

Cuestiones básicas de la anotación de embargo en 75 años de REVISTA CRÍTICA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NATURALEZA DEL DERECHO ASEGURADO POR LA ANOTACIÓN DE EMBARGO.—III. LA ANOTACIÓN DE EMBARGO Y LOS ACTOS DISPOSITIVOS DE LOS INMUEBLES O DERECHOS REALES ANOTADOS.—IV. DURACIÓN Y CADUCIDAD DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS.—V. TERCER POSEEDOR DE BIENES ANOTADOS: LA LLAMADA «TERCERÍA REGISTRAL».—VI. CARÁCTER OBLIGATORIO Y/O CONSTITUTIVO DEL EMBARGO.—VII. LOS PRIVILEGIOS PATRIMONIALES Y LA ANOTACIÓN DE EMBARGO.—VIII. EL ARTICULO 44 DE LA LEY HIPOTECARIA Y LOS ARTÍCULOS 1.923.4." Y 1.927.2." DEL CÓDIGO CIVIL.—IX. DOS CUESTIONES HIPOTECARIO-PROCESALES: COMPETENCIA JUDICIAL Y DEMANDA CONJUNTA.

I. INTRODUCCIÓN

El número 1 del año I de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO lleva fecha de 31 de enero de 1925. Si salvamos las referencias a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (1), habrían de pasar más de ocho años hasta que, en 1933, aparece en sus páginas el primer trabajo doctrinal sobre anotaciones y, como parte específica del mismo, sobre anotaciones de embargo. Me refiero a los *Apuntes sobre la anotación preventiva en el Derecho hipotecario español* de don EDUARDO CAPÓ BONNAFOUS (2).

(1) Aparecen en el *índice alfabético, por materias y autores, de los ciento veinte números publicados desde su fundación, en el año 1925, hasta fin de 1934*, págs. 5 y 6. Publicaciones Jurídicas, S.A. Madrid.

(2) El trabajo se publica en cuatro entregas, en los siguientes números del año 1933: número 99, mes de marzo, págs. 196 a 201; número 100, mes de abril, págs. 282 a 296; número 102, mes de junio, págs. 425 a 433, y número 103, mes de julio, págs. 529 a 538. Aunque se trata de un completísimo estudio general sobre anotaciones preventivas, sólo recogemos las referencias que se estiman más importantes sobre la anotación de embargo.

De este desdén hacia la figura, se quejaba el autor estimando inexplicable el inmenso vacío en los estudios doctrinales en torno a las anotaciones preventivas, a pesar de que la institución es una de las que ofrecen mayor interés para el estudioso. La inscripción es la forma pura de entrada en el Registro y recoge aquellas relaciones que, por reunir los requisitos exigidos, podemos llamar relaciones *normales* dentro de la técnica registral. Pero el Registro moderno debe recoger también aquellas relaciones que pueden afectar al régimen de la propiedad inmobiliaria ya actualmente, ya por su desenvolvimiento ulterior. Esta es la génesis ideológica de las anotaciones preventivas.

La evolución posterior habría satisfecho, sin duda, a don EDUARDO. En especial, en relación con la anotación de embargo, pues se ha pasado del *vacío doctrinal* a lo que ya se ha llamado *imparable ascensión de la anotación preventiva de embargo* (3). Y si atendemos al dato estadístico, el argumento de los números es abrumador: 213.750 anotaciones de embargo practicadas en toda España en el año 1998; en el mismo período, 45.147 anotaciones de las demás categorías, destacando las 15.677 de demanda, anotación cada vez más utilizada, dado su fulminante efecto de seguridad en los procedimientos declarativos de derechos (4).

Las razones de ese imparable ascenso son, sin duda, complejas. Dos acreditadas opiniones de estudiosos de la anotación de embargo, quizá puedan servir para empezar a explicarlas.

Para PLÁCIDO PRADA ALVAREZ-BUYLLA (5) las anotaciones de embargo constituyen, seguramente, una de las cuestiones más complejas del derecho hipotecario, ya que son el mismo derecho colocado en la mitad de la entraña de la vida, una de las realidades más contradictorias y porque en su regulación se entrecruzan el derecho hipotecario, el derecho civil, el derecho concursal, el derecho procesal y los dos tópicos más esenciales de todo el derecho hipotecario: la seguridad del tráfico y el aseguramiento de los derechos de los terceros adquirentes en el mismo proceso.

En la entraña misma de la esencia de la publicidad registral se adentra JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ y escribe lo siguiente (6): «Los padres de

(3) Vid. PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS, «¿La imparable ascensión de la anotación preventiva de embargo?», en *RCDI*, enero-febrero 1994, núm. 620, págs. 53 a 90.

(4) Fuente: *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, 1998. Volumen III, págs. 3994 y 3995. Ministerio de Justicia. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1999.

(5) PLÁCIDO PRADA ALVAREZ-BUYLLA, «Registro de la Propiedad y anotaciones de embargo», en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1997, págs. 331 a 380.

(6) «La oponibilidad de la adquisición de la propiedad en el embargo y en el concurso». Libro *Homenaje a José María Chico y Ortiz*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1995, pág. 605.

la Revolución francesa soñaban con un crédito firme y seguro que fuese pilar del sistema financiero y la credibilidad y fortaleza del dinero puramente fiduciario. En su servicio edificaron el Registro de la Propiedad como sistema de afectación de la propiedad en garantía (rango registral), como sistema de aseguramiento de la ejecución concursal...»

II. NATURALEZA DEL DERECHO ASEGURADO POR LA ANOTACIÓN DE EMBARGO

Desde que en el año 1933 aparece el ya citado primer trabajo crítico sobre los problemas de la anotación de embargo, las posiciones de la doctrina y de la Jurisprudencia sobre esta cuestión básica han sido múltiples, continuamente modificadas y matizadas. Entiendo que sería poco rigurosa la fórmula reductiva derecho real-derecho personal y que es procedente un esquema mucho más amplio. Propongo el que sigue.

1. LA ANOTACIÓN DE EMBARGO CREA UNA GARANTÍA REAL, PERO SÓLO DESDE SU FECHA

A la vista de la diversidad de casos del artículo 42 LH, cabe distinguir dos grupos de anotaciones, según explicaba en 1933, CAPÓ BONNAFOUS (7). En el primero, están aquéllas en cuya base hay un derecho real, posible civilmente, pero al que falta algún supuesto registral; se trata de evitar que el juego de los principios registrales perjudique una relación posible (anotaciones de suspensión o de demanda). En el segundo, por razones de tutela preventiva, la ley protege un puro derecho de crédito mediante la adición de un efecto sustantivo; v.gr., la concreción de la garantía general del deudor (art. 1.911 del Código Civil) en un bien determinado (anotaciones de embargo, secuestro y prohibición de enajenar). Es decir, en un primer grupo están las anotaciones que tienen una finalidad limitada a la publicidad registral; son medios de carácter puramente preventivo, *publican sin constituer*. En un segundo grupo están las anotaciones que se caracterizan por la constitución registral, provisional y subordinada de un derecho accesorio que refuerza la relación básica. Es decir, *publican constituyendo*.

Al encajar las anotaciones judiciales en estos dos grupos, plantea directamente su conocida clasificación de las mismas en anotaciones *de mera publi-*

(7) EDUARDO CAPÓ BONNAFOUS, «Apuntes sobre la anotación preventiva en el Derecho hipotecario español», cit. en *RCDI*, núm. 99, marzo de 1933, págs. 196 a 201.

cidad y constitutivas (8). Los números 2.º y 3.º del artículo 42 LH (anotaciones de embargo) suelen denominarse corrientemente como «hipotecas judiciales». Advierte, sin embargo, que la equiparación al derecho real de hipoteca es inexacta.

Entre el número 2.º y el número 3.º del artículo 42 LH existe la diferencia de que el primero se extiende a todo supuesto de embargo anterior a la terminación del proceso; en cambio, el segundo se refiere a los procedimientos de ejecución de las sentencias firmes. Ambos, no obstante, responden al concepto de las medidas cautelares, anotaciones de carácter constitutivo, de prelación creditual limitada, de publicidad positiva. Pero hay una nota común en las anotaciones de esos dos números (mandamiento de embargo y sentencia ejecutoria): precisar una resolución judicial que expresamente las decreta.

Conceden estas anotaciones un *derecho real de garantía* al hacer públicas ciertas resoluciones judiciales en tutela del interés demandado. Pero hay que proceder con cautela sobre su equiparación con el derecho real de hipoteca, dejando a salvo su carácter provisional.

El artículo 44 LH declara: «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 los artículos 1.923 y siguientes del Código Civil». O sea que, según el número 4.º del artículo 1.923, gozará de preferencia sobre los bienes anotados sólo en cuanto a créditos posteriores. Aparece en la naturaleza de estas anotaciones una limitación extraña que suele designarse como una limitación de su preferencia y que debe rechazarse por equívoca, pues la preferencia como nota característica de los derechos reales funciona en ella plenamente. Y su no eficacia respecto a los derechos reales anteriores no inscritos (limitación de la publicidad negativa) no encaja en el ámbito de los artículos 44 LH y 1.923 del Código Civil, que hablan solamente de «créditos».

El artículo 1.923 del Código Civil es la base de estudio, pues, según el mismo, los créditos anteriores en fecha a la anotación conservan frente al crédito anotado la misma situación que antes tenían, preferentes o no. Los posteriores, en cambio, deben sufrir la prelación que la anotación otorga. De lo que resulta que la anotación *crea una garantía real, pero sólo desde su fecha*, sin alterar la situación que el crédito tenía en el pasivo del deudor. Por tanto, la anotación opera sólo para el futuro, a diferencia de la hipoteca que crea un gravamen que afecta al presente de la masa acreedora.

Debe distinguirse entre *preferencia y prioridad*. La preferencia es cualidad civil de los derechos reales; la prioridad es la repercusión registral de la

(8) CAPÓ BONNAFOUS, «Apuntes...», cit., en *RCDI*, núm. 100, abril de 1933, págs. 282 a 296; y núm. 102, junio de 1933, págs. 425 a 433.

preferencia, pero modificada por el principio de publicidad negativa. Es decir, que si bien normalmente coinciden ambas, excepcionalmente pueden contradecirse en caso de desacuerdo entre realidad y Registro. Por ello, al hablar de preferencia aludimos necesariamente a relaciones constituidas posteriormente. La prioridad sólo supone la inscripción posterior.

2. DETERMINA UNA EFICACIA SUPERIOR A LA DEL DERECHO ANOTADO: VOCACIÓN INDIRECTA AL DERECHO REAL, CUALIDAD QUE ADQUIERE POR LA ADJUDICACIÓN

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS (9) se acerca en el año 1946 a la esencia de la anotación de embargo, plateándola como un supuesto de inexactitud registral y como una vocación indirecta o personal al derecho real, pero con efectos superiores a los derivados de la naturaleza del derecho anotado.

Creados los derechos extrarregistralmente y siendo la inscripción voluntaria, se opera con frecuencia una disconformidad entre Registro y realidad jurídica, que debe ser rectificada. La acción de rectificación puede actuarla el titular registral, pero, aunque la inscripción no convalida los actos y contratos nulos con arreglo a las leyes (art. 33 LH), la ley protege al titular inscrito cuando es un tercero del artículo 34, en cuyo caso lo procedente es concordar realidad con Registro, pues aquélla cede ante éste.

Al Registro ingresan no sólo derechos reales, sino también vocaciones directas (anotaciones de demanda) o indirectas o personales al derecho real (anotaciones de embargo), que se convierten en derecho real por la adjudicación en pago al acreedor o crea el derecho real a favor de otro para pago del crédito.

Pero el acceso al Registro de estos derechos personales no altera su naturaleza; solamente el asiento registral le da preferencia sobre los de igual naturaleza no anotados o anotados con posterioridad. Si choca con derechos reales anteriores a la fecha de la anotación, vencen esos derechos, aunque se inscriban después.

La principal causa de discrepancia entre realidad y Registro son las anotaciones preventivas de embargo provenientes de procesos de ejecución, a las que la Ley y la Jurisprudencia asignan efectos precisos y concretos. Especialmente en el caso de concurrencia de varios procedimientos y más si uno es judicial y otro administrativo por débitos fiscales, por sus efectos, por la diligencia en la presentación de los títulos. Lo cual revela que las anotaciones de embargo juegan un papel superior al meramente derivado de la naturaleza

(9) RAFAEL RAMOS FOLQUÉS, «Realidad y registro; la acción rectificadora; la anotación de embargo, origen de inexactitudes registrales», en *RCDI*, junio 1946, núm. 217, págs. 370 a 377.

del derecho anotado; que los principios hipotecarios no dejan de tener función en las mismas; que la publicidad del registro es una información oficial que exige se opere con precaución y cautela; que el que compra un finca con un embargo anotado corre el riesgo de que se le anticipe a inscribir el que adquiriera en el proceso que publica el asiento.

3. EFECTO REAL ABSOLUTO EN CUANTO A LOS DERECHOS INSCRITOS DESPUÉS

a) *Primeras posiciones doctrinales*

Posición contraria a la personalista de RAMOS FOLQUÉS representa en 1947 la de ALFREDO REZA ULLOA (10), que propone el principio del efecto real absoluto de las anotaciones de embargo y la preferencia del crédito anotado, sin hacer distinción entre créditos personales y reales.

Del trabajo de RAMOS FOLQUÉS deduce una conclusión: que tomadas dos anotaciones preventivas de embargo por créditos personales, la fecha de ingreso determina la prelación del cobro y que subastada la finca en los dos procedimientos, la prelación la tiene la adjudicación o venta que primero se inscribe.

La prelación del artículo 44 LH y del artículo 1.923 del Código Civil no es excluyente de otros efectos de la anotación. Observa que el artículo 1.923 del Código Civil dice «...sólo en cuanto a créditos posteriores». Si la penúltima de dichas palabras fuese el pronombre personal «los», sería evidente que la prelación sólo intermediaba entre créditos personales; es de advertir que al no preceder a aquella palabra el artículo determinado «los», su contenido no es objeto de la limitación que produce el empleo del artículo; por lo tanto, su alcance es de toda amplitud, no es posible hacer distinción de los créditos, atendiendo a su naturaleza real o personal.

El orden de la clasificación tampoco supone preferencia de unos grupos sobre otros. El artículo 1.927 declara que la prelación entre créditos hipotecarios, refaccionarios y anotados, se dará partiendo de la antigüedad de la inscripción o anotación.

Los artículos 38 y 71 LH permiten al acreedor proseguir la ejecución si el deudor vende la finca, demostración evidente de que la anotación tiene fuerza operante sobre el derecho real por excelencia. De este máximo efecto, hay que llegar forzosamente a la consecuencia de que la anotación tiene eficacia con relación a los derechos reales inscritos con posterioridad, cualquiera que sea la fecha del título de constitución.

(10) ALFREDO REZA ULLOA, «Efecto real absoluto de las anotaciones de embargo», en *RCDI*, noviembre 1947, núm. 234, págs. 758 a 761.

b) *El efecto real en la doctrina hipotecarista contemporánea*

En la década de los ochenta se desarrolla la llamada por PLÁCIDO PRADA ALVAREZ-BUYLLA (11), *tercera generación* de estudiosos de la anotación de embargo. Coexistiendo con un gran número de autores que siguen la corriente tradicional (PAU PEDRÓN, CHICO ORTIZ, FERNÁNDEZ CABALEIRO, O'CALLAGHAN, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, RIFA SOLER), se encuentran otros que, con distintos matices, pretenden atribuir a la anotación de embargo efectos absolutos, semejantes a las inscripciones de derechos reales (ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, FRANCO ARIAS, PARDO NÚÑEZ, CANALS BRAGE, RIVAS TORRALBA, REY PORTÓLES, SARMIENTO RAMOS, SERRERA CONTRERAS, GARCÍA GARCÍA).

Se trata de dar una nueva interpretación al artículo 44 LH y de superar la supuesta antinomia de los artículos 1.923.4.º y 1.927.2.º del Código Civil (con prevalencia del segundo de ellos), y una aplicación, hasta sus últimos extremos, de los efectos defensivos de los principios de legitimación registral e inoponibilidad. La argumentación jurídica de todo el sector innovador —resume PRADA— pasa:

- Por apelar al artículo 38.3 LH que dispone para la anotación de embargo el mismo tratamiento jurídico que para la hipoteca, al considerar que, si bien el anotante no es un tercero germánico, por no concurrir en él los presupuestos del artículo 34 LH, sí es un tercero latino, lo que permite aplicarle el principio de inoponibilidad.
- Por estimar que la superación de la antinomia entre los artículos 1.923.4.º y 1.927.2.º del Código Civil se encuentra bien en interpretar el primero como expresión de que el crédito anotado es preferente a los anotados tras él, o a los no anotados nunca; o bien que debe darse prioridad al artículo 1.927.2.º, porque el artículo 1.923.4.º se limita sólo a clasificar créditos, siendo las preferencias cometido del artículo 1.927.2.º del Código Civil.
- Por estimar que la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 carece de valor para interpretar el artículo 44 LH porque la publicación posterior del Código Civil y las rectificaciones de las Leyes de 1909 y 1944-46 le priva de valor.
- Por entender que la naturaleza del embargo hace que le sean aplicables los principios de legitimación, de inoponibilidad e incluso de fe pública registral.

(11) «Registro de la Propiedad y anotaciones de embargo». En el libro *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1997, págs. 331 a 380.

