

La anotación preventiva de embargo. ¿Aún en ascensión?

SUMARIO: I. LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO EN LA NUEVA LEC: ERDOZAIN.—II. LA EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA LEC.—III. REGIMEN ESPECIAL DE LA HIPOTECA.—IV. EL ARTICULO 674 DE LA LEC. LA CANCELACION DE LO POSTERIOR.—V. EL ARTICULO 662 SOBRE EL TERCER POSEEDOR.—VI. ARTICULO 658: BIEN INSCRITO A FAVOR DE TERCERO.—VII. EL NUEVO ARTICULO 135 DE LA LH. LAS NOTIFICACIONES.—VIII. ARTICULOS 668 Y 670. SUBROGACION EN LAS CARGAS.—IX. DERECHOS DEL TITULAR NO INSCRITO. ARTICULO 593.—X. LAS TERCERIAS FRENTE A LA HIPOTECA Y FRENTE AL EMBARGO.—XI. ARTICULO 587. MOMENTO DEL EMBARGO.—XII. ARTICULO 595. FECHA DEL TITULO DEL TERCERISTA.—XIII. ARTICULO 594. EMBARGO DE BIENES QUE NO SON DEL EJECUTADO. SU POSTERIOR ADJUDICACION.—XIV. LA PRIORIDAD Y LA FE PUBLICA EN RELACION A LA ANOTACION.—XV. RESPETO DE LA LEGISLACION CIVIL Y DE LA HIPOTECARIA.—XVI. LA REFORMA QUE PODRIA SER ADMISIBLE. DUDAS AL RESPECTO.

I. LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO EN LA NUEVA LEC: ERDOZAIN

En el número 620 de la **RCDI**, correspondiente a enero-febrero de 1994 publicábamos, un trabajo poniendo en interrogante la imparable ascensión de aquella anotación. Allí se criticaba el criterio de la **DG** en sus Resoluciones de 6 de septiembre de 1988 y 23 de marzo de 1993. Se examinaba también la reforma del Reglamento Hipotecario, de 13 de noviembre de 1992, para adecuarlo a la reforma procesal vigente por Ley de 30 de abril de ese mismo año.

En aquel trabajo se rompía una lanza por la que podía llamarse postura tradicional, aunque se hacían determinadas sugerencias, incluso de *lege ferenda*, para perfeccionar aquel sistema. Pues bien, a lo allí escrito hay que remitirse íntegramente en evitación de toda duplicidad. Desde luego en la jurisprudencia del TS, a que después nos referiremos, no cabe apreciar, en general, novedad especial.

Pero sí ha surgido un hecho verdaderamente trascendental, cual es la promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000. Y la misma ha de ser considerada no sólo en cuanto que regula de forma completa la ejecución sobre bienes inmuebles, incluso los especialmente hipotecados, sino también porque modifica expresamente varios artículos de la vigente Ley Hipotecaria. Y por supuesto que se refiere a la anotación preventiva de embargo.

Precisamente la opinión doctrinal que da pie para las siguientes líneas es la mantenida por JUAN CARLOS ERDOZAIN LÓPEZ en su obra *Anotaciones preventivas de embargo. Prelación de créditos y transmisiones a terceros*. En Editorial Aranzadi se publica el año 2000 la 2.^a edición de tan importante obra.

Y en ella se mantiene que la anotación preventiva de embargo ha cobrado nueva fuerza y eficacia tras la promulgación de la reciente LEC. Lo mismo cabe decir del embargo trabado y aún no anotado.

El primer argumento que invoca es el artículo 587 de la nueva LEC que establece así el momento del embargo: 1. «El embargo se entenderá hecho desde que se decreta por resolución judicial o se reseña la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba». Si ello es así, resulta claro que el embargo anotado adquiere un mayor valor frente a derechos aún no registrados.

En segundo lugar invoca el artículo 670, apartado 5. Porque conforme a él, quien resulte adjudicatario de un bien inmueble «habrá de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, y subrogarse en la responsabilidad de ellos». Ya no se habla de las anteriores o preferentes, sino sólo de las anteriores. Por tanto, por interpretación a contrario, cabe concluir que tal adjudicatario podrá obtener la cancelación de los gravámenes registrados con posterioridad al asiento del que derivara la ejecución.

En tercer lugar se menciona el importante artículo 674, apartado 2. «Asimismo, se mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores...» Con ello, afirma, la LEC parece haberse inclinado definitivamente por la teoría que otorga efectos absolutos al embargo anotado preventivamente frente a inscripciones o anotaciones posteriores (se entiende registralmente hablando) a aquélla que sirve para la ejecución. Este régimen es distinto al de la precedente LEC de 1881, cuyo artículo 1.518 sólo se refería a cancelación de gravámenes.

En cuarto lugar ese efecto cancelatorio del artículo 674 es mayor que el que tenía el artículo 175, apartado 2 del Reglamento Hipotecario, modificado en 1992, porque en éste las inscripciones posteriores se salvaban en ciertas circunstancias.

Afirma, en quinto lugar que, teniendo en cuenta el aspecto estrictamente formal, la anotación preventiva de embargo debe beneficiarse de los efectos del principio de prioridad en el sentido previsto en el artículo 32 de la LH.

