriores a la demanda si conocieron la misma.

A mi parecer, la reforma del procedimiento ejecutivo en el nuevo texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la reforma en la Disposición Adicional novena del procedimiento ejecutivo en la legislación hipotecaria, tiene una sensibilidad mucho mayor que las leyes precedentes hacia la importancia de la constancia registral de las preferencias crediticias. La reforma no introduce unos criterios nuevos sobre la prioridad registral, sino que desarrolla los nuevos principios de la reforma de 1992, en el sentido de reforzar la eficacia y publicidad del procedimiento ejecutivo, y en particular de su anotación preventiva, para evitar la preconstitución fraudulenta de situaciones registrales encaminadas a contornar o eludir la eficacia del embargo y el remate de bienes inmuebles, otorgando ciertas facultades discrecionales al juez de la ejecución para valorar sumariamente el contenido del folio registral.

El régimen de cancelación de cargas posteriores es una pieza clave del nuevo sistema de valoración judicial del concurso de los acreedores en el procedimiento ejecutivo singular o universal. La Ley de Enjuiciamiento Civil regula el régimen de subsistencia de cargas anteriores y preferentes, desde la perspectiva de considerar la ejecución singular como ficción de un concurso ideal y simplificado de los créditos y gravámenes del embargado, o al menos de los que constan en el folio registral correspondiente. Por eso, el juez está llamado a resolver el concurso ideal de créditos y gravámenes cuando redacta el mandamiento de cancelación.

Está claro que la anotación de embargo no cierra el Registro a asientos posteriores, y que tampoco limita su eficacia si los derechos anotados son preferentes o si reservan derechos de terceros aunque sean posteriores. La inscripción de la adjudicación no supone la cancelación automática de la inscripción incompatible, aunque ésta sea posterior a la anotación de embargo que ha causado la adjudicación, sino, en principio, la existencia de dos inscripciones sobre la misma finca. La inscripción de la adjudicación tampoco supone la cancelación automática de otra anotación posterior que cuestiona el derecho del embargado o que reserva derechos preferentes de tercero. Resolver la contradicción de dos inscripciones anotaciones simultáneas es el contenido del mandamiento de cancelación, que debe efectuarlo el juez por-

PARDO NÚÑEZ argumenta que la eficacia de la anotación es que agota la defensa de que acaso dispusiese el tercero (pág. 68), si bien el único tercero a que se refiere el autor es, como digo, el causahabiente que funde su derecho en el del ejecutado e inscriba con posterioridad a la sentencia de ejecución, y no considera PARDO NÚÑEZ terceros los causahabientes del demandado cuyos títulos de propiedad sean fehacientes y anteriores a la anotación, dado el artículo 71 LH (pág. 105), pues frente a la anotación preventiva, que no es un asiento causal, la fecha que cuenta es la de la constitución efectiva de los derechos que se hayan o no inscrito (pág. 106). Pero quizá la crítica de estos autores es que parten de una visión excesivamente formalista y dogmática de la inscripción registral, y que no tienen en cuenta las exigencias de la realidad extrarregistral y posesoria de los derechos litigiosos que el juez sí ha podido valorar en la ejecución.

que la contradicción registral no se puede resolver directamente aplicando el principio de prioridad.

Y ni siquiera en la ejecución hipotecaria, como ya he dicho, puede automáticamente cancelarse la anotación preventiva posterior que cuestiona la identidad del bien hipotecado, y tampoco cierra el Registro la inscripción de hipoteca, a la constancia registral de los defectos de titularidad del titular del bien hipotecado, si éstos se producen por sentencia o se han reservado por una anotación preventiva aunque sea posterior a la hipoteca.