- En fin, por sostener que la aplicación del artículo 1.923.4 y sus sistemas de preferencias se oponen a los artículos 606 y 1.473 del Código Civil, y 32 y 313 LH.

En definitiva, se proclaman los efectos absolutos de las anotaciones de embargo, como la hipoteca, y su preferencia sobre todo asiento posterior, con independencia de la fecha de nacimiento del derecho. La fuerza de la argumentación de esta corriente ha influido:

- En la modificación de la LEC por Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, estableciendo medidas de coordinación de los procedimientos ejecutivos con el Registro de la Propiedad, a fin de evitar que puedan seguirse aquéllos de espaldas al Registro y sin conocimiento de los verdaderos titulares registrales de los bienes.
- En la modificación del párrafo 2º del artículo 175 RH por Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, estableciendo la doctrina de la absoluta prioridad registral: «...siempre que no estén basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación del embargo y no afectados por ésta».
- En la doctrina de la DGRN: Resoluciones 23-3 y 5-5/1993, que han venido a sustituir a las anteriores Resoluciones 9-11-55; 16-10 y 13-12/74; 17-12-75 y 5-3-82.

Deben destacarse algunas de las más caracterizadas opiniones.

FRANCO ARIAS (12) rechazando las razones de la doctrina para mantener la tesis de la eficacia limitada de las anotaciones de embargo y defendiendo la posible adaptación a la anotación de embargo de los requisitos exigidos por los artículos 32, 34 y 37 LH, estima aconsejable extender en toda su amplitud la protección que ofrece la fe pública a la anotación preventiva de embargo, que debe recibir un tratamiento análogo a la hipoteca.

IPIENS LLORCA (13), al tratar de la interpretación que debía hacerse del artículo 133 LH, sobre la subsistencia de las hipotecas y demás gravámenes anteriores o preferentes al crédito asegurado por las anotaciones de embargo, defiende un acercamiento entre ambas figuras, afirmando que la anotación de embargo no tiene el carácter de un derecho personal, carácter que podía sostenerse antes de la Ley de 1909, pero no después porque el bien embargado, aunque salga del patrimonio del deudor, continúa sujeto a responsabilidad. Y se apoya en los artículos 38 LH y 143 RH.

(12) *El procedimiento de apremio*, Bosch, Barcelona, 1987, págs. 360 y sigs.

(13) ANTONIO IPIENS LLORCA, «Anotaciones de embargo e hipotecas», en *AAMN*, Tomo XVIII, págs. 25 a 65.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (14), en un primer momento, parte de la afirmación de la prioridad absoluta de las anotaciones de embargo, institución procesal e hipotecaria de naturaleza real y con efectos *erga omnes*, conforme al artículo 38.5 LH, introducido por la LH de 1909, lo que hace que le sea inaplicable la Exposición de Motivos de 1861, y con prevalencia del artículo 1.927.2.^o sobre el artículo 1.923 del Código Civil, por ser el segundo un mero precepto de clasificación de créditos y no de definición de prioridades y prelaciones.

No obstante, más tarde (15), matiza este criterio absoluto al distinguir la *prelación de créditos* que se plantea cuando concurren sobre una misma finca derechos reales, anotaciones de embargo o créditos personales, o solamente anotaciones de embargo y créditos personales. Este supuesto debe resolverse conforme a la prioridad registral que marca el artículo 1.927.2.^o del Código Civil. Y otro supuesto diferente es el conflicto entre anotaciones de embargo y *actos adquisitivos anteriores*, reflejados en el Registro después, caso este último en que estamos ante un conflicto entre titular del dominio y una anotación de embargo, en que se produce no una prelación de créditos sino de invalidez e inexistencia del embargo, pues ha sido embargado un bien como de la propiedad del deudor cuando, en realidad, pertenece a otra persona. Hay, pues, dos supuestos diferentes: el conflicto entre acreedores, que ha de resolverse conforme al artículo 1.927.2 del Código Civil (problema de prelación de créditos); y el conflicto entre titularidades dominicales y anotaciones de embargo, supuesto en que en realidad el embargo es nulo o inexistente, porque se ha embargado un bien que no es del deudor (16).

(14) *El tópico de los efectos de las anotaciones de embargo. Hacia una interpretación del efecto real absoluto de las anotaciones en el sistema español*. Ponencia al VII Congreso Internacional de Derecho Registral. CER, 1988.

(15) En su *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo II, págs. 749 y sigs. Madrid, 1993.

(16) Muy cercana a las tesis favorables al efecto real de la anotación es la doctrina de la Resolución de 3-4-98: El embargo es una afección real en virtud de la cual el bien trabado queda vinculado *erga omnes* al proceso en el que se decreta —y no al crédito que lo motiva— al efecto de facilitar la actuación de la Justicia y la efectividad de la ejecución (y ello con independencia de cuál sea el crédito que en definitiva resulte satisfecho en ésta: ya el del actor, ya el de un tercerista triunfante), que atribuye al órgano jurisdiccional poderes inmediatos sobre el bien trabado, que pueden ser actuados sin la mediación de su dueño, y que restringe las facultades dominicales de éste, en cuanto que sólo es posible la enajenación de ese bien respetando el embargo.

4. DERECHO REAL FRENTE A LOS ACTOS POSTERIORES Y «IUS AD REM» FRENTE A LOS ANTERIORES

Muy probablemente, el trabajo más completo, mejor documentado y también más extenso sobre anotaciones de embargo, que se produce antes de la reforma del Código Civil de 1958 y del RH de 1959, es el que firma en 1955 y 1956, JUAN MARÍA MAZUELOS CARMONA: *Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas* (17).

Sobre la cuestión de la *naturaleza de la anotación de embargo en relación con la garantía del crédito anotado*, estudia tres posibles variantes:

- a) *Derecho personal*. Sólo concede a su titular las garantías y privilegios que correspondan al crédito anotado, sin perjuicio de que mirando al futuro, asegura los derechos del anotante frente a los actos de empobrecimiento del deudor realizados con posterioridad a la fecha de la anotación. Pero no convierten en real el crédito que no tenía este carácter. No crean un verdadero derecho, sino que garantizan un derecho ya constituido.

No obstante, debe observarse que, por la remisión del artículo 44 LH a los artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil, la anotación concede a su titular el *ius distrahendi* de la finca anotada, y un *ius prelatione* distinto del que corresponda al crédito anotado, como consecuencia de la legitimación registral. Estos derechos se manifiestan de modo distinto según la persona contra quien se actúe: de manera absoluta e incontrovertible respecto de los débitos y actos dispositivos posteriores a la anotación; y de manera provisional y controvertible respecto a los de fecha anterior a la anotación.

- b) *Derecho real de garantía*. Análogo a la hipoteca, en cuanto «sujeta directa e inmediatamente...», de la que se diferencia por su origen y por la peculiaridad de sus efectos. Derivación de la antigua hipoteca judicial, el artículo 38, último párrafo LH y el artículo 143 RH le dan el mismo tratamiento que a la hipoteca.

Punto de partida de esta tesis es la distinción entre la anotación y el crédito anotado. El crédito personal asegurado está en el mismo plano que el crédito garantizado con hipoteca, en la que lo que se inscribe es el derecho real de hipoteca, pero no el crédito que asegura.

(17) Apareció en los siguientes números de *RCDI*: noviembre-diciembre 1955, núms. 330-331, págs. 657 a 699; marzo-abril 1956, núms. 334-335, págs. 145 a 205.

En la misma línea de MAZUELOS CARMONA debe situarse a RAFAEL CHINCHILLA RUEDA, «Temas hipotecarios: La legitimación del derecho inscrito», en *RCDI*, marzo-abril y mayo-junio 1957, núms. 346-347 y 348-349, págs. 184 y 354 y sigs.

La diferencia de origen entre anotación e hipoteca no es suficiente para distanciarlas, pues las hipotecas legales son también de constitución forzosa y por orden de autoridad y, sin embargo, nadie duda su condición de derecho real. Al ser provisional la protección que otorga al anotante respecto de los actos anteriores, no parece que le sean de aplicación los caracteres de inmediatividad, absolutividad, persecución y preferencia, propios de los derechos reales.

- c) «*Ius ad rem*». El embargo y su anotación individualiza y concreta en una finca determinada la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil, afectando a las posiciones jurídicas del actor, que obtiene una garantía especial; del deudor, que sufre una merma importante en sus facultades dominicales, pues los negocios futuros quedan afectados por la anotación; y respecto de terceros, al provocar una causa de preferencia o privilegio en favor del anotante. Pero como no actualiza de momento un perfecto derecho real de garantía, al pretender variar para el futuro la situación dominical del Registro, la anotación se manifiesta como posiblemente real y se produce el juego propio de los *ius ad rem* valorativos ya que su objeto más que la cosa en sí es su valor en cambio.

Resume el autor su posición afirmando que las anotaciones de embargo tienen en nuestro derecho positivo un doble carácter:

- Constituyen un propio y verdadero derecho real en favor del anotante frente a los actos dispositivos y créditos contraídos por el deudor con posterioridad a la propia anotación, dotada de *fides pública* registral (art. 71 LH).
- Constituyen un propio y verdadero *ius ad rem* de garantía, sobre los créditos y actos dispositivos realizados por el deudor con anterioridad a la anotación, porque al gozar de las ventajas del principio de publicidad, impone a los terceros posteriores las consecuencias de la acción ejercitada, sin perjuicio del libre juego de tercerías y preferencias respecto a la relación básica que origina el embargo y su anotación (art. 44 en relación con el párrafo final del art. 38 LH).

5. EL LLAMADO EFECTO REAL RELATIVO DE LA ANOTACIÓN DE EMBARGO EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

Es la posición doctrinal que podemos calificar de tradicional, la más generalizada y a la que se vuelve, con diversas matizaciones, en los estudios recientes sobre anotación de embargo. Veamos algunas variantes.

a) *Carece de rango preferente sobre anteriores actos dispositivos y créditos anteriores de carácter preferente.* Es la posición de don RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE en la quinta edición de su tratado de *Derecho Hipotecario* (18).

En su magnífico estudio de 1997, sitúa PLÁCIDO PRADA ALVAREZ BUYLLA (19), en la que llama *primera generación* de estudiosos de los problemas de la anotación de embargo, a don RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE. En la segunda edición de sus *Instituciones de Derecho Hipotecario*, apenas hace mención de las anotaciones de embargo. Al referirse a los efectos dice: «sólo producen el efecto de anteponerse a los títulos otorgados con posterioridad, pero no prevalece sobre los actos de disposición otorgados anteriormente, aunque no estén inscritos, ni atribuyen preferencia respecto a los negocios obligacionales precedentes. El anotante no puede apoyarse en el contenido del Registro y por consiguiente no puede rechazar un título de fecha anterior no inscrito. Así se establece en el artículo 44 LH... La anotación... sólo atribuye preferencia al derecho anotado, es decir, sólo le preserva de las obligaciones o enajenaciones otorgadas por el deudor con posterioridad a la fecha de la anotación preventiva».

En la edición de 1946 las anotaciones de embargo empiezan a adquirir protagonismo. Afirma que la fe pública actúa en las hipotecas en todas su extensión, pero no ocurre lo mismo en las anotaciones de embargo, pues en ellas respecto de los actos dispositivos anteriores, aunque no estén registrados, no actúan los artículos 32, 34, y 37 LH... «sólo se anteponen a los títulos otorgados con posterioridad a ellas, pero no prevalecen sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente, aunque no estén inscritos, ni atribuyen preferencia al crédito objeto de la anotación respecto de los créditos o negocios obligacionales precedentes...»

En el pensamiento de ROCA SASTRE los efectos de la anotación de embargo no eran absolutos, no eran semejantes a los de un derecho real ni comparables a los de la hipoteca. La anotación de embargo tan sólo desarrollaba plena efectividad respecto a los derechos nacidos con posterioridad a su práctica; el anotante no podía apoyarse en el contenido del Registro, no podía gozar de los efectos del principio de prioridad del artículo 17 LH, ni de los de la fe pública del artículo 34, pues el derecho del anotante no tenía el carácter de un verdadero derecho real.

(18) *Derecho Hipotecario*, 5.^a edición, tomo III, pág. 496. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1954. Es la edición del gran maestro por la que siento especial predilección doctrinal y científica.

(19) «Registro de la Propiedad y anotaciones de embargo». En el libro *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1997, págs. 331 a 380.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO (20), aunque da acogida sin restricciones al concepto del tercero latino del artículo 32, no obstante, en materia de anotaciones de embargo y sus efectos, se alinea en la postura tradicional de limitar sus efectos y preferencia a los créditos y derechos nacidos con posterioridad, apoyándose en la interpretación convencional de los artículos 44 LH y 1.923 del Código Civil y Resoluciones 29-10-62 y 9-11-65.

b) *Ni crea un derecho real ni le son de aplicación los principios hipotecarios*

RAFAEL RIVAS TORRALBA (21) destaca estos aspectos:

- *La anotación de embargo no crea ni constituye un verdadero derecho subjetivo privado de carácter o naturaleza real.* Parte de la doctrina tradicional sobre la eficacia real relativa de la anotación de embargo, en cuanto que sólo otorga preferencia frente a mutaciones jurídico-reales producidas y derechos de crédito nacidos con posterioridad a la anotación, apoyada en la Exposición de Motivos de la LH 1861 y en los actuales artículos 38, 44 y 71 LH y 1.923.4.º del Código Civil, así como las orientaciones modernas sobre aplicación a las anotaciones de embargo de los principios de legitimación, prioridad y fe pública, la naturaleza real y el efecto real absoluto y la asimilación en cuanto a sus efectos a la hipoteca. Pero reconoce el autor que este último no es un criterio generalizado y la mayoría de la doctrina no acepta la idea de que mediante la anotación de embargo surja un verdadero derecho real de garantía (22).
- *Los principios de inoponibilidad y fe pública no juegan a favor del acreedor que ha obtenido anotación de embargo.* Señala los siguientes puntos:
- La presunción de «existencia» y «pertenencia» de los derechos inscritos (art. 38 LH) no se da respecto de los derechos anotados.

(20) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, *Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch, Barcelona, 1977.

(21) *Anotaciones de embargo II*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1994, págs. 61, 69, 87 y 95 y sigs.

(22) La STS de 16-6-98 declara que *la anotación de embargo no es un derecho real, ni altera la naturaleza del crédito*. Ahora bien, da preferencia para el cobro de la deuda cuyo pago se persigue sobre cualquier otro derecho que haya nacido con posterioridad a la traba. Por otro lado, nace de la decisión judicial, no de su constatación en el Registro de la Propiedad a través de la correspondiente anotación que impone el artículo 1.453 LEC, por lo que ésta no tiene carácter constitutivo.

- El anotante no es un tercero hipotecario: el artículo 34 LH se refiere al adquirente «que haya inscrito» su derecho (STS 12-12-88, 16-2-90 y 19-11-92).
- Los derechos no anotados no perjudican a tercero (art. 32 LH). Los anotados pueden hacerse valer contra terceros adquirentes en cuanto producen el efecto negativo de eliminar su posible buena fe e impedir que puedan ampararse en los beneficios del principio de fe pública.
- Los efectos del principio de prioridad se manifiestan de forma parcial o limitada: no se produce el efecto de cierre; y el efecto de rango o preferencia sólo se produce en cuanto a créditos posteriores (art. 44 LH).

PLÁCIDO PRADA ALVAREZ-BUYLLA (23) llega a las siguientes conclusiones:

- Sigue vigente la Exposición de Motivos de la Ley de 1861.
- El embargo no crea un derecho real, no convierte en real lo que antes no tenía este carácter y, por tanto, no le es de aplicación el artículo 34 LH.
- La anotación de embargo no tiene carácter constitutivo del embargo, que nace por la mera traba judicial, y ni siquiera es obligatoria (en contra de los arts. 43 LH, 1.409 y 1.453 LEC, 68 Ley Hipoteca Mobiliaria), pues es posible la ejecución forzosa, propia del embargo, sin haberse practicado la anotación.
- La anotación de embargo no asegura un crédito específico, sino una cuota de valor en cambio de un bien.
- La anotación de embargo determina dos consecuencias importantes:
 - a) Definición de dos planos de ordenación de los derechos que dan lugar a dos prioridades, la civil o sustantiva y la formal o registral que tienden a converger en una sola, bien porque la formal, al no haber sido ejercitada oportunamente la sustantiva, se convierta en sustantiva; o bien porque, ejercitada la sustantiva, desaparezca la formal.
 - b) Fijación de una fecha que será trascendental para determinar las consecuencias jurídicas ulteriores.
- Los efectos de la anotación de embargo no son absolutos ni comparables a los de las inscripciones de derechos reales.
- En el supuesto de *conurrencia de acreedores* —y sólo de acreedores— la prioridad sustantiva se ordena por el artículo 1.923.4.º del Código Civil, es decir, la fecha de nacimiento de los créditos y no la

(23) «Registro de la Propiedad y anotaciones de embargo». En el libro *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1997, págs. 331 a 380.

de las anotaciones. La prioridad formal, en cambio, se ordenará por las propias del sistema hipotecario (arts. 17, 24, 25 LH).

- Si *concurren adquirentes del dominio y créditos anotados*, el adquirente más antiguo tiene dos opciones: a) Ejercitar la tercería de dominio, en cuyo caso la anotación no está amparada ni por el artículo 34, ni por el artículo 38,1, ni por el artículo 17. b) No ejercitar la tercería de dominio, en cuyo supuesto su prioridad sustantiva cederá ante la formal y perderá su prelación, por haber creado una apariencia registral de prioridad, amparada por la presunción del artículo 1.3.º y por el principio de inoponibilidad del artículo 32 LH.
- En el supuesto de concurrencia de créditos anotados con créditos hipotecarios y con créditos anotados con posterioridad a los hipotecarios, pero preferentes al anotado con anterioridad, el criterio ordenador de su preferencia es el rango registral.