Finalmente destaca cómo se beneficia tal anotación del principio de prioridad. Porque se refuerza su valor en función al tiempo de acceso a un sistema de publicidad registral, lo que es lógico hoy cuando la difusión del conocimiento es tan fácil. El efecto cancelatorio del artículo 674 se entiende en función de un criterio de jerarquía o prioridad registral. La anotación ejerce un poder preeminente en función del principio de prioridad y ha de anteponerse *prima facie* a los contenidos de asientos posteriores. La nueva LEC refuerza indudablemente en la anotación el valor del principio de prioridad.

Termina ERDOZAIN con esta consideración: aquel valor preeminente no debe verse evitado por el juego interesado de las tercerías y por el de los artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil. Si ello ocurriera, se habría perdido el verdadero sentido que la nueva LEC ha querido imprimir a la anotación preventiva de embargo. (A las tercerías se refiere, efectivamente, el autor en varias ocasiones.) Y hasta aquí su opinión.

II. LA EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA LEC

Frente a tan autorizada postura hemos de exponer nuestras reticencias. No parece que a la anotación de embargo puedan concederse esos efectos absolutos. Ciertamente que hay preceptos en la LEC que llevan a la duda. Incluso al margen de los mencionados por ERDOZAIN, aquí se hará referencia a otros que pueden plantear problema. Pero en todos esos casos trataremos de hallar la interpretación que no los haga chocar con la teoría tradicional. A ello irán dedicadas estas páginas.

Ya de entrada resulta enormemente significativo el silencio de la Exposición de Motivos de la LEC sobre una pretendida reforma que tanto alcance tendría. Primero porque en una Exposición tan amplia y detallada, esa mención no hubiera podido faltar. Y después porque de lo que dice en el apartado XVII más bien se desprende lo contrario. Helo aquí:

«La enajenación en subasta de bienes inmuebles recibe la singular atención legislativa que merece, con especial cuidado sobre los aspectos registrales y la protección de tercero. En relación con la subsistencia y cancelación de cargas se ha optado por mantener el sistema de subsistencia de las cargas anteriores al gravamen que se ejecuta y cancelación de las cargas posteriores, sistema que se completa deduciendo del avalúo el importe de las cargas subsistentes». Esto último encerraba novedad y por eso se destaca. Pero total silencio sobre ese valor absoluto de la anotación de embargo.

III. REGIMEN ESPECIAL DE LA HIPOTECA

Otra cosa distinta es lo que ocurre con la hipoteca. Cual derecho real que ella es, sí que tiene ese efecto absoluto o *erga omnes* propio de tales derechos. De ahí que su eficacia cancelatoria sea total. Y es que en tal derecho real sí que juegan plenamente los artículos 32 y 34 de la LH, y el principio de fe pública que contienen.

Ya el artículo 689 de la LEC en el apartado 2 establece que, cuando existan cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del actor, se aplicará lo dispuesto en el artículo 659. El cual se refiere a la notificación que ha de hacerse a esos titulares posteriores. Hasta aquí no hay distingo.

Tampoco hay diferencia en el artículo 692, apartado 3, cuando dispone que en el mandamiento que se expida para la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del ejecutante, y, en su caso, de las inscripciones y anotaciones posteriores... Es lo mismo que se establece cuando se procede a la ejecución de un crédito anotado.

La diferencia está, en cambio, en el artículo 134 de la LH, al que da nueva redacción la LEC. Porque el mandamiento de cancelación de cargas... determinará la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas, sin excepción... El segundo apartado de ese precepto exceptúa de tal cancelación las obras nuevas cuando la hipoteca hubiese de extenderse a ellas.

Sobre el primer apartado hay que hacer dos observaciones. La primera que cuando se habla de «posteriores a ellas» debió decirse en realidad «a ella», pues a quien se refiere ese pronombre es a la hipoteca que fue a la ejecución. Pero lo importante es la expresión «sin excepción» que aparece en el precepto. Así ocurre porque el efecto del derecho real de hipoteca es absoluto y por tanto igual se da con su eficacia cancelatoria. Cuando se hablaba de un crédito anotado no aparece esa expresión «sin excepción».

IV. EL ARTICULO 674 DE LA LEC. LA CANCELACION DE LO POSTERIOR

Llegamos así al precepto que era capital en la tesis de ERDOZAIN. ES el artículo 674 de la LEC en cuyo apartado 2, al decirse que se cancela la anotación o inscripción del gravamen que originase la adjudicación, se añade que asimismo «se mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores...»

Efectivamente el precepto habla en general de anotaciones e inscripciones. Ya que las cargas unas son objeto de inscripción (la hipoteca) y otras de

anotación (los embargos). Pero no cabe entender que la norma se refiere a quien adquiriera el inmueble en colisión con la anotación. Porque ese artículo 674 en su epígrafe o enunciado se refiere a la cancelación de cargas y no a la de titularidades dominicales. Aquí no aparece esa expresión «sin excepción» que sí se daba en el caso de la hipoteca. Es más, del artículo 656 de la LEC también se deduce que ésta distingue entre lo que es el dominio y lo que son las cargas. Por ello en el número 2 se habla de relación completa de las cargas inscritas que lo graven (al bien registrado).

Finalmente que la LEC no ha tratado de innovar en tema tan fundamental lo recuerda la Exposición de Motivos en las frases que más arriba transcribimos. Porque claramente indicaban que en cuanto a la subsistencia de cargas anteriores y cancelación de las posteriores se ha optado por mantener el sistema vigente. Allí se destaca que las cargas subsistentes se deducen del avalúo, lo que es novedad importante y acertada. Pero no hay la menor mención a haber dado valor absoluto a la anotación preventiva de embargo.