En conclusión puede afirmarse que dado que el Registro de la Propiedad no es un archivo u ordenación de documentos por orden de prioridad, sino que también es un sistema de ordenación de preferencias, el juez debe valorar en la cancelación de los asientos posteriores, si éstos se refieren a créditos o gravámenes que sean preferentes, según el Registro o de los que conste fehacientemente su preferencia, que deben en principio subsistir. Y deben también subsistir las inscripciones posteriores de derechos constituidos públicamente con anterioridad si su realidad no ofrece dudas al juez de la ejecución, o aquellas anotaciones que cuestionen el derecho del titular registral o la identidad del bien embargado.

A mi entender, dado que una de las funciones primordiales del Registro es servir para la valoración y tutela de la preferencia de los créditos, al concurso y a la ejecución singular de los créditos, toda ejecución, antes de la adjudicación efectiva, ha de ser entendida como una ficción de concurso. Por eso, la anotación de un embargo o de una demanda da universalidad al concurso y a la ejecución singular, pues reserva los derechos anotados, aunque las anotaciones sean posteriores, no sólo ante una ejecución comenzada sino aun frente a la adjudicación misma. El juez debe tener en cuenta, por tanto, esta reserva de derechos que se ha efectuado por la anotación preventiva posterior en el mandamiento de cancelación.

En el mandamiento de cancelación hay algo más que la valoración de la preferencia y el rango de un asiento posterior. En efecto, las anotaciones o inscripciones posteriores, aunque sean registral o escriturariamente preferentes como, por ejemplo, la inscripción de una venta fehaciente anterior, pueden ser sospechosas o no estar claras; el juez después de valorar en el procedimiento ejecutivo la situación posesoria de los bienes y la verosimilitud de los títulos controvertidos, puede ordenar la cancelación de asientos posteriores preferentes si son sospechosos, sin perjuicio del derecho de los titulares de cargas posteriores de hacer valer su subsistencia en el juicio plenario correspondiente. Es decir, que, a mi juicio, el juez puede valorar *prima facie*, la oponibilidad de una venta o adjudicación anterior a la adjudicación de que se trate, o la preferencia de un crédito anotado anteriormente, o la preferencia efectiva de un crédito anotado posteriormente, porque lo valora desde la atalaya que le da a conocer la situación posesoria

de los bienes, la verosimilitud de los títulos y la controversia previa de los titulares.

Desde esta perspectiva debe interpretarse el artículo 647 LEC y normativa concordante. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y la reforma de la legislación hipotecaria dan una potestad excepcional al juez para que cancele todas las inscripciones y anotaciones posteriores al asiento que se ejecuta, aunque sean registralmente preferentes, o aunque se refieran a derechos incompatibles constituidos extrarregistralmente con anterioridad al embargo. Pero es una potestad excepcional que se debe emplear con mesura y prudencia, pues el juez debe, en principio, respetar las inscripciones y anotaciones posteriores que no sean incompatibles o derivadas de la que se ejecuta o reserven derechos preferentes. A *contrario sensu*, y en aplicación de los mismos fundamentos, entiendo también que el juez podrá ordenar, cuando ello le conste fehacientemente, la cancelación de asientos anteriores que se correspondan con derechos de rango peor que el del ejecutado, y que no tiene sentido que sigan subsistiendo después de la adjudicación.

Por supuesto, el mandamiento en el que se ordena la cancelación de una inscripción o anotación posterior no es determinante de una pérdida de derechos, sino sólo tiene un efecto registral de modificación del folio correspondiente, basado en una valoración presuntiva que no es algo distinto de la que se hace al inicio del propio juicio ejecutivo sobre la titularidad del embargado (art. 539 LEC). Como ya he explicado, la inscripción de la adjudicación no garantiza la titularidad del embargado, ni la identidad de la finca, ni la posible existencia de derechos reales manifiestos no inscritos o de situaciones posesorias extrarregistrales protegibles. Las cargas o derechos que consten registralmente con posterioridad o anterioridad a la anotación de embargo que se ejecuta (anotaciones o inscripciones), por el hecho de que sean purgadas no extinguen necesariamente en la realidad los derechos a los que se refieren, y el afectado puede hacer valer su subsistencia en el juicio plenario correspondiente.

JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ
Profesor titular. Magistrado