En la misma línea hay que situar a JUAN MANUEL REY PORTÓLES (24) que llega, por su parte, a las siguientes conclusiones:

- Frente a la moderna concepción de la eficacia real plena de la anotación preventiva de embargo (ALVAREZ CAPEROCHIPI, FRANCO ARIAS, GARCÍA GARCÍA), en el plano constituido, es más acertada la interpretación tradicional de su eficacia sólo relativa.
- Siguen vigentes las razones de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, al menos en la mera colisión entre créditos, aunque fue desafortunada la redacción de su artículo 44, al atribuir una mínima preferencia inmobiliaria al crédito con embargo anotado, no tenida en cuenta en la regulación del concurso por la LEC de 1881, ni en la del concurso por el CoCo de 1885.
- En cambio, sí aprecia este efecto prelativo el Código Civil en el artículo 1.923.4.º, frente a créditos nacidos con posterioridad a la anotación, interpretación que permite su conciliación con el artículo 1.927.11.2.^a y que confirma el artículo 145 RH.
- La eficacia relativa de la anotación de embargo no está reñida con una prioridad formal que debe ser tenida en cuenta por el Registrador, en tanto no se desvirtúa por los cauces oportunos. Pero no es suficiente para que le sean de aplicación los principios de legitimación, prioridad sustantiva (o definitiva), inoponibilidad y fe pública registral.

(24) *Prelación de créditos con embargo anotado* (arts. 1.923.4.º y 1.927,11,2.º del Código Civil). Centenario de la Ley de Bases del Código Civil (Ciclo de Conferencias). Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1989, págs. 343, 396 y sigs.

c) *Aplicación del principio de inoponibilidad*

DÍEZ-PICAZO (25) acepta los efectos tradicionales, al afirmar que no alteran la naturaleza del derecho anotado, ni crean un derecho de garantía donde antes no lo había, ni producen los efectos legitimadores del artículo 38 LH y al estimar que el principio de prioridad del artículo 17 LH sólo juega cuando lo anotado preventivamente son títulos traslativos del dominio o de los derechos reales y que el rango juega también muy limitadamente, pues el acreedor que obtiene anotación de embargo tiene, según el artículo 44 LH, la preferencia del artículo 1.923.4.º del Código Civil, es decir, sólo en cuanto a créditos posteriores. No obstante, se separa de la posición tradicional al entender que el derecho anotado perjudica a tercero y a la inversa, por aplicación del artículo 32 LH.

Cercana a la línea de DÍEZ-PICAZO es la que he mantenido en trabajos anteriores (26) sobre el alcance de la publicidad sustantiva registral en las

(25) Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «Las anotaciones preventivas», en *Revista Derecho Notarial*. Año XII, núm. XLIV, abril-junio 1964, págs. 7 y sigs.

(26) Puede verse mi libro *Derecho Registral Inmobiliario. Para iniciación y uso de universitarios*. Vol. II, págs. 808 y sigs. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1994.

En cuanto a la aplicación de los principios de legitimación y fe pública, escribíamos lo siguiente: Principio de legitimación registral. La aplicación al titular anotante o titular de los derechos asegurados por la anotación del principio de legitimación registral hay que conectarla con la naturaleza misma del derecho que se protege. Cuando, en el apartado anterior, nos referíamos a la posibilidad de constancia registral de los actos de transferencia o gravamen de aquellos derechos, en el caso de que sean de naturaleza real o tengan, al menos, vocación al derecho real, en realidad, estábamos afirmando uno de los efectos sustantivos esenciales del principio de legitimación: la facultad dispositiva del titular registral. Ciertamente, no parece procedente generalizar sobre las demás consecuencias sustantivas y procesales del principio, que parten de derechos inscritos y no meramente anotados.

Principio de fe pública registral. Sobre la extensión al anotante de los efectos derivados de la fe pública registral, debemos citar:

— La STS de 13 de febrero de 1988, que aplica a una anotación preventiva de embargo el principio del artículo 34 LH, considerando al anotante como si fuera un adquirente del derecho real que anota su derecho confiado en lo que dice el Registro. Por ello —como dice GARCÍA GARCÍA—, se le aplican los principios registrales, doctrina progresista aislada, pero que tiene su apoyo en la naturaleza de la anotación de embargo y en el texto del artículo 1.927.2.º del Código Civil.

— La STS de 10 de febrero de 1990 (que cita, además, como precedente, entre otras, la de 12 de diciembre de 1988), declara, no obstante, que el que anota un embargo, no adquiere el carácter de tercero hipotecario, pues, para que el embargo sea eficaz, ha de versar sobre bienes propios del embargado y, si han perdido este carácter, es ineficaz, aunque contradiga la apariencia registral.

— La RDGRN de 30 de junio de 1989, que considera que el tercer poseedor de bienes anotados no puede desconocer la existencia del procedimiento de ejecución, dado que la anotación ya se había practicado al inscribir su adquisición; por ello, no es necesario que se le notifique, además, en trámites del procedimiento ejecutivo ordinario, aunque su inscripción sea anterior a la nota acreditativa de la expedición de la certificación de

anotaciones preventivas, es decir, si el anotante, si el derecho que asegura la anotación preventiva, gozan o no, siquiera sea provisoriamente, de los efectos protectores que el sistema registral de publicidad concede a los derechos inscritos definitivamente.

Respecto de la eficacia del principio de inoponibilidad registral, es de destacar que el fundamental texto de la Ley Hipotecaria, el artículo 32, que proclama este principio, incluye para su aplicación no sólo a los títulos inscritos, sino también a los anotados. Además, en el artículo 69 de la propia Ley, y según doctrina muy autorizada (LACRUZ, CARRETERO; en contra, PAU PEDRÓN), se contiene una específica aplicación del principio de oponibilidad a las anotaciones preventivas: «El que, pudiendo pedir anotación preventiva de su derecho, dejase de hacerlo..., no podrá después inscribirlo o anotarlo a su favor en perjuicio de tercero (inoponibilidad) que haya inscrito...»

III. LA ANOTACIÓN DE EMBARGO Y LOS ACTOS DISPOSITIVOS DE LOS INMUEBLES O DERECHOS REALES ANOTADOS

Dice el artículo 71 LH: «Los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación.»

Explica JUAN SARMIENTO RAMOS (27) sobre la *alienabilidad* del bien trabado o si el embargo conlleva una verdadera prohibición de disponer, que la Ley de 1909 supuso el tránsito de la inalienabilidad a la alienabilidad (art. 16, hoy art. 38 LH).

cargas. Esto supone atribuir al derecho del anotante los efectos *erga omnes* o publicidad material, propios de un derecho real inscrito.

Posteriormente, la STS de 19-5-97 declara que el anotante no goza de la protección del principio de fe pública registral, por lo que prevalece la transmisión anterior al embargo, aunque aquélla se inscriba con posterioridad a la anotación de éste. Sí goza de protección el adjudicatario, por lo que no le será oponible la transmisión que, siendo anterior al embargo, no se hubiera inscrito.

Y las STS de 16-2-90, 19-2-92, 22-2-95, 27-1-97 y 19-5-97 declaran que la anotación de embargo no atribuye a su titular la condición de tercero protegido por el artículo 34 LH. El anotante no adquiere ningún derecho real sobre un inmueble; por ello su anotación puede decaer ante una tercera de dominio..., si se demuestra que la cosa embargada no pertenece al titular registral..., aún con base en un documento privado... Todo documento privado es apto para en unión de las demás pruebas, desvirtuar la presunción de legitimación registral de que goza el titular inscrito.

(27) *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993.

Se plantea la operatividad del precepto RAFAEL RIVAS TORRALBA (28): La anotación de embargo no cierra el Registro, pero el derecho adquirido con posterioridad a la anotación se halla supeditado al resultado del proceso; es decir, los actos dispositivos que efectúe el ejecutado serán válidos y eficaces, pero resultarán inoponibles respecto de la ejecución. La anotación de embargo contamina los asientos posteriores cubriéndolos con un velo de cancelabilidad.

El autor completa esta regla general con una serie de supuestos concretos, según el orden que sigan los distintos negocios jurídicos procesales y registrales:

1. *Embargo. Anotación. Acto dispositivo. Inscripción.* Supuesto de típica aplicación de los artículos 44 y 71 LH, produce los siguientes efectos: el adquirente no puede interponer tercera de dominio, pues no es dueño en el momento en que se decreta la traba; el asiento extendido a su favor podrá ser cancelado por la vía del artículo 175.2.^a RH (R. 16-7-87); no es necesario que el adquirente haya sido notificado de la existencia del procedimiento, aunque la inscripción de su título sea anterior a la fecha de la expedición de la certificación de cargas (R. 3-6-89).

2. *Acto dispositivo. Inscripción. Embargo.* Si el acto dispositivo es anterior a la traba y es objeto de presentación (e inscripción posterior) antes de que llegue al Registro el mandamiento ordenando la anotación, ésta será denegada, si bien la traba no pierde eficacia por la denegación de la anotación. Y será el propio adquirente y titular registral anterior al embargo el que habrá de solicitar el alzamiento de la medida procesal, para lo cual el artículo 38.III LH le ofrece la vía simplificada de la «tercera registral».

3. *Acto dispositivo no inscrito. Embargo por deudas del titular registral. Anotación. Inscripción del acto adquisitivo anterior a la traba.* La solución generalizada es que el adquirente anterior a la traba debe quedar a salvo de las consecuencias del embargo y su anotación: solamente deben embargarse bienes del deudor (art. 1.911 del Código Civil); la eficacia de la anotación es relativa y no alcanza a los actos dispositivos anteriores (art. 44 LH); el adquirente rezagado no es tercer poseedor de bienes anotados (art. 38 *in fine*); no cabe, pues, cancelar la inscripción del adquirente anterior (que inscribe después de la anotación); y esta inscripción impide la inscripción a favor del adjudicatario en la subasta (art. 20 LH).

Las discrepancias de la doctrina sobre los medios de defensa del adquirente anterior —hay, en cambio, unanimidad en cuanto a que no debe resultar afectado por la traba— las resuelve estimando que, frente al embargo indebido, el adquirente retrasado cuenta con los siguientes recursos: la tercera de

(28) *Anotaciones de embargo II*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1994, págs. 61, 69, 87 y 95 y sigs.

dominio; el juicio declarativo sobre nulidad de actuaciones, cuando no haya tenido conocimiento ni oportunidad de intervenir en el juicio ejecutivo, viéndose privado de acudir a la tercera; las acciones declarativas del dominio y reivindicatoria contra el adjudicatario (STS 11-4-92); las acciones indemnizatorias, por enriquecimiento sin causa, contra el deudor ejecutado, cuyo pasivo disminuye por el pago hecho al acreedor ejecutante con la realización de bienes pertenecientes a un tercero.

4. *Embargo. Acto dispositivo. Anotación. Inscripción.* Aunque cabe aplicar los argumentos anteriores, la posición del adquirente está más debilitada, al ser la adquisición posterior a la traba y, por tanto, todo dependerá de la eficacia que se reconozca al embargo no anotado. Si no se le reconoce eficacia real, el acto dispositivo posterior al embargo y anterior a su anotación no resulta afectado ni por ésta ni por aquél (R. 13-12-74).

Sin embargo, la DGRN (RR. 6-9-88 y 12-6-89) no sigue este criterio. Admitida la trascendencia real del embargo y negado el carácter constitutivo de la anotación declara:

- La preferencia que a la anotación otorgan los artículos 44 LH y 1.923 del Código Civil frente a créditos y actos dispositivos posteriores, no significa que los anteriores a la anotación hayan de ser preferentes siempre.
- La colisión entre embargo no anotado y acto dispositivo sobre el bien embargado se decidirá, al afectar al campo de los derechos reales, según el principio *prior in tempore*, a salvo el derecho del tercero hipotecario.
- Puesto que la venta posterior al embargo no puede quedar protegida ni por el principio de prioridad ni por la fe pública (al estar ya anotado el embargo al tiempo de la inscripción de la venta), no cabe denegar la inscripción del auto de adjudicación, siempre que previamente se cancele el asiento relativo a la venta intermedia por la vía legalmente establecida.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS (29) afirma la indudable preferencia de la adquisición anterior sobre la anotación de embargo practicada. La vía oportuna para decidir la cuestión es la judicial y el lugar el artículo 38 LH al que propone añadir algunos párrafos que recojan el procedimiento y cuya esencia es la siguiente:

«Si la adquisición que se inscriba en el Registro después de la anotación fuera anterior a la fecha de ésta, una vez que tal circunstancia conste en el Juzgado que entienda del procedimiento, bien por haberse cumplido lo establecido

(29) «¿La imparable ascensión de la anotación preventiva de embargo?», en *RCDI*, enero-febrero 1994, núm. 620, págs. 53 a 90.

en el artículo 1.453, párrafo dos LEC, bien porque al llegar al Registro la adquisición producida en aquel procedimiento el Registrador debió comunicar al Juzgado la existencia de aquella inscripción de adquisición, la autoridad judicial con citación y audiencia de todos los interesados, decidirá lo procedente, con determinación de los asientos que hayan de practicarse o cancelar.»

Esta resolución sería ejecutiva, sin perjuicio del declarativo correspondiente y de la anotación de la demanda de éste, que si hubieran de promoverlo el anotante o el adjudicatario, podrán solicitar también la indemnización de los daños y perjuicios causados.

La misma solución se aplicaría a las anotaciones de demanda cuando existan asientos posteriores pero basados en títulos de fecha anterior.

ALFONSO RENTERÍA AROCENA (30) parte de la que llama *tesis tradicional*: El artículo 1.911 del Código Civil dice que «Del cumplimiento de las obligaciones responde *el deudor* con todos sus bienes presentes y futuros». En consecuencia, cuando se embargan bienes que no son propios del deudor, no responde con ellos frente a los acreedores, sino con los suyos propios. Se dice: El que no ha reflejado diligentemente su derecho en el Registro (adquirente anterior que inscribe después) no puede pretender apoyarse en el mismo para invocar su defensa; el retraso desleal en el ejercicio de los derechos es un supuesto de abuso contrario a la buena fe (art. 7 del Código Civil). El Registro de la Propiedad no es la institución llamada a resolver las cuestiones de preferencia sustantiva, que están reservadas a la jurisdicción ordinaria. El adquirente anterior, para la conservación de su derecho, debe ejercitar la acción de tercería de dominio (arts. 1.532 y sigs.) o, en su defecto, el juicio declarativo contra quien corresponda.

La llamada *tesis innovadora* o renovadora se ha visto apoyada por algunas RR de la DGRN que consideran procedente la cancelación, en virtud del oportuno mandamiento, de la inscripción posterior a la anotación de embargo aunque publique aquélla enajenaciones anteriores a la fecha de esta última.

En consecuencia:

- La cancelación de la inscripción de una enajenación anterior a la anotación preventiva de embargo ordenada por el artículo 175.2.^a RH no viene exigida por la reforma del artículo 1.518 LEC por la Ley 10/1992, de 30 de abril.
- El nuevo artículo 175.2.^a RH consagra reglamentariamente una opinión doctrinal contraria a las tesis de la DGRN hasta 1988.
- La reforma del artículo 175.2.^a no impide que el adquirente anterior a

(30) «Efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de enajenaciones anteriores a la anotación preventiva de embargo». Libro *Homenaje a José María Chico Ortiz*

la anotación acuda a la jurisdicción ordinaria en demanda de su preferencia sobre el rematante o adjudicatario que podrán ver cancelada su inscripción.

- El artículo 175.2.^a actual es nulo de pleno derecho por infringir el artículo 82.1 y 2 LH. De los artículos 44 y 71 LH y 1.923.4 del Código Civil parece deducirse una solución contraria al artículo 175.2.^a
- Se obliga al titular registral a iniciar una tercería de dominio cuando el mismo está proclamado *prima facie* frente a todos como propietario ex artículo 38 LH.

Por último, JUAN SARMIENTO RAMOS (31), el problema de las *enajenaciones anteriores a la traba que se inscriben después de la anotación*, lo resuelve recordando que el anotante no está protegido por la fe pública registral y, por tanto, dichas enajenaciones gozan de prioridad sustantiva. No obstante, para hacerla efectiva, no basta la sola inscripción de la enajenación, sino que debe hacerse valer mediante la oportuna tercería de dominio. La ejecución por una acción personal conlleva la cancelación de toda carga o gravamen posterior, aunque proteja un crédito preferente. La ejecución de una hipoteca permite la subsistencia de un embargo anterior en garantía de un crédito de peor condición.

IV. DURACIÓN Y CADUCIDAD DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El problema de la duración y caducidad de las anotaciones viene siendo una cuestión de gran importancia práctica para la efectividad de las anotaciones en general y muy especialmente de la de embargo, que ha dado lugar a varias reformas de la LH y del RH (arts. 86 LH, 199 y 355 RH), al establecimiento de un régimen especial de caducidad, introducido por la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley de 1946, y más recientemente a la reforma del artículo 86 LH (Disposición Final octava de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

Al comentar el Reglamento Hipotecario de 1947, decía RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL (32) que la doctrina de la cancelación de las anotaciones había

(31) *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993.