V. EL ARTICULO 662 SOBRE EL TERCER POSEEDOR

Es argumento favorable a la tesis tradicional que aquí se está defendiendo lo que la nueva LEC establece sobre el tercer poseedor. Curiosamente en el borrador de abril de 1997, el artículo 679, que se refería a aquella figura, lo hacía como de aquél a cuyas manos pasaba la finca hipotecada o embargada antes de que el acreedor hiciera efectivo su derecho. Pero ya en el anteproyecto de XII de ese año 97 el que era artículo 661 concretaba ese tercer poseedor en quien adquiriría el bien después de anotarse el embargo.

Hoy hay que estar al artículo 662 de la LEC. «1. Si antes de que se venda o adjudique en la ejecución un bien inmueble y después de haberse anotado su embargo o de consignado registralmente el comienzo del procedimiento de apremio, pasase aquel bien a poder de un tercer poseedor, éste, acreditando la inscripción de un título...» El apartado 2 también considera tercer poseedor al titular del dominio dividido, pero cuando lo hubiese adquirido «en el tiempo a que se refiere el apartado anterior».

Se habla, pues, de una adquisición de ese tercero después de haberse anotado el embargo. El precepto para nada se ocupa de quién adquiere la titularidad antes de trabarse el embargo, aunque no inscribiese aún su título, ni tampoco de quién resultara propietario en el tiempo intermedio entre trabarse el embargo y anotarse en el Registro de la Propiedad.

Porque, ciertamente, no era la ley procesal la que había de decidir esos problemas civiles de preferencia, que corresponden a la legislación sustantiva. Sobre esto mismo se abundará más adelante.

VI. ARTICULO 658: BIEN INSCRITO A FAVOR DE TERCERO

Una dificultad a lo que venimos manteniendo pudiera derivarse de lo que la LEC establece para el caso del embargo cuando el bien inmueble está inscrito a nombre de quien no era el ejecutado. En el borrador de 1997, el allí artículo 673 prescribía que: si de la certificación que expida el Registrador o de otra forma fehaciente resultara que el bien trabado está inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado, el juez, oído el ejecutante, ordenará el alzamiento del embargo.

Ya en el anteproyecto y lo mismo en el proyecto, ese artículo cambia de redacción. El artículo 658 del proyecto, decía así: «Si de la certificación que expida el Registrador resultase que el bien embargado se hallaba inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado al tiempo de la anotación del embargo en virtud del cual se procede, al tribunal, oído el ejecutante, ordenará alzar dicho embargo, a menos que el procedimiento se siga contra el ejecutado en concepto de heredero de quien apareciera como dueño en el Registro».

Salvo esta última precisión que era interesante, la novedad fundamental es que ahora esa inscripción a favor del tercero, que determina el alzamiento de la traba, se refiere «al tiempo de la anotación de embargo». Esto es, que, aunque ese tercero hubiera adquirido entre el momento de la traba y el de la anotación, si inscribió antes de ésta, su derecho es preferente y el embargo no debe anotarse. Por supuesto que estamos dentro de la doctrina tradicional.

Pero ese precepto fue modificado desde el informe de la Ponencia en el Congreso y con esa redacción superó los trámites posteriores hasta convertirse en el actual artículo 658. Es tan importante e introduce tantas modificaciones que conviene su íntegra transcripción.

«Bien inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado».

«Si de la certificación que expida el Registrador resultase que el bien embargado se encuentra inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado, el Tribunal, oídas las partes personadas, ordenará alzar el embargo, a menos que el procedimiento se siga contra el ejecutado en concepto de heredero de quien apareciese como dueño en el Registro o que el embargo se hubiese trabado teniendo en cuenta tal concepto.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, si la inscripción del dominio a nombre de persona distinta del ejecutado fuera posterior a la anotación del embargo, se mantendría éste y se estará a lo dispuesto en el artículo 662».

El primer párrafo no encierra apenas novedad. No dice expresamente que la inscripción a nombre del tercero sea al tiempo de irse a anotar el embargo, pero lo presupone. En todo caso, el principio de tracto sucesivo registral impediría que se siguiera una ejecución frente a quien no fuera parte en aquel procedimiento. Otra cosa es el supuesto del heredero que deja a salvo ese párrafo.

Pero la salvedad fundamental está en el párrafo 2 que se introduce de nuevo cuño. Contempla directamente el caso de que la inscripción del adquirente fuera posterior a la anotación del embargo. Y de entrada parece dar por supuesto que esa adquisición es inscribible. Mas lo que hay que aclarar es si ese segundo párrafo supone dar un efecto absoluto a la anotación preventiva de embargo.

No lo creemos así. El final de ese artículo 658 remite a lo previsto en el 662. Y éste es el que se ocupa del tercer poseedor en los términos que antes vimos. Porque tal poseedor es el que adquiriría después de la práctica de la anotación. No se contempla, pues, el caso de quien adquirió el dominio con anterioridad a tal condición, aunque no lo inscribiera antes de ésta.

Tampoco cabe dar relevancia decisiva a la frase final de ese artículo 658 en que, refiriéndose a ese embargo anotado antes del título del tercero, decreta que «se mantendrá éste», es decir, el embargo. Porque «mantendrá» no supone atribuirle prelaciones que la ley procesal no esté en condiciones de adjudicar.

De otro lado, el artículo 587 de la LEC, referido al momento del embargo, dejaba a salvo en el apartado 2 las normas de protección del tercero de buena fe. Por supuesto que las tercerías siempre caben. Y además la LEC respeta en el artículo 593 el derecho de los titulares no inscritos. Cuestiones ambas que se abordarán más adelante. En definitiva, que aunque ese embargo se mantenga, ello no supone convertirlo en un derecho real ni darle los efectos absolutos propios de estos derechos.

VII. EL NUEVO ARTICULO 135 DE LA LH. LAS NOTIFICACIONES

También a favor de la tesis que niega esos efectos absolutos a la anotación de embargo está el artículo 135 de la LH, cual lo ha redactado la nueva LEC. «El Registrador deberá comunicar al juez ante quien se sustancie un procedimiento ejecutivo, incluso cuando recaiga directamente sobre bienes hipotecados, la extensión de ulteriores asientos que puedan afectar a la ejecución».

El antecedente de este precepto se encuentra en el artículo 1.453 de la anterior LEC, reformada en 30 de abril de 1992. Porque el párrafo 2 establecía que el Registrador deberá comunicar al órgano judicial la existencia de ulteriores asientos que pudieran afectar al embargo anotado. A su vez, el párrafo 3 del artículo 143 del Reglamento Hipotecario, cual fue modificado en 13-11-92, aclaraba que esos asientos a comunicar serían «los que produzcan la cancelación de la anotación o disminuyan el derecho embargado, así como los practicados en virtud de resoluciones judiciales dictadas en procedimientos concursales».

De aquel artículo 135 LH, transcrito antes, conviene destacar algunas circunstancias. En primer lugar, que su ámbito se hace más general, puesto

que ahora se extiende a todo procedimiento ejecutivo, incluso los hipotecarios. En segundo lugar, que tal precepto no aparece ahora en la LEC sino en la LH. Como en él se establece una obligación a cargo del registrador y relacionada con un procedimiento judicial, la norma hubiese tenido mejor encaje en la LEC. Concretamente en el artículo 629, relativo a la anotación preventiva de embargo en general.

Finalmente, entre esos asientos ulteriores que pudieran afectar a la ejecución, cabe incluir las inscripciones de dominio a favor de tercero, practicadas tras la anotación, pero basadas en título anterior a ésta. Porque, evidentemente, ello podría afectar a la ejecución en cuanto que repercute en el derecho embargado. Es más, del artículo 658, apartado 2 de la LEC, antes reseñado, se desprende que tal caso puede darse perfectamente.

VIII. ARTICULOS 668 Y 670. SUBROGACION EN LAS CARGAS

Era argumento a favor de la tesis de ERDOZAIN el que la subsistencia de cargas en la nueva LEC sólo se predica de las anteriores. En cambio, en la LEC de 1882, el artículo 1.512 incluía entre las subsistentes no sólo a las anteriores, sino también a las preferentes. Y lo mismo hacía el borrador de 1997 de la nueva LEC. En cambio, en el texto de ésta, el artículo 668 relativo al anuncio de la subasta de inmuebles, y el 670 referente a la adjudicación o remate, establecen la subsistencia sólo de las anteriores. Por ello el rematante debe admitir su existencia y ha de quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllas. En base a esto, aquel autor concluye que, a contrario, todo lo posterior queda preterido y cancelado.

Ahora bien, el precepto para nada se refiere a la propiedad, pues habla constantemente de cargas y gravámenes. En segundo lugar, el argumento contrario, raras veces resulta decisivo. Y en nuestro tema son múltiples los preceptos que condicionan aquella conclusión. En efecto, ya hemos visto que se respetaba unas veces los derechos de quienes fueran de buena fe, en otras ocasiones los intereses de los titulares no inscritos, y siempre quedando a salvo la posibilidad de una tercería. Por tanto, ni siquiera tratándose de créditos, cabe decir que aquellos preceptos de la LEC han derogado el artículo 1.923 del Código Civil.

IX. DERECHOS DEL TITULAR NO INSCRITO. ARTICULO 593

El derecho de los terceros no inscritos aparece en la LEC desde el primer borrador bajo la rúbrica de Pertenencia al ejecutado. Y en efecto, si se acreditaba que el bien no pertenecía al ejecutado, el tribunal se abstendría de embargarlo.

Pero ya a partir del anteproyecto se introdujo un nuevo apartado en aquel precepto. En la ley vigente es el apartado 3 del artículo 593: «Tratándose de bienes cuyo dominio sea susceptible de inscripción registral, se ordenará, en todo caso, su embargo, a no ser que el tercero acredite ser titular registral mediante la correspondiente certificación del Registrador, quedando a salvo el derecho de los eventuales titulares no inscritos, que podrá ejercitarse contra quien y como corresponda».

Ese apartado añadido viene como a sancionar *a priori* la omisión de inscripción por parte del tercero, dándose así lugar al embargo de lo que no era del ejecutado. Y la sanción a aquel tercero consiste en obligarlo a accionar para defender su derecho. Pero lo que la ley no hace es privarlo definitivamente de su titularidad. Es incluso dudoso que la propia ley civil pudiera hacerlo; desde luego no la procesal. Por tanto no se prejuzga en absoluto quién fuera a triunfar en ese otro proceso.