(32) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*. Segunda Parte: Modificaciones, pág. 237. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. Madrid, 1949.

perdido importancia, toda vez que la nueva legislación, consecuente con el carácter de asiento provisional, ha ordenado categóricamente su caducidad y consiguiente cancelación transcurrido cierto lapso de tiempo: El artículo 77 LH declara la extinción de las anotaciones por caducidad, entre otras causas, y el artículo 86 LH dispone la caducidad general de las anotaciones a los cuatro años de su fecha, prorrogables por cuatro años más.

Al problema de la duración de las anotaciones preventivas dedica en 1940 en la REVISTA CRÍTICA un breve trabajo FEDERICO CASTEJÓN (33). Explica que, entre los anteproyectos de leyes que, en plena guerra civil (1938), preparó la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de FET y de las JONS, se encontraba un Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, que trataba el tema de la duración de las anotaciones preventivas.

Según los artículos 82 de la LH de 1909 y 164.7.º RH de 1915, las anotaciones preventivas hechas en virtud de mandamiento judicial sólo se cancelaban por providencia ejecutoria; y si bien la duración máxima del embargo no debía de exceder de los plazos marcados para la caducidad de la instancia, lo cierto es que la caducidad unas veces no se declara de oficio, cual se debiera (art. 413 LEC), y otras se olvida de extinguir las medidas provisionales acordadas.

En el anteproyecto (art. 745) se establece una duración máxima para toda medida precautoria, alcanzada la cual caducará. Este plazo no podría ser superior a *seis meses*, pasado el cual cesaría «automáticamente la medida acordada...», si no se hubiese entablado procedimiento para ratificarla o revocarla».

Medida útil y perentoria, con la que se contribuía a «sanear» nuestros Registros territoriales.

2. LA CADUCIDAD DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS, UN LOGRO DE LA LEY DE REFORMA HIPOTECARIA DE 1944-46

Introduce en los nuevos artículos 86 LH y 199 RH la caducidad general de las anotaciones preventivas a los cuatro años de su fecha, prorrogables por cuatro años más y con la posibilidad de que dicha caducidad pueda hacerse constar en el Registro a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado. El artículo 355 (hoy 353.3) reguló, además, la cancelación «de oficio» por el Registrador, y la reforma del RH de 17 de marzo de 1959 introduce un segundo párrafo al artículo 199, estableciendo la caducidad indefinida de las anotaciones decretadas por la autoridad judicial hasta que

(33) FEDERICO CASTEJÓN, «De la duración de la anotación preventiva en el proyecto falangista para enjuiciamiento civil», en *RCDI*, núm. 141, febrero de 1940, págs. 34 y 35.

recaiga resolución definitiva firme en el procedimiento en que la anotación y su prórroga hubieren sido decretadas.

El establecimiento de la caducidad de las anotaciones preventivas fue uno de los logros más importantes de la Ley de Reforma de 1944, con vistas al saneamiento del Registro (34). Sus instrumentos legales generales (aparte la caducidad especial de algunas anotaciones), en el Texto Refundido de 8 de febrero de 1946, son principalmente dos:

- Disposición Transitoria segunda: «Habrán incurrido en caducidad y, por tanto, se cancelarán, a instancia de parte interesada, las anotaciones preventivas que en 1 de julio de 1945 cuenten quince años o más de fecha. Las anotaciones preventivas que en el mismo día tengan dos o más años y menos de quince de fecha podrán ser objeto de una prórroga cuadrienal única, dentro de los dos años siguientes, y, transcurrido este plazo o la prórroga en su caso, caducarán y serán canceladas a instancia de parte interesada. Las anotaciones preventivas de menos de dos años de fecha, al entrar en vigor esta Ley, se registrarán por las prescripciones del artículo 76 (se recoge erróneamente el número de la Ley de Reforma de 1944; debe decir 86) de la misma.»
- Artículo 86: «Las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de su fecha, salvo aquéllas que ten-

(34) En el Proyecto de Ley remitido a las Cortes Españolas por el Consejo de Ministros, el 26 de mayo de 1944, se decía: «Con idéntica aspiración (acabar con el farragoso lastre de cargas que continúan mencionándose y arrastrándose) se admite la caducidad de las anotaciones, pasado cierto plazo,..., coadyuvando así a la urgente e imprescindible tarea de saneamiento del Registro.» Este texto se reproduciría después literalmente en la Exposición de Motivos de la Ley.

En el discurso del Presidente de la Comisión de Justicia, al presentar el Proyecto de Ley de Reforma a las Cortes, se justificaba la implantación de la caducidad de las anotaciones de la siguiente manera: «Las anotaciones preventivas, tanto por su naturaleza como por su fin, son asientos de carácter transitorio. Lo mismo si se acepta la teoría de que reflejan meras vocaciones al derecho real, como la de que son supervivencias de antiguas cauciones, es indudable que se trata de situaciones provisionales, inaptas para perpetuarse en el Registro. El régimen ahora vigente admite ya, en algunos casos, la caducidad de las anotaciones; pero la cancelación de la mayoría de ellas exigía una providencia de la misma autoridad que hubiese ordenado su constitución, lo que generalmente daba lugar a que el titular de la finca o derecho sobre el cual se había impuesto la anotación se viese obligado, supliendo una manifiesta negligencia, a solicitar la cancelación de un acto que, sobre no haberlo solicitado, perturbaba su propia situación hipotecaria. Era pues necesario, tanto por el carácter provisional de dichos asientos, como para obviar las anomalías mencionadas, que se estableciera un plazo de caducidad lo suficientemente largo a fin de evitar que quedasen indefensas situaciones dignas de protección, pero impidiendo a la vez que por la pasividad o mala fe del que las hubiese solicitado, llegasen a perturbarse situaciones jurídicas que razones de interés particular y del tráfico inmobiliario imponen considerar como meramente transitorias.»

gan señalado en la Ley un plazo de caducidad más breve. No obstante, a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron, podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que la prórroga sea anotada antes de que caduque el asiento. La caducidad de las anotaciones preventivas se hará constar en el Registro a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado.»

Una de las más importantes novedades de la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 fue, ciertamente, someter a caducidad, por primera vez en nuestro Derecho Registral, el asiento de anotación preventiva: «Las anotaciones preventivas, cualesquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de su fecha, salvo que sean objeto de caducidad especial. No obstante, a instancia de los particulares o por mandato de las autoridades que las decretaron, podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que la prórroga sea anotada antes de que caduque el asiento. La extinción por caducidad de las anotaciones preventivas se hará constar en el Registro a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado» (art. 76, párr. 2.º y 3.º, que pasarían a ser el art. 86 del Texto Refundido de 1946).

Las cuestiones de Derecho intermedio se resolvían en la Disposición Transitoria 6.^a que, sustancialmente, pasaría a ser la Disposición Transitoria segunda del Texto de 1946, antes transcrita. Es de observar que el plazo de caducidad de quince años que se fija para las anotaciones de quince o más años es el genérico de las acciones personales del artículo 1.965 del Código Civil.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL (35) explicaba que la reforma era plausible, por responder a las razones de purga del Registro, y no había argumentos para mantener la legislación anterior que, a pesar del carácter transitorio, temporal y efímero de las anotaciones preventivas, no regulaba su caducidad, con lo cual se eternizaban asientos sin eficacia posible.

Se quiso ver contradicción —decía BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ (36)— entre el artículo 83 de la Ley —en cuanto exige mandamiento judicial y providencia ejecutoria para la cancelación— y el artículo 86, al establecer la caducidad de las anotaciones a los cuatro años de su fecha «cualquiera que sea su origen». Sin embargo el artículo 83 regula una cancelación procesal y

(35) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*. Segunda Parte: Modificaciones, pág. 237. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. Madrid, 1949.

(36) De BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ deben citarse dos trabajos en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*:

— *Cuestiones de caducidad hipotecaria: la rogación y el impuesto*, núms. 243-244, agosto-septiembre 1948, págs. 567 a 571.

— *La cancelación de cargas caducadas en el Registro de la Propiedad y algunos de sus problemas*, núms. 414-415, noviembre-diciembre 1962, págs. 812 a 839.

se refiere al juego normal de los títulos que producen cancelación. El artículo 86 contempla el caso anormal o especial de cancelación por caducidad, sin título, que es también aplicable a las anotaciones decretadas por la Autoridad judicial (Sentencia TS de 28 de enero de 1960).

Dos Resoluciones muy posteriores de la DGRN confirmarían esta interpretación. La Resolución 7-2-86 declara que la cancelación de la anotación practicada en virtud de mandamiento judicial sólo puede llevarse a cabo por igual documento. La de 26-6-86, por su parte, expresa que la cancelación por caducidad es también aplicable a las anotaciones practicadas en virtud de mandamiento judicial.

Respecto del cómputo del plazo de caducidad, RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL (37) estudia las que llama «fecha propia» y «fecha efectiva» de los asientos, a la vista, de una parte, de los artículos 24 y 25 («Se considera como fecha de la inscripción la del asiento de presentación...»); y, de otra, las que se exigen para las distintas clases de asientos en los artículos 9.7.º LH, 51.14 RH (inscripciones), 156 RH (notas marginales) y 166 RH (anotaciones). Aunque la regla general en orden a la producción de efectos es la atención a la «fecha efectiva» o fecha del asiento de presentación (38), hay determinadas excepciones en favor de la «fecha propia», entre las que se encuentra la caducidad de las anotaciones en general (art. 86 LH) (39).

(37) «Meditaciones hipotecarias. Fecha de los asientos registrales», en *RCDI*, noviembre-diciembre 1954, núms. 318-319, págs. 872 a 885. De todas formas, defiende el criterio de «unidad de fecha» (y no las varias que correspondan a la efectiva conclusión de los respectivos asientos) en el caso de número extraordinario de inscripciones o diversas operaciones producidas por un mismo título y un solo asiento de presentación, para evitar problemas, dudas y vacilaciones que, reconoce, se dan con mayor frecuencia en materia de anotaciones (duración, suspensión, prórrogas).

Puede verse sobre esta cuestión mi libro *La demanda de inscripción en el Registro de la Propiedad (Principios. Rogación. Presentación)*, Atelier Civil, Barcelona, 1999, págs. 135 y sigs.

(38) La Resolución de 11-11-94 declara que el plazo de cuatro años de vigencia de las anotaciones ha de entenderse, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.º del Código Civil, en el sentido de que el día equivalente al inicial del cómputo forma parte de él, de modo que hasta las 24 horas del mismo no puede tenerse por caducada la anotación. Y la STS de 16-6-98, mantiene, en contra del criterio consolidado de la doctrina y de la DGRN, que «el plazo de caducidad de la anotación, según los artículos 24, 25, 17 y 86 de la Ley Hipotecaria, comienza en la fecha del asiento de presentación...»

(39) Otras excepciones (DE LA RICA, cita anterior) recogidas por el mismo autor en favor de la «fecha propia» que cumplen un importante papel en el cómputo de plazos son: plazo del retracto legal (art. 1.524 del Código Civil); suspensión de efectos de las inscripciones de inmatriculación (205 y 206 LH); caducidad de las inscripciones de inmatriculación (art. 205 LH, en relación con el art. 298 RH, anterior a la reforma del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre); caducidad de inscripciones de hipotecas (Disposición Transitoria tercera de la LH); y duración de las anotaciones de suspensión por defecto (art. 96 LH) o de legados (art. 87 LH).

JESÚS ACEDO PÉREZ (40) plantea el problema de la retroactividad de la norma que estableció su caducidad en 1944-46. Según el sistema de la LH de 1909, las anotaciones preventivas sólo se extinguían por su cancelación en virtud de mandamiento judicial firme, por consentimiento del anotante o por su caducidad (las que eran caducables, pues ni había un plazo general de caducidad como el del actual art. 86 LH, ni existía la cancelación de oficio del art. 355, actual 353.3 RH).

La Disposición Transitoria 2.^a de la Ley de 1946 establece la caducidad de las anotaciones preventivas que en 1 de julio de 1945 cuenten con quince o más años de fecha. El efecto retroactivo de la Disposición Transitoria 2.^a LH es de los llamados fuertes y se funda en una presunción *iuris et de iure* establecida por la ley: la presunción de que las relaciones jurídicas que formaban parte de su contenido se han agotado y, al tratarse de un asiento de duración limitada que consigna situaciones muertas para el mundo del Derecho, lo procedente es cancelarlas.

3. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 199 RH POR EL DECRETO DE 17 DE MARZO DE 1959

El plazo de cuatro años —e incluso la prórroga por otros cuatro— era un plazo breve en relación con la duración de algunos procedimientos. La Reforma del Reglamento Hipotecario de 1959, por esta razón, estableció la duración de las anotaciones ordenadas y prorrogadas por la autoridad judicial «hasta que haya recaído resolución definitiva firme».

Comentaba BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ (41) que, respecto de estas anotaciones, se acabó la caducidad propiamente dicha, porque ¿quién se acordará de traer al Registro la resolución definitiva firme necesaria para cancelar por caducidad? Hay que dar plenamente la razón al autor: esas resoluciones no aparecen nunca por los Registros (42).

(40) «Retroactividad de las Leyes. Anotaciones preventivas formalizadas durante el imperio de la ley antigua», en *RCDI*, marzo-abril 1958, núms. 358-359, págs. 227 a 229.

(41) De BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ deben citarse dos trabajos en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*:

— «Cuestiones de caducidad hipotecaria: la rogación y el impuesto», núms. 243-244, agosto-septiembre 1948, págs. 567 a 571.

— «La cancelación de cargas caducadas en el Registro de la Propiedad y algunos de sus problemas», núms. 414-415, noviembre-diciembre 1962, págs. 812 a 839.

(42) La Resolución de 24-5-90 reitera la exigencia de que tratándose de anotación ordenada y prorrogada por la autoridad judicial o administrativa, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 199 RH, la cancelación requerirá la justificación del término del proceso en que fueron decretadas.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO (43) recoge el pensamiento de ROCA SASTRE sobre el nuevo párrafo 2.º del artículo 199 RH en relación con la prórroga de anotaciones preventivas decretadas por la autoridad judicial (precepto introducido por la reforma del RH del Decreto 17 marzo 1959). Prácticamente, se ha eliminado la caducidad de estas anotaciones, al establecer el precepto reformado que estas anotaciones «...no se cancelarán por caducidad... hasta que haya recaído resolución definitiva firme en el procedimiento en que la anotación preventiva y su prórroga hubieren sido decretadas.» Hubiera sido más adecuado adoptar la fórmula de permitir prórrogas sucesivas cuatrienales, pues como la prórroga debe ser decretada por el Juez del procedimiento, éste no la concedería si ya estuviese concluso por haber dictado resolución firme y ejecutoria (curiosamente, al cabo de los años, ésta es la fórmula que adopta el nuevo art. 86 LH, reformado por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, que veremos).

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (44) ha planteado la cuestión de la posible inconstitucionalidad del artículo 86 LH, al establecer una sola prórroga por cuatro años más de las anotaciones —lo cual puede crear indefensión—, y la constitucionalidad del artículo 199.2.º RH, en cuanto permite la prórroga indefinida. Como soluciones había propuesto, o establecer que una vez solicitada la primera prórroga sea indefinida hasta que termine el proceso, o reformar la LH estableciendo que caben prórrogas sucesivas sin que sea una sola prórroga de cuatro años más (esto es, justamente, lo que ha hecho la Disposición Final octava de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). Por otra parte, es evidente que la exigencia de que la cancelación por caducidad hubiera de hacerse «a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado» o «a instancia de parte interesada» (art. 86 y Disposición Transitoria segunda de la Ley), pero no de oficio por el Registrador, originaba una caducidad *sui generis*, sin mucha explicación. Pero este requisito quedaría mitigado por el artículo 355 RH (hoy 353.3), al considerar como parte interesada al que solicite una certificación del Registro.

En cualquier caso, es de reseñar que el nuevo artículo 86 LH, Disposición Adicional 21.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 enero, en vigor al año de su publicación), puede decirse que ha recogido las deficiencias señaladas reiteradamente por la doctrina, al establecer que, se trate de anotaciones prorrogadas a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron, «la anotación

(43) «El pensamiento de Ramón María Roca Sastre sobre la reforma del Reglamento Hipotecario», en *RCDI*, noviembre-diciembre 1960, núms. 390-391, págs. 732 y 733.

(44) «La inconstitucionalidad de la caducidad de anotaciones judiciales, artículo 86 LH, y la constitucionalidad de la prórroga de anotaciones judiciales del artículo 199.2.º RH», en *Lunes* 4.30, 222, 1997.

prorrogada caducará a los cuatro años de la fecha de la anotación misma de prórroga», si bien «podrán practicarse sucesivas ulteriores prórrogas en los mismos términos». Y como regla general para ambas modalidades de prórroga, se mantiene la norma de que «la caducidad de las anotaciones preventivas se hará constar en el Registro a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado.»

No cabe duda de que, con esta nueva fórmula, se hará efectiva la caducidad de las anotaciones decretadas y prorrogadas por la Autoridad judicial que, hasta ahora, por las razones que han quedado apuntadas, era puramente simbólica.

4. EL ARTÍCULO 355 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1947 (HOY 353.3), INSTRUMENTO EJECUTOR DE LA CADUCIDAD (45)

a) *Fundamento.* En sus breves pero espléndidos trabajos sobre la Reforma de 1947, en lo relativo al saneamiento del Registro, tanto JUAN RUIZ ARTACHO (46) como BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ (47), criticaban duramente la exigencia de que la caducidad sólo pudiera hacerse constar en el Registro a instancia de los interesados. Su crítica la apoyaban en contundentes argumentos, que siguen teniendo plena actualidad, y que justifican la amplitud de las facultades cancelatorias que al Registrador otorgaría el artículo 355 RH de 1947.

MENCHÉN BENÍTEZ rechazaba la necesidad de rogación expresa para la cancelación de cargas caducadas, apoyándose en las diferencias entre caducidad y prescripción. La caducidad supone la extinción tajante de un derecho por el transcurso del plazo previamente fijado para su ejercicio. Cuando la Ley Hipotecaria afirma que una carga está caducada, lo que quiere decir es que ha dejado de existir para el Derecho por el mero transcurso del tiempo,

(45) Puede verse mi estudio «El saneamiento del Registro en la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número conmemorativo de los 50 años de la reforma hipotecaria de 1944. Madrid, 1995, págs. 325 y sigs. En especial, págs. 336 y sigs.

(46) JUAN RUIZ ARTACHO, «La caducidad del derecho inscrito y la de las menciones y asientos del Registro de la Propiedad. Causas que dificultan la aplicación de las tres primeras disposiciones transitorias de la vigente Ley Hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 227, abril 1947, págs. 242 a 251.

(47) BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ, trabajos citados en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*:

— *Cuestiones de caducidad hipotecaria: la rogación y el impuesto*, núms. 243-244, agosto-septiembre 1948, págs. 567 a 571.

— *La cancelación de cargas caducadas en el Registro de la Propiedad y algunos de sus problemas*, núms. 414-415, noviembre-diciembre 1962, págs. 812 a 839.

sin necesidad de cumplir ningún otro requisito, ni de intervención de nadie. En la prescripción, en cambio, el derecho solo está paralizado mediante una excepción. Resulta ilógica, desairada y hasta absurda, por totalmente ineficaz, la actuación del Registrador al arrastrar en asientos nuevos cargas caducadas. O que las certificaciones fueran repletas de gravámenes caducados, por la sola causa de que el interesado, tal vez con su malicia, no hubiese solicitado la cancelación.

Ruiz ARTACHO resumía su tesis, favorable a la cancelación de oficio por el Registrador de las cargas caducadas, con la siguiente argumentación:

- Porque no puede darse al consentimiento del interesado más importancia que al precepto legal que decreta la caducidad.
- Porque la validez y subsistencia de los asientos no es negocio privado sino de carácter público, de modo que no tiene fundamento que la sola voluntad individual pueda prolongar la vida de los asientos cuando la misma ley quiso que desaparecieran en interés general.
- Porque confiar al cuidado y diligencia (o mejor, negligencia) de los propietarios la gran obra de saneamiento del Registro es hacerla interminable.
- Porque el temor al pago del impuesto llevará también a rehuir la petición de constancia registral de la caducidad.

Faltaba el instrumento legal que autorizara a los Registradores a sanear los libros de las cargas y gravámenes caducados. Este medio fue el artículo 355 del Reglamento de 1947.

b) *Antecedentes del artículo 355 RH.* Tiene su precedente en la Real Orden de 22 de febrero de 1919, sobre cancelación de gravámenes mencionados en el Registro y procedentes de las antiguas Contadurías de Hipotecas. El texto primitivo, que estaba incluido dentro del epígrafe «Certificaciones de cargas» y que ha sido objeto de dos reformas posteriores, decía así: «Las menciones, derechos personales, legados, anotaciones preventivas, inscripciones de hipoteca o cualesquiera otros derechos que deban cancelarse o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, no se comprenderán en la certificación. A este efecto se entenderá también solicitada la cancelación que proceda por el solo hecho de pedirse la certificación y se practicará mediante la extensión de la correspondiente nota marginal cancelatoria, antes de expedirse aquélla.»

El Decreto 353/1959, de 17 de marzo, añadió lo siguiente: «Del mismo modo podrá procederse cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado.»

Este nuevo supuesto lo había propuesto MENCHÉN BENÍTEZ (en el primero de sus trabajos sobre estas cuestiones que data de 1948: ver bibliografía al final) y tuvo su justificación inmediata en el criterio de la Resolución de

9-11-55 que, en relación con el caso ya recogido de expedición de certificaciones, señaló que «la razón es idéntica y, de lo contrario, en perjuicio de la claridad del Registro, se obligaría a arrastrar unas cargas que, al certificar, deberán ser canceladas.»

Introdujo también la Reforma de 1959 un nuevo párrafo relativo a la conversión en inscripciones de dominio de las de posesión, si hubiesen transcurrido más de diez años desde que ésta fue inscrita y no existiere asiento contradictorio.

El Real Decreto 3503/1983, de 21 de diciembre, vació el artículo 355 en el artículo 353.3, quedando con la siguiente redacción: «Las menciones, derechos personales, legados, anotaciones preventivas, inscripciones de hipoteca o cualesquiera otros derechos que deban cancelarse o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, no se comprenderán en la certificación. A este efecto se entenderá también solicitada la cancelación que proceda por el solo hecho de pedirse la certificación y se practicará mediante la extensión de la correspondiente nota marginal cancelatoria, antes de expedirse aquélla. Del mismo modo podrá procederse cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado.»

«Cuando se solicite certificación de fincas que hayan obtenido la calificación definitiva de "Viviendas de Protección Oficial", no se comprenderán en aquélla, y se podrá proceder a su cancelación en la forma prevenida en el párrafo anterior, las afecciones que por este concepto sean anteriores a la nota marginal por la que se haya hecho constar en el Registro dicha calificación definitiva.»

«Cuando se extienda alguna inscripción relativa a las fincas o se expida una certificación a solicitud del titular de la misma, se convertirán en inscripciones de dominio las de posesión, si hubiesen transcurrido más de diez años desde que ésta fue inscrita y no existiere asiento contradictorio.»

c) *Eficacia*. RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL (48) comentaba que el nuevo texto era el medio más eficaz para que el saneamiento del Registro llegara ser una realidad, pues obliga al Registrador a no incluir en las certificaciones de cargas que expida asientos y menciones caducados y, para hacerlo así, es imprescindible que antes de expedir aquéllas proceda a la cancelación. Aunque el procedimiento sea un tanto violento, desarticulador de nuestro sistema voluntario de rogación.

Esta preocupación es, a mi juicio, excesiva, pues se trata de una consecuencia tasada del procedimiento registral, en el que siempre existe una petición o impulso inicial extrarregistral, limitándose el Registrador, según las

(48) Vid. *Libro Homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*. Tomo II, págs. 122 y sigs. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1976.

incidencias del respectivo procedimiento, a practicar las operaciones que, previamente, le vienen ordenadas o permitidas por el ordenamiento jurídico general que, como tal, no puede ser desconocido por los interesados.

V. TERCER POSEEDOR DE BIENES ANOTADOS: LA LLAMADA «TERCERÍA REGISTRAL»

JUAN MARÍA MAZUELOS CARMONA (49) estudia las consecuencias de los *actos dispositivos del deudor respecto de la finca embargada* (de los que surge el tercer poseedor de bienes embargados, aunque no siempre este concepto se entiende así), según hayan o no tenido acceso al Registro.

- Cuando no han tenido acceso al Registro, la cuestión se resuelve en el terreno del Derecho civil puro y los adquirentes de las fincas embargadas, para defender sus preferentes derechos dominicales, tienen que promover el juicio de tercería o el declarativo correspondiente. En otro caso, si el título del rematante en la subasta se presenta a Registro con anterioridad al suyo, sus posibles derechos preferentes quedan definitivamente perjudicados. Se ha producido el fenómeno —por aplicación de las normas hipotecarias: arts. 17, 20, 32 LH— de que el *derecho personal* asegurado por la anotación (*ius ad rem*), por la inactividad del verdadero dueño, ha producido un verdadero y perfecto *derecho real* de dominio en favor del adquirente que, aunque derivado de un titular aparente se sobrepone al de aquél por efecto de la *fides pública*.
- Cuando el tercero ha inscrito su título de dominio, hay que distinguir:
 - a) Que la inscripción sea anterior a la presentación en el Registro del mandamiento de embargo. Entonces entra en juego la llamada *tercería registral del artículo 38, párrafo 3.º LH*, denegándose la anotación (arts. 20 LH y 143 RH).
 - b) Que el mandamiento se presente antes que el título de propiedad del tercer adquirente. En cuyo caso se tomará la anotación del embargo, inscribiéndose después el título del tercero, sin perjuicio del derecho de éste para hacer valer su derecho anterior a la anotación. Si la inscripción del tercero se hubiere practicado en virtud de un título anterior a la anotación, no parece sea posible la ins-

(49) «Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas», en *RCDI*, noviembre-diciembre 1955, núms. 330-331, págs. 657 a 699. Y continuación en *RCDI*, marzo-abril 1956, núms. 334-335, págs. 145 a 205.

cripción del título del rematante mientras no se cancele el asiento contradictorio y cuya cancelación requiere consentimiento del titular registral o resolución judicial.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL (50) explica que el medio automático de sobreseimiento del procedimiento de apremio establecido en el artículo 38, párrafo 3.º LH (*tercería registral*) sólo es aplicable cuando la anotación de embargo no ha sido todavía practicada.

Cuando ha sido practicada, el tercer adquirente en virtud de título posterior a la fecha de la anotación, ha de sufrir las consecuencias de ésta como adquirente de bienes gravados. Si inscribe antes de expedirse la certificación de cargas, deberá ser citado como tercer poseedor, sin cuyo requisito no podrá cancelarse su inscripción ni inscribirse el título de venta o adjudicación dimanantes del apremio. Si inscribe después, se le desconocerá en el procedimiento y su inscripción se cancelará por la referencia genérica en el mandamiento.

Si el tercer poseedor adquirió en virtud de título anterior a la fecha de la anotación, pero lo inscribió después, conservará la preferencia sobre el anotante, pero para hacerla valer tiene que acudir a la tercería de dominio promovida antes de la venta o adjudicación de los bienes embargados.

Si su inscripción es anterior a la certificación de cargas, deberá acreditarse su citación y el requerimiento de pago para que pueda cancelarse su inscripción e inscribirse el título de venta o adjudicación. Si es posterior, no serán necesarios estos requisitos para la cancelación ni para la inscripción de la venta o adjudicación.

En cualquiera de los supuestos anteriores, el tercer adquirente conservará el derecho para ejercitar las acciones reivindicatorias por la preferencia de su derecho, siempre que hubiera inscrito su título, pues, en caso contrario, puede perder la propiedad de los bienes conforme al artículo 1.473 del Código Civil.

ENRIQUE MOLINA Y RAVELLO (51) se ocupa del escaso rendimiento obtenido del párrafo 3.º del artículo 38 LH: «...se sobreseerá todo procedimiento de apremio... en el instante en que conste en autos...»

De tres maneras, en orden al tiempo, puede encontrarse en el Registro un embargo y el título anterior de la adquisición por un tercero de la misma finca embargada, presentado con posterioridad al mandamiento para la anotación del embargo:

(50) «Meditaciones hipotecarias. El principio de prioridad y las inscripciones retrasadas», en *RCDI*, noviembre-diciembre 1958, núms. 366-367, págs. 762 a 797.

(51) «De la llamada tercería registral», en *RCDI*, enero-febrero 1958, núms. 356-357, págs. 55 a 63.

1.º Al pretenderse la anotación de embargo, la finca ya está registrada a nombre de quien no es el demandado. El artículo 140.1.^a impide la anotación.

2.º Al anotarse el embargo aparecía el inmueble en el Registro como del ejecutado, pero ya se había enajenado a un tercero quien inscribe después de la anotación su título anterior al embargo.

3.º Después de anotado el embargo sobre la finca inscrita a nombre del deudor, éste la transmite. La finca se inscribe a nombre del adquirente (art. 71 LH). Este tercer poseedor, acreditando la inscripción de su título, puede subrogarse en el lugar del deudor (art. 38, último párrafo, en relación con el art. 134).

El párrafo 3.º del artículo 38 es la norma precisa y adecuada aplicable al supuesto segundo. ROCA SASTRE dice que dicho párrafo 3.º del artículo 38 presupone que no se ha practicado anotación de embargo.

La aplicación del precepto al supuesto segundo dará el mismo resultado que una sentencia favorable de tercería. El verdadero tercerista es el propietario distinto del ejecutado que ya era dueño al producirse el embargo.

La dicción del precepto es clara («en el instante»): no limita con relación al embargo el momento en que han de estar inscritos los bienes a favor de la aludida persona extraña. La única excepción surge del propio orden jurídico, de la preferencia del embargo anotado sobre cualquier derecho adquirido con posterioridad y, por esto, si la inscripción de adquisición es de adquisición posterior a la anotación, no cabe el procedimiento.

Conclusión: procede el sobreseimiento instantáneo, como manda la ley, supliendo a la tercería, aunque el asiento del tercer adquirente sea posterior al embargo, con tal de que su título sea anterior.

JUAN MANUEL REY PORTÓLES (52) distingue el tercer adquirente de bienes antes del embargo y después de practicado el embargo y su anotación. Es decir, el *pre-embargaticio*, dueño del bien antes de la traba por una deuda ajena, provisto de tercerías y demás mecanismos de paralización del proceso; y el *post-embargaticio*, carente de ellos, pero habilitado para un cierto papel procesal. Ambos, por otra parte, se pueden ver «arrollados» por la purga que conlleva la ejecución consumada (art. 175.2.^a RH, Real Decreto 1368/92 y RR 23-3-93 y 5-5-93).

(52) «El tercer poseedor de bienes embargados: su posibilidad legal y no sólo real y sus facultades tras las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Reglamento Hipotecario», en *Lunes* 4.30, núm. 129, segunda quincena, julio 1993, págs. 42 y sigs.

Del mismo autor y sobre esta cuestión pueden verse:

— «Más sobre anotaciones de embargo y previa liquidación de gananciales (Comentario a las RR de 25 y 18 de marzo de 1998)», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 245, mayo 1988, págs. 957 y sigs.

— «Jurisprudencia sobre fincas "ex-gananciales" (Comentario a la STS de 20-11-89)», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 261, noviembre 1989, págs. 2239 y sigs), 1989.

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS (53) destaca la recomendación de que el momento más oportuno para que el Juzgado conozca la existencia del tercer poseedor es el del artículo 1.489 LEC, así como la propuesta de nueva redacción del artículo 143 RH en el sentido de introducir en la certificación de cargas «la última inscripción de dominio vigente con expresión de su titular o titulares y de los títulos de adquisición».

JUAN SARMIENTO RAMOS (54), frente a la concepción tradicional que exige el *requerimiento de pago al propietario actual* para pasar a la fase de apremio, sostiene que no exige ser notificado —aunque puede comparecer a su instancia—, pues no ostenta legitimación pasiva en el juicio declarativo (embargo preventivo) ni en la fase de cognición del juicio ejecutivo. Sólo tiene facultades en la fase de apremio en concepto, no de deudor, sino de propietario (tesis en desacuerdo con el art. 1.489-1.º LEC).

El derecho a ser notificado se consagra por la Ley 10/1992, de 8 de diciembre, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal (art. 1.490 LEC).

El artículo 659 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero, en vigor el 8 de enero del 2001) dispone que «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, siempre que su domicilio conste en el Registro».

También se le reconocen otros derechos: subrogarse en la posición del ejecutado (arts. 38 *in fine* y 134.1 LH aún vigente, y art. 659.3 de la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil actual); pagar liberatoria o subrogatoriamente (arts. 1.489 LEC y 1.210 del Código Civil); intervenir en el avalúo y en la subasta (arts. 1.490, 1.498 y 1.506 LEC).

JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (55) explica que la tercería de mejor derecho hace valer el mejor rango de un crédito y el privilegio ante una ejecución comenzada. El orden de prelación de los créditos está presente durante todo el procedimiento ejecutivo, pues el embargo no otorga, por sí mismo, rango al crédito; y el embargo de un bien no sólo separa del patrimonio del deudor, ni lo afecta al pago del crédito del ejecutante.

La tercería permite liberar un bien de la traba procesal del embargo. Existen dos tercerías: la realizada en el contexto de una ejecución comenzada

(53) «El tercer poseedor de bienes anotados y la vía de apremio», en *RCDI*, noviembre 1952, núm. 294, págs. 785 a 804, en especial 803 y 804.

(54) *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993.

(55) «La oponibilidad de la adquisición de la propiedad en el embargo y en el concurso». Libro *Homenaje a José María Chico y Ortiz*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1995, págs. 595 y sigs.

(civil, laboral o administrativa); y la reclamación de dominio o mejor derecho ejercitada en procedimiento ordinario, que se funda en la declaración de propiedad o la prueba del rango de un crédito.

La tercería en el procedimiento ejecutivo puede ejercitarse hasta la aprobación del remate y la de mejor derecho hasta el pago efectivo (art. 1.533 LEC). La aprobación del remate transmite la propiedad del bien embargado que, por tanto, sale del patrimonio del deudor (56).