Es más, el informe de la ponencia del Congreso de los Diputados añadió a ese apartado 3 una salvedad que en la actual LEC es el último párrafo del artículo 593. «No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el bien de cuyo embargo se trata sea la vivienda familiar del tercero y éste presentase al tribunal el documento privado que justifique su adquisición, se dará traslado a las partes y, si éstas, en el plazo de cinco días, manifestaran su conformidad en que no se realice el embargo, el tribunal se abstendrá de acordarlo».

Con ello se está demostrando que la omisión de inscripción no es tan grave cuando se trata de la vivienda familiar. Ahora bien, lo que no dice ese último párrafo es lo que decidirá el tribunal si frente a lo que pida el tercero, el acreedor insiste en que se embargue la vivienda de aquél por ser el documento privado. Tampoco aquí creemos decisivo el argumento *a contrario*: esto es, el embargo a ultranza y que aquel tercero reclame. Porque el tribunal puede quedar perfectamente convencido de que la vivienda es de ese tercero y no del ejecutado, y en segundo término porque el derecho constitucional a la vivienda tampoco puede quedar preterido.

X. LAS TERCERIAS FRENTE A LA HIPOTECA Y FRENTE AL EMBARGO

Argumento favorable a la tesis tradicional que venimos manteniendo es la regulación que la nueva LEC establece en general para las tercerías de dominio. Por supuesto que ya ERDOZAIN, cuando avanzaba su opinión sobre el alto valor de la anotación de embargo, se cuidaba de dejar a salvo la oportuna tercería.

Pero sobre todo, lo que queremos destacar es el distinto régimen de dicha tercería, según se enfrente a una hipoteca o a una anotación de embargo. Lo que es lógico, dada la distinta naturaleza de esas dos figuras.

Tratándose de la tercería de dominio frente a una ejecución hipotecaria, el artículo 696 de la LEC en su apartado 1 es tajante. Para que pueda admitirse aquella demanda, el título de propiedad del tercerista habrá de ser de fecha fehaciente anterior a la de constitución de la garantía. Y tratándose de inmuebles, ese título habría de estar inscrito en el Registro a favor del tercerista con fecha anterior a la de inscripción de la garantía. Esta dura exigencia es explicable para quien ha de enfrentarse con un derecho real con efectos *erga omnes* cual es la hipoteca.

En cambio cuando se ejercite la tercería de dominio frente a la ejecución de un crédito meramente anotado, el artículo 595 de la LEC en su apartado 1 faculta para interponerla a quien, sin ser parte en la ejecución, afirme ser dueño de un bien embargado como perteneciente al ejecutado. Luego, el apartado 3 de ese mismo artículo establece que con la demanda deberá aportarse un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión. El artículo 596 anuda el rechazo de la tercería al hecho de que no se acompañe el principio de prueba antes indicado.

Esta mucho mayor facilidad de la tercería en contra del crédito meramente anotado es admisible porque aquí no hay que luchar frente a un derecho real, sino con un derecho personal, que no cambia de naturaleza por el hecho de la anotación. Y es que ésta no tiene esos efectos absolutos o *erga omnes*. La propiedad del tercero queda respetada. Otra cosa es la duda que ofrece algún extremo del artículo 595 sobre el que después se volverá.

XI. ARTICULO 587. MOMENTO DEL EMBARGO

Llegamos así a un precepto que era fundamental en la argumentación de ERDOZAIN. El artículo 587 de la LEC. Se refiere al momento del embargo, y en su apartado 1 establece: «El embargo se entenderá hecho desde que se decreta por resolución judicial o se reseñe la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba». De ahí desprende aquel autor que el embargo anotado adquiriría un mayor valor frente a derechos no registrados.

Pero lo importante es el segundo apartado de ese artículo, el cual ha experimentado una curiosa evolución en el iter legislativo de la LEC. En el borrador, donde era el artículo 598, ese apartado decía: Lo dispuesto en el apartado anterior deja a salvo la buena fe de los terceros que no pudieran conocer el embargo. En el anteproyecto la norma sigue igual, salvo que el artículo era el 589. En cambio en el proyecto ese mismo artículo 589 dejaba

a salvo no sólo la buena fe de aquellos terceros, sino también lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley Hipotecaria. Artículo conforme al cual quien pudiendo pedir anotación preventiva de un derecho no lo hiciera en el término señalado, no podrá después inscribirlo a su favor en perjuicio de tercero que hubiera inscrito el mismo derecho adquiriéndolo de quien conforme al Registro podía transmitirlo.

En el informe de la ponencia del Congreso, el apartado 2 de ese artículo 589 tomó nueva redacción. Ahora, lo dispuesto en el apartado anterior se entendería sin perjuicio de las normas de protección del tercero de buena fe que deban ser aplicadas. Y así es como lo recoge hoy el artículo 587 de la LEC.

Argumentaba ERDOZAIN que si se permite la aplicación de las normas sobre protección del tercero es que, lógicamente y a contrario, el precepto está admitiendo que una colisión entre una anotación preventiva de embargo y un derecho de tercero hipotecario no tiene que decantarse necesariamente a favor de este segundo.