VI. CARÁCTER OBLIGATORIO Y/O CONSTITUTIVO DEL EMBARGO

El artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone: «Del embargo de bienes inmuebles se tomará anotación preventiva en el Registro de la Propiedad». Y el artículo 43 de la Ley Hipotecaria: «En el caso del número

(56) Las Resoluciones de 22-11-88, 15-12-94; 23 y 24-4 y 3-6/96 tratan de la relación *tercería-rango registral*. Existiendo sobre una misma finca dos anotaciones de embargo, letras A y B, el anotante letra B vence en una tercería de mejor derecho interpuesta en el procedimiento que motivó la anotación letra A. Presentado en el Registro mandamiento judicial ordenando que se haga constar la preferencia del embargo letra B sobre el de la letra A, confirma la Dirección General la nota denegatoria del Registrador, que entendió que las tercerías de mejor derecho no pueden provocar asiento alguno en el Registro, pues sólo determinan una preferencia de cobro entre los créditos en litigio, cuestión esta de carácter personal que queda fuera del Registro. Se basa el Centro Directivo en que el embargo es un acto procesal cuyo objetivo no es el de constituir una garantía directa y exclusiva en favor del crédito que lo motiva, sino el de asegurar el buen fin de la ejecución... a su vez el objeto exclusivo de la tercería de mejor derecho es precisamente la determinación de ese orden, sin que de ello pueda deducirse una alteración de la prioridad respectiva entre los embargos... recomendando la Dirección la conveniencia de que la sentencia estimatoria de la tercería de mejor derecho sea reflejada en el Registro mediante nota al margen de la anotación de embargo ordenada en el procedimiento en que se interpuso la tercería.

Las Resoluciones de 23 y 24-4/96 (reiteradas 3-6-96; y ver 22-11-88) se ocupan de la cuestión de *constancia registral*. El Registrador deniega la constancia registral de la preferencia de un embargo derivado de una tercería de mejor derecho. La DGRN confirma la nota. En su favor podía argumentarse (recurrente): la no constancia hace inútil la interposición y estimación de la tercería; debe admitirse el negocio de posposición de un embargo anterior a otro posterior, como se hace en la hipoteca. En contra, se argumenta: la posposición se adapta mal a la anotación de embargo en relación con la hipoteca; el embargo es un acto procesal, de trascendencia jurídico-real, pero cuya finalidad no es constituir una garantía directa y exclusiva en favor del crédito que lo motiva; la colisión entre embargos no debe confundirse con la existente entre los créditos subyacentes; el objetivo exclusivo de la tercería es la determinación del orden en que, con el precio obtenido, se efectuará el pago de los créditos concurrentes, sin que pueda deducirse de aquí una alteración de prioridad. No obstante sería conveniente que la sentencia estimatoria de la tercería de mejor derecho se reflejara por medio de una nota al margen de la anotación.

segundo del mismo artículo —es decir, embargo que se haya hecho efectivo en bienes inmuebles del deudor— será obligatoria la anotación según lo dispuesto en el artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». El nuevo artículo 629 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero, en vigor el 8 enero 2001) dice: «...el Tribunal, a instancia del ejecutante, librará mandamiento para que se haga anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad...»

El carácter gramaticalmente imperativo de estos preceptos ha dividido a la doctrina sobre la naturaleza obligatoria y, en su caso, constitutiva del embargo, de la anotación preventiva. Recogemos distintas posiciones doctrinales.

1. *Lo obligatorio no es la anotación, sino la presentación del mandamiento al Registro.* JUAN MARÍA MAZUELOS CARMONA (57) se plantea el problema de la *naturaleza de la anotación respecto a la constitución del embargo*, partiendo de dos cuestiones:

- Las anotaciones de embargo pertenecen al grupo de las denominadas *anotaciones constitutivas*, tomada la expresión, no en el sentido de que sea necesaria la anotación para la constitución y validez del embargo, sino para hacer constar que a la relación básica anotada se une un elemento nuevo, un derecho de garantía sobre el valor en cambio de la finca. La anotación no se limita a publicar el crédito asegurado, con vistas a los futuros adquirentes de la finca embargada, sino que dota al mismo de una garantía de efectos semi-hipotecarios, que ha hecho decir al profesor PRIETO CASTRO que la anotación tiene carácter constitutivo.
- Si la anotación es o no constitutiva del embargo es problema resuelto negativamente por el TS y la DGRN desde la Resolución de 22-11-29- que declaró que las anotaciones de embargo no tienen carácter de obligatorias para que las enajenaciones decretadas como consecuencia del juicio ejecutivo sean válidas.

Propone una solución intermedia: en vista de la legalidad vigente es obligatoria la expedición al Registro del mandamiento de embargo y la unión a los autos del mandamiento calificado, pero sin que el embargo no anotado suspenda el curso de los autos ni influya en la validez de la enajenación realizada. Es decir, en resumen, que lo *obligatorio no es la anotación, sino la presentación del mandamiento al Registro* y, mediante esta fórmula interpretativa, se hace factible el

(57) «Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas», en *RCDI*, noviembre-diciembre 1955, núms. 330-331, págs. 657 a 699. Y continuación en *RCDI*, marzo-abril 1956, núms. 334-335, págs. 145 a 205.

embargo de fincas no inscritas, no siendo necesaria la anotación para la constitución del embargo.

2. *La anotación es obligatoria cuando se decreta el embargo en juicio ejecutivo.* MANUEL VILLARES PICO (58) dice que el «Podrán pedir anotación preventiva...» del artículo 42 LH, no debe interpretarse en el sentido de que en todos los casos del artículo la anotación sea voluntaria. Constituye una excepción el artículo 43, párrafo 2.º LH: «En el caso del artículo 42.2.º cuando se trate de juicio ejecutivo, será obligatoria la anotación, según lo dispuesto en el artículo 1.543 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.» El artículo 953 de la Ley Procesal anterior exigía la anotación del embargo. El artículo 43 LH, si no ha de carecer de contenido, o imprime carácter constitutivo a la anotación de embargo o se establece la anotación como requisito procesal, al igual que el artículo 1.453 LEC. MANRESA entendía que el trámite de expedición del mandamiento es obligatorio como trámite procesal, aunque luego haya dificultades para la práctica de la anotación, siendo inscribible la adjudicación de la finca embargada (R. 22-11-29). No obstante, la STS de 14-10-65 prescinde de la esencial obligatoriedad de la anotación preventiva, con infracción del artículo 43 LH y en contradicción con el artículo 69 LH y merma de los derechos de terceros.

La anotación de embargo, como la de crédito refaccionario, no es un asiento provisional ni transitorio porque, como la inscripción de hipoteca, cumplen su cometido hasta hacerse efectivo el crédito que garantizan, sin esperar a otro asiento definitivo, y refuerzan un derecho personal con la realización del valor de la finca gravada.

3. *El embargo es ineficaz sin la anotación preventiva.* JUAN MIGUEL OSSORIO SERRANO (59) defiende la tesis de la ineficacia del embargo si falta la anotación preventiva. Entiende que la anotación preventiva de embargo está revestida de caracteres constitutivos, en el sentido ya explicado por CAPO BONNAFOUS de que «publica constituyendo», y como resultado de la conjunción de tres presupuestos: que la obtención de la garantía registral presupone la existencia de un verdadero procedimiento; que el embargo como afección de los bienes con finalidad garantizadora es la situación jurídica a que da lugar en su totalidad ese procedimiento; y que si atendemos a los fines que pretende y a los efectos a que tiende esa actividad garantizadora, sin el requisito registral el embargo trabado resultaría ineficaz.

(58) «Anotaciones preventivas», en *RCDI*, enero-febrero 1968, núm. 464, págs. 36, 38 y 39.

(59) *La anotación preventiva de embargo. Aspectos civiles y registrales*. Universidad de Granada, 1986, pág. 97 y sigs.

En parecida línea, JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (60) enseña que el embargo es una medida preparatoria de la ejecución y, por sí mismo, no otorga preferencia ni privilegio alguno (RR 6-9-88, 22-11-88 y 10-5-89). Pero también supone la desposesión del titular y la puesta del bien en administración (STS 4-4-80, art. 1.921). El embargo debe anotarse preceptivamente en el Registro de la Propiedad si se refiere a inmuebles (art. 1.453 LEC) y con ello adquiere el rango propio de la anotación preventiva. No obstante, una reiterada Jurisprudencia declara la eficacia y validez del embargo aunque no se anote en el Registro.

4. *La anotación de embargo ni es obligatoria ni tiene carácter constitutivo.* RAFAEL RIVAS TORRALBA (61), autor de uno de los estudios más completos sobre la anotación de embargo, mantiene que *la anotación de embargo no tiene carácter constitutivo*. A favor de este carácter —dice— se suelen citar determinadas expresiones legales: artículos 1.409.1 y 1.453 LEC; y artículo 43.11 LH, que han llevado a buen número de autores (Cossío, ROCA SASTRE, inicialmente, PRIETO CASTRO, LORCA GARCÍA, PUIG BRUTAU, VIDAL FRANCÉS) a afirmar el carácter constitutivo de la anotación de embargo. La opinión mayoritaria, no obstante, es contraria al mismo (DE LA RICA, CARRE-RAS LLANSANA, MAZUELOS CARMONA, LACRUZ-SANCHO, Díez-PICAZO, CAMY, RIFA SOLER, CHICO ORTIZ, CANALS BRAGE, ROCA SASTRE en un segundo momento, SARMIENTO RAMOS).

El TS afirma reiteradamente que el embargo existe jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta (vid. RDGR de 12-6-89) y la anotación no puede condicionar su existencia (62).

La DGRN argumenta también en contra (RR. 6-9-88 y 12-6-89):

- Ningún precepto establece el carácter constitutivo.
- El carácter obligatorio de la anotación (arts. 43 LH y 1.453 LEC) debe conjugarse con el principio de rogación.
- La expresión legal (arts. 764 y 1.409 LEC) de limitarse el Juez a librar mandamiento al Registrador «para que extienda la correspondiente anotación preventiva», sólo quiere decir que acordado el embargo, no

(60) «La oponibilidad de la adquisición de la propiedad en el embargo y en el concurso». Libro *Homenaje a José María Chico y Ortiz*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1995, págs. 595 y sigs.

(61) *Anotaciones de embargo II*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1994, págs. 61, 69, 87 y 95 y sigs.

(62) La STS de 7-1-92 declara que no es obligada ni necesaria la anotación. La fecha decisiva a efectos de que un tercerista pueda demostrar que la finca estaba o no gravada cuando la adquirió es la de la traba judicial. La anotación sólo otorga prioridad sobre los actos dispositivos y créditos posteriores a aquella fecha, pero no sobre los anteriores.

proceden otras medidas como el secuestro o la intervención en la administración.

- Por el contrario, hay datos que abonan la tesis de que el embargo se constituye enteramente en la esfera judicial (art. 1.403 LEC) y existe antes de la anotación: artículos 1.373 del Código Civil y 144.1 RH: notificación del embargo, luego ya existe, antes de la anotación; artículo 38.III LH: el embargo no anotado puede dar lugar a la terceraía registral; artículos 1.493 y 1.497 LEC y 140 RH: el embargo puede ser actuado hasta el remate, aún sin anotación.

El autor, en definitiva, señala, muy atinadamente, las absurdas consecuencias a que llevaría el mantenimiento a ultranza del carácter constitutivo de la anotación de embargo: las fincas no inmatriculadas serían inembargables (argumento STS 17-11-96); la vía de apremio no podría iniciarse sin que antes se practicara la correspondiente anotación; la cancelación por caducidad de la anotación acarrearía la extinción del embargo.

En el mismo sentido, JUAN SARMIENTO RAMOS (63) afirma —en torno al *carácter constitutivo de la anotación* para la existencia del embargo o para su eficacia frente a terceros—, que el embargo existe y produce todos sus efectos sustantivos y procesales, incluida la prevalencia sobre los actos dispositivos posteriores desde el momento en que se practica la diligencia judicial (arts. 1.442 y 1.454 LEC), excepto el efecto de preferencia creditual, que no es inherente al embargo, sino inherente a la anotación *ex* artículos 44 LH y 1923.4.º del Código Civil.

5. *Aunque el embargo exista, los efectos reales de garantía exigen la anotación.* JUAN SARMIENTO RAMOS (64) si bien critica la concepción dominante sobre el pretendido carácter constitutivo de la anotación, que acentúa el riesgo de inoperatividad del embargo, al dejarlo indefenso frente a las enajenaciones efectuadas entre la traba judicial y su reflejo registral, aunque no se inscriban, no obstante, propugna distinguir entre los efectos procesales y sustantivos que, como regla general, se producen desde que se efectúa la diligencia judicial de embargo, y los efectos de preferencia creditual a que aluden los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923.4.º del Código Civil, que quedan supeditados a la extensión de la anotación en el Registro.

Una solución también intermedia es la que propone JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (65): la distinción enérgica entre los actos procesales concordantes

(63) *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993.

(64) *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, cit. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993, págs. 14 y sigs.

(65) Trabajos y págs. citados.

con la acción personal planteada en el pleito (embargo procesal), y los actos relacionados con el efecto real de la garantía que supone la anotación del embargo.

Por mi parte, criterio contrario al carácter constitutivo de la anotación de embargo había recogido en trabajos anteriores (66). Además de los estudios doctrinales que han quedado citado, aludía a la Jurisprudencia que ahora me permito reiterar:

- La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1967, declaró tajantemente que quien obtenga mandamiento de embargo es libre de pedir o no la anotación, pero, si no lo hace, aquél no producirá efectos *erga omnes*, que sólo el Registro asegura. En reiterados fallos tiene, además, declarado que el embargo existe desde que la autoridad judicial lo decreta legalmente y la anotación no puede condicionar su existencia.
- La DGRN ha declarado (RR. 6-9-88 y 12-6-89) que «en ningún precepto se establece expresamente el carácter constitutivo de la anotación preventiva», que la anotación de embargo es obligatoria, pero no constitutiva, y que el «carácter obligatorio de la anotación de embargo debe conjugarse con el principio de rogación y con la realidad positiva de que nuestra legislación supone que el embargo existe y puede ser actuado aún sin anotación preventiva». Hay, por el contrario, en nuestro Derecho datos positivos que abonan la tesis de que el embargo es una medida que se constituye enteramente en la esfera judicial: artículos 63-12 y 1.403 LEC; el asiento de anotación procede a petición del que «obtuviere mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo (hecho pasado) en bienes inmuebles del deudor»: artículo 42.2.º LH; antes de la anotación puede proceder la notificación del embargo (luego ya existe): artículos 1.373 del Código Civil y 144.1 RH; el embargo no anotado —y, por hipótesis, no anotable— es el que puede dar lugar a la llamada tercería registral: artículo 38.111 LH; aún sin la anotación preventiva (porque no esté inmatriculada la finca, porque caduque la anotación de suspensión de la anotación de embargo o la misma anotación), el embargo puede ser actuado hasta el remate, a salvo los derechos de los interesados: artículos 1.493 y 1.497 LEC y 140 RH.

Esta posición —siguen diciendo las Resoluciones— está apoyada en doctrina reiterada del Tribunal Supremo, conforme a la cual el embargo existe

(66) *Derecho Registral Inmobiliario. Para iniciación y uso de universitarios*. Vol. II, págs. 851 y sigs. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1994.

jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta legalmente, con independencia de su anotación en el Registro oportuno y la anotación no puede condicionar su existencia ni tener respecto de ella un valor constitutivo (sentencias de 14-10-65, 19-4-71, 27-7-77, 4-4-80 y 24-11-86). Es también la solución más conforme con la doctrina del Alto Tribunal respecto de la tercería de dominio que, al ser una cuestión de preferencia, se precisa invocar un título dominical vigente al efectuarse judicialmente la traba para que pueda el tercerista obtener el respeto y protección que reclama (sentencia de 7-7-88, 25-11-26, 15-3 y 22-6/28, 4-4-80, entre otras) y no tendría sentido que la protección de las adquisiciones posteriores a la traba (y anteriores a la anotación de la traba en el Registro) fuera excluida de la vía de la tercería y se dejara, en cambio, abierta la acción reivindicatoria en proceso independiente que, de prosperar, haría inútil toda la ejecución ultimada.

VII. LOS PRIVILEGIOS PATRIMONIALES Y LA ANOTACIÓN DE EMBARGO

JUAN MARÍA MAZUELOS CARMONA (67), en relación con *los privilegios patrimoniales*, recoge doctrina extranjera sobre si son derechos subjetivos o derechos reales.

- No son derechos reales ni de crédito, sino simples *cualidades* de un derecho, o *propiedades* de un derecho en términos folosóficos (BONNAECASE).
- Son propios y verdaderos derechos subjetivos: intereses jurídicamente protegidos (IHERING); poderes o facultades del titular (SAVIGNY, WINSCHIED); poderes atribuidos a una persona por el ordenamiento jurídico, de origen legal (KELSEN, ENNECERUS, GOLDSCHMIDT).

En cualquier caso:

- No constituyen una relación jurídica independiente de aquélla de que dimanen, sino que son derechos satélites de ella.
- Deben su origen a la ley.
- Están en relación de interdependencia con las relaciones o instituciones jurídicas.

(67) «Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas», en *RCDI*, noviembre-diciembre 1955, núms. 330-331, págs. 657 a 699. Y continuación en *RCDI*, marzo-abril 1956, núms. 334-335, págs. 145 a 205.

Nuestro Código Civil establece dos clases de privilegios: especialísimos con relación a determinados bienes muebles o inmuebles del deudor (arts. 1.922 y 1.923); generales en relación con los demás bienes del deudor (art. 1.924). El privilegio especial se antepone al general.

JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (68), estima que, aunque los privilegios crediticios se consideran una materia confusa y caótica, existen unas líneas dominantes claras y sencillas:

- Preferencia del comprador sobre el acreedor.
- Oponibilidad del contrato de venta en la tercera de dominio.
- Régimen particular de la oponibilidad de contratos de venta frente a la ejecución hipotecaria.
- Oponibilidad de la adquisición de la propiedad en subastas judiciales que implica la liberación de gravámenes en la enajenación judicial de los bienes. Como consecuencia de la transmisión de la propiedad del bien éste se libera de todas las cargas anteriores no inscritas.
- Si la propiedad real y efectiva correspondía a un tercero distinto del embargado, nada adquiere el adjudicatario en la subasta judicial. Como declara la STS 19-11-92, 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 demostrar aún después de la enajenación judicial que la cosa no pertenecía al titular registral. La adquisición en subasta judicial no es un acto originario de adquisición de la propiedad, por lo que el verdadero propietario siempre puede hacer valer su propiedad en el juicio declarativo correspondiente.

La inscripción en el Registro es un sistema de determinación del rango crediticio (69). El moderno Registro de la Propiedad como mecanismo único de determinación del rango de los créditos inmobiliarios. En este contexto, la anotación de embargo aparece con una doble función:

- Reserva de rango (art. 44 LH y 1.923.4 del Código Civil). Es decir, el reconocimiento de la ineficacia relativa de los actos de disposición o créditos constituidos con posterioridad a la anotación y aunque se trate de créditos privilegiados.

(68) «La oponibilidad de la adquisición de la propiedad en el embargo y en el concurso». Libro *Homenaje a José María Chico y Ortiz*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1995, págs. 595 y sigs.

(69) JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, «LOS privilegios crediticios en la jurisprudencia civil», en *RCDI*, marzo-abril 1995, núm. 627, págs. 291 a 358.

- Preferencia crediticia. Otorga a la anotación preventiva rango crediticio distinto del rango originario del crédito reclamado, al reconocerle, en consonancia con la eficacia de las antiguas hipotecas judiciales, una preferencia similar a la de la hipoteca en función de la fecha de su inscripción (art. 1.927 del Código Civil).

Esta tesis se apoya:

- En los orígenes históricos de la anotación de embargo como heredera de la antigua hipoteca judicial.
- En la identidad de naturaleza entre la inscripción de hipoteca voluntaria y la anotación preventiva (art. 1.927.2 del Código Civil).
- La naturaleza del Registro como instrumento general de ordenación del crédito, evitando maniobras fraudulentas, dando seguridad a las relaciones patrimoniales y limpiando las cargas ocultas de la titulación (sistema de inoponibilidad de títulos no inscritos: art. 32 LH y 1.473 del Código Civil), todo lo cual está al servicio de la credibilidad y eficacia de los procedimientos judiciales de ejecución.
- La propia coherencia del proceso ejecutivo se contradice si la anotación de embargo no cierra el Registro a la escritura pública anterior de venta, lo que implica que no puede inscribirse la escritura de remate después de un complejo proceso ejecutivo, pues basta que el adquirente anterior a la anotación preventiva haya inscrito su derecho en cualquier momento anterior a la inscripción de la adjudicación judicial para que se cierre el Registro a la venta judicial (R. 3-10-85). Sin necesidad siquiera de tercería, toda la larga y costosa actividad procesal de ejecución merece ser arrojada a la basura.

La Jurisprudencia, sin embargo, ha realizado, desde la misma publicación del Código Civil, una interpretación restrictiva de la eficacia de la anotación de embargo, a la que sólo le reconoce la reserva de rango, pero no los efectos ofensivos propios de la antigua hipoteca judicial, siguiendo los planteamientos de la más prestigiosa doctrina civil e hipotecaria.

Desde luego, el reconocimiento de la eficacia ofensiva de la anotación de embargo supondría una auténtica revolución en el régimen de los privilegios crediticios que agrupa JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (70) de la siguiente manera:

I. *Privilegios especiales*, que tienen preferencia absoluta sobre los generales (arts. 1.926, 1.927, 1.929 del Código Civil). Incluye aquí:

(70) «Los privilegios crediticios en la jurisprudencia civil», en *RCDI*, marzo-abril 1995, núm. 627, págs. 291 a 358.

1. Los *superprivilegios*: El superprivilegio de la Hacienda Pública (estatal, municipal, provincial, regional); el superprivilegio de los aseguradores; el superprivilegio del crédito salarial; el superprivilegio de los créditos por gastos de comunidad en la PH (art. 9.5 LPH); los créditos por avituallamiento, reparación y contratos de servicio de capitán y tripulación en el contrato de transporte naval (Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926, ratificado por España el 2 de junio de 1930).

2. La *inscripción registral* como privilegio inmobiliario: La inscripción como sistema de determinación del rango crediticio; la anotación preventiva como mecanismo único de determinación del rango de los créditos inmobiliarios; las cédulas hipotecarias.

3. Los privilegios *refaccionarios*.

II. *Privilegios generales*, que son de segundo rango y personales, pues sólo se pueden hacer efectivos contra la persona del deudor.

El Código Civil (art. 1.924) distingue tres órdenes de privilegios generales, graduados entre sí y que se constituyen en órdenes excluyentes de preferencia:

1. Créditos tributarios (art. 71 LGT).
2. Privilegios concursales.
3. Privilegios escriturarios.

Privilegios generales en otras leyes:

4. Privilegio de los créditos salariales (art. 32.3 ET). Dicen las SSTs 25-9-85 y 12-2-92 que el crédito salarial común es preferente entre los privilegios generales, aunque haya anotación preventiva de un crédito distinto. No obstante, para que la preferencia sea efectiva es necesario que se devenguen con anterioridad a la anotación del embargo del ejecutante (STS 26-3-91).

5. Créditos derivados de la propiedad intelectual.

6. Créditos por cuotas de la seguridad social (Ley 40/1980, de 5 de julio).

VIII. EL ARTICULO 44 DE LA LEY HIPOTECARIA Y LOS ARTÍCULOS 1.923.4.º Y 1.927.2.º DEL CÓDIGO CIVIL

En general, todos los autores reconocen la existencia de una literal antinomia entre los artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil, aunque tratan de superarla con diversas interpretaciones (71).

(71) Para extraer las conclusiones que, bajo mi responsabilidad, enumero, he seguido sustancialmente el esquema propuesto por RAFAEL RIVAS TORRALBA en su libro *Anota-*

1. EL ARTÍCULO 1.923 REGULA LA CLASIFICACIÓN DE CRÉDITOS
Y EL ARTÍCULO 1.927 SU PRELACIÓN

JUAN MARÍA MAZUELOS CARMONA (72) estudia *el artículo 44 LH en relación con los artículos 1.923.4.º y 1.927.2.º del Código Civil*. En la LH de 1.861, el artículo 44 decía: «El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 42, será preferido en cuanto a los bienes anotados solamente a los que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a dicha anotación». Es decir, mal que bien, señalaba los efectos de las anotaciones de embargo. En cambio, en las dos Leyes Hipotecarias siguientes el precepto queda en blanco, limitándose a hacer remisiones al Código Civil.

En la LH de 1909 decía: «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 los artículos 1.923 y siguientes del Código Civil».

En la LH vigente de 1946 se reitera la LH de 1909, salvo en el inciso final del artículo 44, que dice: «...la preferencia establecida en el artículo 1.923 del Código Civil».

Estima que la modificación carece de trascendencia y no ha modificado la doctrina de la LH anterior al centrar la protección de los derechos anotados exclusivamente en el artículo 1.923 del Código Civil. El artículo 1.923 se fija en los créditos para determinar su preferencia entre los anotados sobre una misma finca; el artículo 1.927 atiende a las fechas de las diferentes anotaciones para determinar la preferencia entre ellas conforme al principio *prior in tempore...*, sin tener en cuenta para nada la antigüedad de los créditos.

El artículo 1.923 soluciona la colisión con arreglo a los principios de derecho sustantivo, conforme al cual las anotaciones de embargo no crean rango alguno de preferencia en favor del anotante en cuanto al pasado. El artículo 1.927 determina que las anotaciones de embargo crean un rango específico de preferencia en favor del anotante sobre todo lo inscrito o anotado con posterioridad, cualquiera que sea la fecha de constitución de los crédito o derechos.

Ante esta divergencia entre los dos artículos, ¿cuál de las posiciones debe prevalecer?

ciones de embargo II, págs. 84 y sigs., libro reiteradamente citado en este trabajo y auténtico tratado sobre la materia, al que añado escasas aportaciones personales.

(72) «Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas», en *RCDI*, noviembre-diciembre 1955, núms. 330-331, págs. 657 a 699. Y continuación en *RCDI*, marzo-abril 1956, núms. 334-335, págs. 145 a 205.

Para el TS las anotaciones de embargo sólo conceden preferencia al crédito anotado sobre los créditos y actos dipositivos contraídos con posterioridad a la propia anotación. Es decir, da preferencia a la prioridad sustantiva del artículo 1.923.4.º sobre la hipotecaria del artículo 1.927.2.º

La DGRN, en general, sigue la doctrina del TS. No obstante, en la Resolución de 24-6-44 hizo prevalecer una anotación de embargo sobre una inscripción de dominio practicada con posterioridad a la anotación pero en virtud de un título de fecha anterior a la misma, fundándose en que el tercer poseedor no había interpuesto en tiempo la correspondiente tercería de dominio.

Los hipotecaristas resuelven generalmente la divergencia entre los artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil a favor del primero de ellos. Para el autor, los dos textos, aunque literalmente son contradictorios, no son incompatibles entre sí, sino que ambos se complementan mutuamente porque examinan los hechos a que se refieren en terrenos jurídicos distintos. Hay que partir de la distinción entre *clasificación* de créditos (arts. 1.921 a 1.925 del Código Civil) o distribución de los créditos reconocidos contra un mismo deudor en grupos para determinar el orden con que han de ser pagados; y *prelación* de créditos (arts. 1.926 a 1.929 del Código Civil) o determinación del orden de pago de los acreedores dentro de cada grupo.

El artículo 1.923 del Código Civil lo que hace es respetar en el artículo 1.927.2.º el sistema de privilegio de la LH en tanto no se hallan clasificados debidamente los créditos por los interesados o por el Juez, dentro del juicio universal o particular (tercería), en base a la presunción legitimadora del Registro.

Respecto de la *situación de los créditos personales de igual o simultáneo rango*, explica que, en relación con la hipoteca, el problema lo ha resuelto el artículo 227 RH (en relación con los arts. 127, 131, 135, 157 y 195 LH) que los considera preferentes a efectos del procedimiento ejecutivo: la finca se transmite al adquirente con la carga correspondiente a la parte de la hipoteca no ejecutada, la cual queda subsistente.

¿Son aplicables estas reglas a la anotación de embargo? Los créditos garantizados con anotaciones de embargo tendrán el rango (simultáneo o preferente) que corresponda al asiento de anotación, mientras no sea alterado por los interesados o por el Juez.

Puede ocurrir: a) Si se trata de una sola anotación en favor de varios acreedores (independientes o en régimen de mancomunidad), surgen tantas anotaciones simultáneas como acreedores, si del título o mandamiento no resulta otra cosa, tomándose la anotación a favor de todos ellos en la proporción correspondiente a sus respectivos créditos, b) Si se trata de varias anotaciones sobre una misma finca, tendrán, en principio, el rango que corresponda a su fecha, a no ser que los interesados o el Juez las consideren todas del mismo rango.

En armonía con su tesis, plantea JUAN MARÍA MAZUELOS CARMONA (73) el problema cancelatorio, distinguiendo:

a) *Cancelación de asientos de cargas y gravámenes anteriores a la anotación de embargo*. La regla general es que la preferencia de los asientos se determina por su fecha, sin que el carácter privilegiado de los derechos en ellos contenidos influya en la alteración del rango hipotecario, salvo preceptos expresos de la ley.

Esta regla general es aplicable a las anotaciones de embargo, sin que la norma del artículo 1.923.4.º del Código Civil en relación con el artículo 44 LH la modifique, a no ser que los presuntos perjudicados por un asiento anterior hagan uso de la preferencia sustantiva del Código Civil.

En resumen, las cargas y gravámenes *anteriores* a la del ejecutante quedan subsistentes; y las inscripciones y anotaciones *posteriores* se cancelan, sin perjuicio de que algunas puedan quedar subsistentes. La preferencia del artículo 175.2.º RH es una preferencia de asientos, no de créditos o derechos, que se fija por las fechas de las respectivas inscripciones o anotaciones (74).

b) *Cancelación de asientos de cargas y gravámenes posteriores a la anotación de embargo*. Se extinguen por consecuencia de la enajenación de la finca (regla aplicable a todos los procedimientos de ejecución), sin perjuicio de la subsistencia de las preferentes que hayan hecho uso de su derecho de preferencia, y los asientos posteriores se cancelan (art. 1.516 LEC y 175.2.º RH). Se exceptúan:

- Hipotecas legales tácitas a favor del Estado... (art. 194 LH).
- Hipoteca legal a favor de los aseguradores... (art. 196 LH).
- Anotaciones por créditos salariales.
- Hipotecas a favor del Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional (Reglamento 27-7-39).
- Anotaciones o inscripciones antepuestas convencional o judicialmente.

(73) «Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas», en *RCDI*, noviembre-diciembre 1955, núms. 330-331, págs. 657 a 699. Y continuación en *RCDI*, marzo-abril 1956, núms. 334-335, págs. 145 a 205.

(74) La Resolución de 28-7-89 declara que inscrita la enajenación judicial durante la vigencia de la anotación de embargo, se consume su virtualidad y ha de cancelarse (art. 206-2 RH). La prioridad ganada por la anotación se traslada a la enajenación y, por eso, las cargas y gravámenes posteriores sufren la subordinación respecto de la enajenación judicial, lo que determina la extinción de tales cargas y la consiguiente cancelabilidad. Es indudable la eficacia cancelatoria del mandamiento dictado por el Juez.

2. PREFERENCIA SOBRE LOS CRÉDITOS POSTERIORES Y SOBRE LOS ANTERIORES
NO PRIVILEGIADOS

Para JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO (75), la anotación de embargo concede preferencia sobre los créditos posteriores a la anotación; sobre los créditos anteriores que no tengan una razón especial de prelación sobre el anotado, es decir, que, en caso de concurso y no interviniendo la anotación, se liquidarían a la vez.

3. EL ARTÍCULO 1.923 ES UNA NORMA SUSTANTIVA Y EL ARTÍCULO 1.927
UNA NORMA REGISTRAL

Para JOSÉ MARÍA RIFA SOLER (76), no existe incompatibilidad entre los artículos 1.923.4.º y 1.927.2.º del Código Civil que están llamados a operar en campos distintos. El primero contiene normas de prelación civil de créditos basados en criterios de derecho sustantivo. Su aplicación corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales a través del juicio declarativo correspondiente. El segundo acude a los principios del derecho registral, concretamente a los de prioridad y legitimación, para resolver la preferencia entre distintos créditos.

JUAN SARMIENTO RAMOS (77) opina, en este sentido, que la *preferencia* a que aluden los artículos 131.8.ª y 133, párrafo 2.º LH no es la de los *créditos* subyacentes, sino la de los *gravámenes*, que se resuelve por el principio *prior in tempore*.

4. EL ARTÍCULO 1.927 REGULA UN CONFLICTO ENTRE CRÉDITOS,
NO ENTRE DERECHOS REALES

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (78) partió de la antinomia entre los artículos 1.923.4.º y 1.927 del Código Civil que debía resolverse a favor de este último. Posteriormente (79), ha estimado: en los conflictos entre créditos

(75) *Derecho Inmobiliario Registral. Elementos de Derecho Civil, III bis*. Librería Bosch, Barcelona, 1984, págs. 225 y sigs.

(76) *La anotación preventiva de embargo*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1983, págs. 272 y sigs.

(77) *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993.

(78) *El tópico de los efectos limitados...*, cit, págs. 235 y sigs.

(79) En su *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo II, págs. 768 y sigs. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1993. El propio autor habla de «Nuestra matizada posición actual».

que pretenden satisfacerse sobre el bien embargado, debe aplicarse el artículo 1.927.2 del Código Civil, sin que los créditos escriturarios del artículo 1.924 puedan pretender anteponerse, ya que los anotados tienen preferencia especial y los escriturarios sólo preferencia general.

5. EL ARTÍCULO 1.923 REGULA LA PREFERENCIA SOBRE LOS CRÉDITOS POSTERIORES; EL ARTÍCULO 1.927 SOBRE LOS NO ANOTADOS O ANOTADOS DESPUÉS

Para FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GALLIGO (80), la anotación de embargo concede preferencia: respecto de los créditos posteriores a la anotación (art. 1.923); y respecto de los créditos anteriores del mismo rango no anotados o anotados después (art. 1.927). Por otra parte, estima incluida en el ámbito de la calificación registral la apreciación de la preferencia creditual, en tanto no se decida en el correspondiente juicio ordinario.

6. EL ARTÍCULO 1.923 CONCEDE UNA PREFERENCIA CONDICIONADA SOBRE CRÉDITOS POSTERIORES

Para JOSÉ MANUEL REY PORTÓLES (81), el artículo 1.923.4.º del Código Civil debe interpretarse como establecedor de una preferencia condicionada a que se haga valer de modo exclusivo frente a créditos nacidos con posterioridad a la anotación preventiva. Aceptado esto, estima que no hay contradicción entre los artículos 1.923.4.º y 1.927.11.2.^a del Código Civil, pues los créditos comprendidos en el primero sólo entrarán en la pugna que el segundo resuelve con el criterio de prioridad.