Ya hemos dicho antes que la argumentación a contrario rara vez es decisiva por sí sola. Pero es que aquí lo dispuesto en el apartado 1 (esto es, que el embargo existe desde la traba) lo es sin perjuicio de lo que prevé el apartado 2 (esto es, la protección del tercero de buena fe). Y la expresión sin perjuicio lo que indica es que precisamente el derecho de ese tercero es el que resulta prevalente y no se perjudica. Siempre, claro es, que se dé buena fe.

Y cabe decir que ese tercero que adquirió cuando aún en el Registro no constaba anotada la traba, lo hacía de buena fe y apoyándose en lo que en ese momento constaba registrado. De ahí que el borrador hablara de terceros que no pudieran conocer la traba. Y, efectivamente, como ese embargo ha podido acordarlo cualquier juzgado de España, resulta claro que quien adquirió de persona que en su momento figuraba como titular libre, mal podía conocer cualquier embargo trabado en cualquier lugar de nuestra geografía.

Otra cosa es que el tercero adquirente, lo fuera de mala fe, esto es, que adquiriera con ánimo defraudatorio, para que el ejecutado pudiera sustraer sus bienes a los legítimos acreedores. No siendo así, la buena fe de ese adquirente, hay que presumirla. Y su protección aparece decretada en ese apartado 2 del artículo 587, que en definitiva viene a recoger lo que era la línea de nuestra jurisprudencia tradicional.

XII. ARTICULO 595. FECHA DEL TITULO DEL TERCERISTA

Un precepto que podría esgrimirse como contrario a esa línea tradicional es el relativo al momento en que debe existir el dominio de quien intenta la correspondiente tercería. El borrador nada establecía al respecto, pues se li-

mitaba a reconocer legitimación a quien, sin ser parte en la ejecución, afirmara ser dueño del bien embargado.

Mucho más riguroso era el anteproyecto. El artículo 598 exigía que el tercerista no hubiera adquirido el bien del ejecutado «una vez despachada la ejecución». Algo se suaviza la exigencia en el Proyecto. El artículo 597 requería que la adquisición del tercerista no hubiese sido «una vez trabado el embargo». Ese precepto es el que pasa a la LEC, la cual en el artículo 595 establece la legitimación para interponer tercería de dominio de esta forma:

«Podrá interponer tercería de dominio, en forma de demanda, quien, sin ser parte en la ejecución, afirma ser dueño de un bien embargado como perteneciente al ejecutado y que no ha adquirido de éste una vez trabado el embargo».

De ello podría desprenderse que, una vez acordado tal embargo, al tercer adquirente ya no le cabría reclamar un dominio mediante la correspondiente tercería. Lo cual implicaría darle un valor prácticamente absoluto, no ya a la anotación, sino al mero embargo.

Pero frente a ello, hay que recordar que el artículo 587, apartado 2, dejaba a salvo los derechos del tercero de buena fe. Y no cabe decir que precepto tan decisivo y que tuvo tan larga evolución parlamentaria iba a ser dejado sin efecto y como **inútil** por otro artículo, el 595, que tan cercano estaba a aquél. En una interpretación armónica de ambos preceptos hay que entender que esa eficacia tan drástica que el artículo 595 pretende dar a la traba debe conjugarse con lo que, sobre los efectos del embargo y la protección de terceros, establece el artículo 587 en su apartado 2.

Es más, si con una interpretación rígida del requisito de legitimación para la tercería, entendiéramos que el tercer adquirente de buena fe, que lo fuera tras la traba, no podía acudir a aquella vía, lo que nadie podrá negar es que le cabría defender su derecho a través del juicio declarativo correspondiente. Donde es perfectamente posible que, en base a esa buena fe, obtuviera satisfacción a su pretensión. Porque, de otra forma, aquel citado artículo 587 quedaría en una mera burla y además padecería gravísimamente la tutela judicial efectiva.

XIII. ARTICULO 594. EMBARGO DE BIENES QUE NO SON DEL EJECUTADO. SU POSTERIOR ADJUDICACION

Llegamos finalmente a uno de los preceptos más importantes dentro del tema que estamos tratando, puesto que contempla los efectos de la anotación de embargo, no ya para el anotante, sino para quien adquiriera el bien en esa ejecución. El supuesto es el que se embargue un bien que no es del

ejecutado. La trascendencia del tema aconseja seguir el iter legislativo de la norma.

En el borrador el artículo 607 establecía en el apartado 1 que el embargo trabado sobre bienes que no perteneciesen al ejecutado será, no obstante, eficaz, y si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos antes de la enajenación o adjudicación, el rematante o adjudicatario adquirirá el bien de modo irreivindicable, salvo que se acredite que actuaron de mala fe y con conocimiento de que los bienes no pertenecían al ejecutado. En el apartado 2 indicaba que lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de las acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto o de nulidad de la enajenación si hubiera concurrido mala fe del ejecutante o del ejecutado.

En el anteproyecto el precepto pasa a ser el artículo 597. Se cambia en el apartado 1 la cualidad de la adquisición del **rematante**. Ahora será de modo irreivindicable, «salvo las excepciones establecidas por las leyes, siempre que haya actuado de buena fe e inscriba su derecho en el Registro de la Propiedad, si el bien fuera inmueble, o en el Registro legalmente previsto al efecto, si fuera mueble susceptible de inscripción».

En el proyecto se da un giro importante. El ahora artículo 596 regula la posterior transmisión de bienes embargados no pertenecientes al ejecutado. En el apartado 1 se establece que «el rematante o adjudicatario que haya actuado de buena fe adquirirá el bien de modo irreivindicable conforme a lo establecido en las leyes civiles. Y en el apartado 2 se dejan a salvo «las acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto o de nulidad de la enajenación».

En el informe de la Ponencia del Senado se introdujeron en el apartado 1 del precepto otras modificaciones importantes. Con ellas resultó el texto definitivo de la LEC, que ahora es el artículo 594 y que conviene transcribir. La denominación es la que le dio el Proyecto.

1. «El embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz. Si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiese adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de las acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto o de nulidad de la enajenación».

El precepto ha cambiado sustancialmente desde sus primitivas redacciones. Ahora al verdadero titular del bien se le ofrece en primer lugar la vía de la tercería de dominio, con lo que parece claro que la misma será admisible, pues en otro caso la mención sería inútil. Con ello se corrobora lo que dijimos acerca del artículo 595.

Pero el cambio fundamental se refiere a la adquisición del tercero rematante. Ahora no se establece directamente que lo haga de modo irreivindica-

ble, ni se mencionan los requisitos para que ello ocurra. La Ley permite, en principio, la impugnación que presente el verdadero dueño; y sólo dice que el adjudicatario adquirirá un dominio irreivindicable cuando ello proceda conforme a la legislación sustantiva. En tal caso no triunfará la impugnación del titular. Impugnaciones que habrían de ir por el juicio ordinario.

Hay pues una absoluta remisión a la normativa sustantiva, ni siquiera civil, que es la competente para regular las formas y condicionamientos de la adquisición del dominio. La ley procesal no puede entrar en esas materias y así lo dispone respetuosamente el texto finalmente aprobado. Con ello guarda consonancia la previsión final del apartado 2 que deja a salvo las acciones de nulidad de la enajenación. Estamos pues muy lejos de los efectos absolutos de la anotación de embargo.

XIV. LA PRIORIDAD Y LA FE PUBLICA EN RELACION A LA ANOTACION

Recordemos que ERDOZAIN insistía en el enorme valor que para la anotación preventiva de embargo suponía en la nueva LEC el principio de prioridad. Ya lo destacamos. Pero frente a ello hay que mantener que la LEC no ha derogado los preceptos fundamentales que establecen la prioridad de tales anotaciones.

Así el artículo 44 de la LH, conforme al cual: El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 42, tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1.923 del Código Civil. Y el número 2 citado se refiere al mandamiento de embargo de bienes inmuebles del deudor.

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

Por supuesto que LH y Código Civil se refieren siempre a bienes que sean del deudor, y no de un tercero. Pero lo que hay que destacar es que la nueva LEC no ha derogado aquellos dos artículos que conservan plena vigencia. Y no creemos que haya sido inadvertida, pues la LEC ha detallado enormemente cuáles eran los artículos del Código que quedaban derogados y cuáles los de la LH a los que se daba nueva redacción. El silencio en nuestro caso no puede ser más elocuente. El principio de prioridad en las anotaciones preventivas es el que siempre han tenido en nuestro ordenamiento. Por tanto, en las tercerías que se entablen serán esas normas sustantivas las que habrá que aplicar y no las de la LEC que no está para eso.

Si especialidad tiene el principio de prioridad tratándose de la anotación preventiva de embargo, igual ocurre con el principio de fe pública. Hay que recordar que ERDOZAIN citaba varias veces el artículo 32 de la LH respecto a la anotación; artículo que consagra el aspecto negativo de la fe pública. Pero en realidad las menciones que hacía de tal artículo más bien eran pertinentes en relación con el principio de prioridad. Lo cual es lógico, puesto que los principios hipotecarios no son algo estanco, sino que guardan relación entre sí. Con lo que dicho artículo 32 tanto puede traerse a colación con la fe pública, como con la prioridad e incluso con el tracto sucesivo.

La jurisprudencia tradicional destacó las especialidades en ese punto de la anotación de embargo. Así, la sentencia de 13 de junio de 2000 (RA 4412) de la Sala Primera del Tribunal Supremo, para la que la preferencia del artículo 1.923.4 del Código Civil «sólo juega respecto de los créditos posteriores, pero no de los anteriores, aun cuando por cualquier causa se haya demorado la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad».

Y con relación a la fe pública, es terminante la sentencia de 5 de julio de 2000 (RA 5926) con ponencia de GULLÓN BALLESTEROS. En ella se declaraba que «aun vigente la inscripción de la vivienda en él (el Registro de la Propiedad) con carácter ganancial cuando se practicaron las anotaciones de embargo, aunque ya no existiese sociedad de gananciales, es de aplicación la reiterada doctrina de esta Sala que niega al acreedor embargante la posibilidad de beneficiarse con la fe pública registral porque no es un tercero protegido (sentencia de 19 de mayo de 1977 y las que cita)».

Porque la fe pública no juega a favor del acreedor embargante es por lo que, conforme a esa reiterada jurisprudencia, el adquirente del bien puede triunfar en la contienda, aunque no hubiese inscrito aún su derecho. No hay, pues, efectos absolutos de la anotación, ya que ésta no es ningún derecho real. Esa es la diferencia con la hipoteca.

XV. RESPETO DE LA LEGISLACION CIVIL Y DE LA HIPOTECARIA

Ya se ha indicado que no era propio que la legislación procesal resolviera los problemas sustantivos de preferencia ni alterara el régimen que para los créditos anotados establece el Código Civil. Así, cuando examinábamos el tema de la transmisión del bien embargado que no fuera del ejecutado, el artículo 594 declaraba que la impugnación del verdadero titular frente al adjudicatario no triunfará cuando éste hubiera adquirido el bien «de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva».

En otro tema donde no nos hemos detenido especialmente, que es el de que hasta qué momento cabe interponer la tercería de dominio, el artículo 596 de la LEC aclara que no podrá ser «con posterioridad al momento en

que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta». Otra vez el tema dominical se remite a la ley civil.

Y cuando el artículo 587 de la LEC establece que el embargo se entenderá hecho cuando se decreta y que ello «se entenderá sin perjuicio de las normas de protección del tercero de buena fe que deban ser aplicadas», es claro que se remite también a las normas civiles o aun a las hipotecarias que puedan tener asimismo carácter sustantivo.

Finalmente indicaba ERDOZAIN que el efecto cancelatorio que la nueva LEC atribuye a la anotación de embargo es más amplio que el que se contenía en el artículo 175 del Reglamento Hipotecario, pues éste permitía salvar en ciertos casos a las inscripciones posteriores.

No creemos que tal precepto del Reglamento haya quedado derogado. Por supuesto que la LEC no lo hace expresamente. Pero es que la LH vigente no puede considerarse derogada más que en aquellos extremos en que dicha LEC expresamente lo haya dispuesto. Y si queda vigente el artículo 44 de la LH (que se remite al 1.923 del Código Civil). También ha de quedarlo el precepto reglamentario que en cierta forma lo desarrolla. Porque es el sistema el que no ha sido sustituido por otro.

Por ello no es que, como indicaba ERDOZAIN, el valor preeminente de la anotación preventiva de embargo pueda ser evitado o menoscabado por el juego interesado de las tercerías, sino que si éstas triunfan es porque así se sigue desprendiendo del derecho sustantivo patrio que no ha sido derogado por la nueva LEC.

XVI. LA REFORMA QUE PODRIA SER ADMISIBLE. DUDAS AL RESPECTO

Como más arriba se indicó, una ley procesal, por importante que sea, no es la ocasión y lugar para reformar o solucionar los problemas de derecho sustantivo que ofrezca nuestro ordenamiento, que ciertamente los tiene. En aquel trabajo anterior nuestro sobre la anotación preventiva de embargo ya expresábamos algún supuesto de fallo del sistema cuando el adquirente del bien tardaba en inscribirlo en el Registro, dando así lugar a una ejecución y adjudicación de aquél como si fuera del ejecutado. Entendíamos que podía arrojar luz el tratamiento que nuestro Reglamento Hipotecario establece para los asientos posteriores a la anotación preventiva de demanda. Y en último extremo si el sistema fallaba definitivamente, sería caso de decretar la responsabilidad estatal, que es quien monta y mantiene el Registro de la Propiedad de que disfrutamos.

Si se quiere modificar la naturaleza y los efectos de la anotación de embargo sobre el crédito anotado, habría que alterar la redacción del artícu-

lo 1.923 del Código Civil y correlativamente del artículo 44 de la LH. Así sí que podría concederse efecto absoluto a la anotación de embargo.

Lo que ocurre es que dudamos bastante de la oportunidad y acierto de tan trascendental modificación. No olvidemos que, cual ha puesto de relieve GARCÍA Y GARCÍA, buena parte de la propiedad de viviendas que se adquiere en España lo es por documento privado (hasta que llega el momento en que pagado íntegro el precio se otorga la escritura). En tales circunstancias, el efecto absoluto de la anotación de embargo podría suponer la privación del dominio para muchos de esos adquirentes.

Antes de dar tal paso convendría meditarlo detenidamente. Piénsese que la propia LEC en el artículo 593, cuando trata de la pertenencia del bien embargado al ejecutado, establece un sistema especialmente favorable al tercero verdadero titular si éste lo que había adquirido era su vivienda familiar. En tal caso se da beligerancia al documento privado, cual antes examinamos. Es todo un síntoma.

Mucho menos sería admisible que reforma tan importante, cual la de cambiar la naturaleza y efectos de la anotación de embargo, se intentara realizar por medio de normas reglamentarias. En esto creo que la experiencia debe enseñar. Nos referimos al intento de regular la inscripción de las sociedades civiles en el Registro Mercantil mediante una mera modificación del Reglamento. Y aún más la reciente nulidad de casi toda la tramitación del recurso gubernativo por estar contenida la reforma del mismo en disposición meramente reglamentaria.

Igualmente ocurre con la legislación procesal. Esta debe estar al servicio del ordenamiento sustantivo para conseguir que el amparo de los derechos se obtenga de la forma más adecuada y rápida posible. Cuando se pretenda reformar el derecho sustantivo, hágase de forma directa y tras la adecuada reflexión, porque el tema ofrece múltiples aristas. Mientras ello no ocurra y siga vigente el artículo 1.923 del Código Civil y el artículo 44 de la LH, permítasenos que esa «ascensión» de la anotación preventiva de embargo la sigamos poniendo con signo de interrogación.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS
Abogado del Estado