7. EL ARTÍCULO 1.923 REGULA EL ORDEN SUSTANTIVO DEL PRIVILEGIO; EL ARTÍCULO 1.927, EL ORDEN PROCESAL DE COBRO

FERNANDO CANALS BRAGE (82) no encuentra antinomia entre los artículos 1.923.4.º y 1.927.2 del Código Civil: el primero se ocupa del aspecto sustantivo del privilegio; el segundo, del orden procesal, del orden de cobro.

(80) En su trabajo *Anotaciones de embargo y principio de prioridad*. Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña y Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. Madrid, 1987, págs. 105 y sigs.

(81) *Prelación de créditos con embargo anotado*, cit., págs. 345 y sigs.

(82) Trabajo citado.

8. DISTINCIÓN ENTRE PRIVILEGIO Y RANGO HIPOTECARIO

RAFAEL RIVAS TORRALBA (83) concreta así las ideas que estima más acertadas y seguras:

- Hay que partir de la clara delimitación de los conceptos de privilegio crediticio y de prioridad o rango hipotecario. El privilegio es una cualidad del crédito, no negociable, atribuida por normas jurídicas diversas (civiles, mercantiles, laborales o administrativas). Sólo origina una anteposición en el pago en caso de concurrencia con otros créditos y siempre que se haga valer por la vía procesal oportuna. No es un derecho real que alcance su plena eficacia por la publicidad registral. La prioridad o rango hipotecario deriva del orden registral de los asientos (salvo los supuestos de hipoteca legal tácita y de carga real), pero también de la voluntad de los particulares, en la medida en que el rango es negociable. Es una situación registral. Su función consiste en determinar cuáles son los asientos registrales que han de subsistir o ser cancelados como consecuencia de un proceso de ejecución, partiendo de la regla general en nuestro Derecho (arts. 131 LH, 1.518 LEC, 175 y 236.1.3 RH, 161 RGR) que impone la cancelación de los asientos posteriores al gravamen que se ejecuta y la subsistencia de los anteriores.
- No deben interferirse los planos personal y real trasvasando a los embargos las preferencias entre los créditos respectivos: ni el embargo altera la naturaleza personal del crédito que lo motiva, convirtiéndolo en real, ni éste confiere a aquél su preferencia (R. 22-11-88).
- El acreedor que obtenga anotación de embargo goza de preferencia frente a los créditos o actos dispositivos posteriores a la fecha misma en que la anotación se produce (art. 44 LH y 1.923 del Código Civil). Pero ello no quiere decir que los créditos anteriores a la anotación hayan de ser preferentes siempre al crédito en cuyo favor se practicó el embargo, o al embargo mismo todavía no anotado. La colisión entre los créditos anteriores a la anotación se decidirá por las normas sobre concurrencia y prelación de créditos (RR. 6-9-88 y 12-6-89).

Más concretamente, el crédito garantizado con anotación de embargo goza de preferencia sobre:

1. Los créditos posteriores, anotados o no, aunque sea alguno de los que gozan de preferencia general, ya que ésta cede frente a la especial derivada

(83) Obra citada, págs. 92 y sigs.

de la anotación. No obstante, gozan de preferencia sobre el anotado, aunque sean de fecha posterior: los créditos salariales del artículo 32.1 ET; los tributarios protegidos por hipoteca legal tácita; los créditos por gastos comunes de la propiedad horizontal, amparados en la afección real del artículo 9.52 LPH.

2. Los créditos anteriores no anotados que no gocen de especial prelación sobre el anotado. El mejor derecho al cobro vendrá determinado por la aplicación de las normas de derecho sustantivo, anteponiéndose en consecuencia al crédito anotado, siempre que éste no goce de preferencia con independencia de la anotación:

- Los créditos salariales amparados por el artículo 32.3 ET.
- Los créditos de derecho público (arts. 31 y 32 LGP y art. 34.1 RGR).
- Los créditos por cuotas de la seguridad social y conceptos de recaudación conjunta (art. 15, Ley 5 de julio de 1980 y art. 29 RGRSS).
- Los créditos incluidos en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 1.924 del Código Civil.
- Los créditos que, aún siendo de fecha anterior a la anotación, no disfruten de preferencia frente al anotado ni consten en alguno de los títulos mencionados en el número 3.º del artículo 1.924 del Código Civil, no prevalecen sobre el crédito anotado.

9. EL ARTÍCULO 1.924 ESTABLECE PREFERENCIA SÓLO SOBRE CRÉDITOS POSTERIORES; EL ARTÍCULO 1.927 DETERMINA LA PRELACIÓN ENTRE LOS INSCRITOS O ANOTADOS

CELESTINO PARDO NÚÑEZ (84) resume su opinión sobre la posible antinomia entre los artículos 1.923.4 y 1.927.2 del Código Civil —que entiende no existe— sobre la siguiente base discursiva:

— Según el artículo 1.923.4 del Código Civil, los **créditos preventivamente anotados** en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, **por embargos**, secuestros o ejecución de sentencia, gozan de preferencia sobre los bienes anotados, pero **sólo en cuanto a créditos posteriores**.

Por el contrario, según el artículo 1.927.2, los créditos hipotecarios y los refaccionarios, anotados o inscritos (que se expresan en el número 3 del citado art. 1.923), y los créditos preventivamente anotados por embargos, secuestros o ejecución de sentencias (comprendidos en su número 4), gozarán de prelación entre sí **por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad**.

(84) *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*. Estudios Jurídicos. Marcial Pons y Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Madrid, 1997, págs. 91 y 92.

— La antinomia no existe. Los ámbitos de los artículos 1.923.4 y 1.927.2 del Código Civil son diferentes y, en consecuencia, no se ocupan de la misma cuestión: el artículo 71 LH, como eslabón que es entre ellos, permite explicar la aparente contradicción. Según su texto, **la enajenación o gravamen de inmuebles o derechos anotado únicamente deja de perjudicar a los acreedores a cuyo favor se ha practicado la anotación**. Por tanto, la enajenación o gravamen sí perjudica a todos los demás acreedores: en concreto a aquéllos que, por la razón que sea, no han anotado los bienes o derechos de embargo.

— De este modo, la preferencia que dispone el artículo 1.923.4 del Código Civil únicamente operará entretanto el inmueble o derecho anotado no haya sido todavía transmitido o gravado por el deudor, por lo que su valor se lo disputan solo créditos, estén o no anotados.

En cambio, el artículo 1.927.2 entrará en acción cuando el derecho anotado ha sido gravado, *a fortiori* cuando fue transmitido. En este caso, los créditos que no estén anotados automáticamente quedan postergados: los derechos de naturaleza real por hipótesis, precisamente por razón de su naturaleza real, no pueden admitir que disputen el valor de la finca o derecho embargado créditos de su causante que no estén anotados.

En resumen, la eficacia del crédito anotado, si concurren al cobro sólo créditos (anotados o no), será sólo personal. Por el contrario, se volverá real si concurren derechos reales. El artículo 71 LH formula así una regla general que, para el caso de colisión del crédito anotado con derechos de realización de valor, concreta el artículo 1.927.2 del Código Civil.

IX. DOS CUESTIONES HIPOTECARIO-PROCESALES: COMPETENCIA JUDICIAL Y DEMANDA CONJUNTA

1. COMPETENCIA JUDICIAL

Tratándose de anotaciones ordenadas por la autoridad judicial, como es el caso de la anotación de embargo, el artículo 165.2.º párrafo RH disponía que «el mandamiento será siempre expedido por el Juez o Tribunal en cuyo término jurisdiccional radique el Registro donde deba extenderse la anotación preventiva al que exhortarán con tal objeto los demás Jueces o Tribunales».

La reforma de la LEC por Ley 34/1984, de 6 de agosto, disponiendo en su artículo 299 que «los mandamientos se cursarán para su cumplimiento directamente por el Juez o Tribunal que los hubiese librado, sin necesidad de exhortar a aquél en cuyo término jurisdiccional radique el Registro», planteó el problema de la subsistencia del citado texto del RH.

La DGRN, a partir de la Resolución de 31-10-85 (confirmada por las de 7, 8, 11, 12 y 13, 12/85, 20-2-86 y 27-10-87) entendió que el término «directamente» utilizado por el nuevo artículo 299 LEC implica la supresión no sólo de intermediarios portadores del despacho, sino también de cualquier otro órgano que se interponga entre quien lo expida y su destinatario, siendo la remisión del artículo 1.453 a las disposiciones de la LH y del RH exclusivamente a las de alcance registral, pero no a las del procedimiento o tramitación procesal, por lo cual debe entenderse derogado tácitamente el citado párrafo 2.º del artículo 165 RH.

El Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario y del Reglamento Notarial, suprime el mencionado párrafo 2º del artículo 165 RH.

Estudian el problema MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS, JORGE SALAZAR GARCÍA y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (85). La reforma del artículo 299 LEC por la Ley citada en el título del trabajo, permitiendo que los mandamientos se cursaran directamente por el Juez o Tribunal que los hubiera librado, sin necesidad de exhortar a aquél en cuyo término radique el Registro donde deba extenderse la anotación, planteó el problema de la subsistencia del párrafo 2.º del artículo 165 RH, que disponía que el mandamiento será siempre expedido por el Juez o Tribunal en cuyo término jurisdiccional radique el Registro donde deba extenderse la anotación preventiva, al que exhortarán con tal objeto los demás Jueces o Tribunales».

El Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, suprimió el mencionado segundo párrafo del artículo 165 LH y, por lo tanto, actualmente, no hay contradicción entre ambos textos. Pero antes de esta supresión los autores del trabajo reseñado manifestaron un profundo desacuerdo con la reforma del artículo 299 LEC y llegaron a la conclusión de mantener el texto del ahora derogado párrafo 2.º del artículo 165 RH y la necesidad del exhorto pues, al carecer de jurisdicción el juez del procedimiento en el lugar en que se encuentra la finca ha de recabar el auxilio judicial del Juzgado con jurisdicción. Distinguen igualmente entre la competencia para decretar el embargo y competencia para expedir el mandamiento decretando la anotación.

Ahonda en la cuestión JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (86). Todos los actos procesales significan un «curso procesal» que cuando afecta a derechos subjetivos de la persona —como el patrimonio y su inviolabilidad— no cabe hablar de «diligencias de ordenación», pues no se trata de ordenar el proceso

(85) «Competencia para la expedición de mandamientos de anotación preventiva de embargo: ¿Ha sido reformada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto?», en *RCDI*, julio-agosto de 1985, núm. 569, págs. 1083 y sigs.

(86) «Los mandamientos judiciales y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, julio-agosto 1986, núm. 575, págs. 1173 a 1187.

simplemente sino de mucho más: afectar los derechos de la persona sin su consentimiento, y eso sólo lo puede hacer el Juez, como órgano al que la sociedad encomienda la jurisdicción y suplencia de la voluntad del titular. En las «propuestas de resolución», al menos el Juez ha dado su «conforme» con lo que cabía entender que se ha convertido en «providencia».

En consecuencia, la anotación debe decretarla el Juez a través de la correspondiente resolución judicial (providencia o auto), y no el Secretario (a través de una «diligencia de ordenación» o «propuesta de resolución»).

En cuanto al mandamiento es una figura jurídica que no es de simple comunicación, sino de «ejecución», realizada por el mismo Juez, y no se trata de un asunto de trámite, sino afectante al derecho de la persona. Es, además, un acto procesal de rogación registral que suple la voluntad del titular registral en el procedimiento registral. En consecuencia, un mandamiento expedido por el Secretario es una *contradictio in terminis*.

RAMÓN DE LA RICA MARITORENA (87) estudia el contenido de los mandamientos tras la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la LEC, y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyas novedades resume así:

1. El mandamiento se expide siempre por el Juez o Tribunal que está conociendo del juicio de que deriva el embargo, aunque no sea el de la jurisdicción del Registro de la Propiedad donde deba anotarse.
2. Puede ser remitido al Registro directamente o mediante persona interpuesta: Procurador, mandatario, interesado, propio, etc.
3. Puede estar librado por el Secretario al ostentar carácter de autoridad.
4. La providencia que decreta la anotación del embargo puede adoptar la forma de propuesta de resolución, que dicta el Secretario y el Juez le da el «conforme» o, al menos, debe estar visado por el Juez el mandamiento.
5. No es necesaria la constancia de la firmeza de la resolución ordenando la anotación.

El mismo autor (88) analiza las diversas formas en que pueden constar inscritas en el Registro de la Propiedad las fincas adquiridas por los cónyuges

(87) «Los mandamientos judiciales para la práctica de anotaciones preventivas de embargo», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 230, enero 1987, págs. 5 y sigs.

(88) RAMÓN DE LA RICA MARITORENA, «Posibilidad de anotación preventiva de embargo sobre fincas inscritas como propias del cónyuge no deudor ni demandado en virtud de escritura de capitulaciones matrimoniales», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 265, marzo 1990, págs. 467 a 476. Pueden verse también los dos trabajos siguientes:

MARÍA TERESA BENITO CAÑIZARES, *La anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales*. Editorial Trivium, Madrid, 1993, propone incluir en el artículo 144 RH,

y la anotación de embargos sobre los mismos, atendiendo a la naturaleza de la deuda y a la titularidad de los bienes embargados.

2. EL REQUISITO DE LA DEMANDA CONJUNTA

La colisión de intereses legítimamente protegidos —del acreedor y del cónyuge no deudor— en el régimen de la sociedad legal de gananciales es problema que trató ya de resolver el artículo 144 RH en la reforma del Decreto de 17 de marzo de 1959 (89), consecuencia de la previa reforma del Código Civil de 24 de abril de 1958 —en especial su art. 1.413— que, aunque seguía reservando al marido las facultades de administración y disposición de los gananciales, impuso el consentimiento de la mujer, o en su defecto, autorización judicial, para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles. La reforma introduce en el artículo 144 RH dos importantes novedades en la reclamación de deudas a cargo de la sociedad de gananciales contraídas antes de su disolución: que «haya sido dirigida la demanda contra ambos»; y que «llegado el caso de enajenación de estos bienes, se cumplirá lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código Civil...»

Las dificultades de cumplimiento de la exigencia de la demanda conjunta, principalmente problemas de tracto y de legitimación pasiva procesal determinaron la doctrina del DGRN (RR 11, 20 y 21 de febrero de 1964; 9, 13, y 14 de diciembre de 1966) de que la exigencia puede cumplirse «si se extiende la demanda a la mujer al solo efecto de darle a conocer la existencia de la litis y hacer posible la futura enajenación».

El problema vuelve a plantearse con la reforma del RH por Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre, como consecuencia también de las Leyes de modificación del Código Civil de 2 de mayo de 1975 y de 13 de mayo de 1981, en lo relativo al régimen económico del matrimonio. Y la historia se

como supuesto especial, la anotación del embargo recaído cuando la fecha de admisión a trámite de la demanda sea anterior a la de la inscripción de la adjudicación por efecto de las capitulaciones en el Registro (problema resuelto por la DGRN: fecha de la inscripción de las capitulaciones en el Registro Civil).

RAMÓN ABELLO MARGALEF, «LOS mandamientos de embargo en causa criminal», en *RCDI*, marzo-abril 1998, núm. 645, págs. 353 a 363. Analiza las circunstancias especiales de estos mandamientos: número del sumario o diligencias abreviadas, circunstancias que permitan calificar la competencia de los jueces, en atención al lugar de comisión de los hechos delictivos, identificación del procesado y del perjudicado, cuantía de las responsabilidades pecuniarias y firmeza del auto.

(89) Puede verse MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA y ANTONIO MANZANO SOLANO, *Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales. Coméntanos al nuevo artículo 144 del Reglamento Hipotecario*. Estudios Jurídicos en homenaje a Tirso Carretero. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1985, págs. 835 y sigs.

repite, pues el nuevo artículo 144.1.º RH exige para que sea anotable el embargo, «incluso cuando uno solo de los cónyuges aparezca como deudor», que «deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra ambos cónyuges». Como ocurrió tras la reforma reglamentaria de 1959, la inseguridad corrió entre Registradores y profesionales. De nuevo la DGRN, a partir de las Resoluciones de 28 de marzo y 15 de abril de 1983 resuelve el dilema demanda conjunta-notificación a favor de esta última, rechazando el texto literal del artículo 144 RH, al que claramente desautoriza, y dando lugar a la que se ha dado en llamar «doctrina de la notificación» frente a la «doctrina de la demanda» (90).

No voy a insistir en las razones de la DGRN (91), y me voy a limitar a recoger la opinión resumida ya expuesta en otra ocasión (92): Sin perjuicio de las evidentes diferencias entre «ser demandado» y «ser notificado», el problema, en términos procesales, es más aparente que real, siempre que se admita al cónyuge no deudor alegar las excepciones del artículo 1.464 LEC. Caso contrario, nos hallaríamos ante graves problemas registrales al chocar con el principio, hipotecaria fundado (arts. 1.º, 20, 40, 38, etc., LH), de que el titular registral debe ser demandado, no bastando la notificación.

En relación con el problema de la demanda conjunta, termino citando uno de los últimos trabajos publicados en *Revista Crítica*, del que es autor JUAN FRANCISCO BONJLLA ENCINA (93). Estudia las reformas e importantes cambios introducidos en el Código Civil por la Ley de 13 de mayo de 1981, como

(90) Confirman la doctrina de la DGRN las 27-5, 27 y 28-11/86; y las STS 20-3-89 y 2-12-94: Tratándose de obligación contraída por uno solo de los cónyuges en el ejercicio de los poderes individuales que sobre la sociedad de gananciales le reconoce la ley (art. 1.365 del Código Civil), basta para anotar el embargo la notificación al otro cónyuge, no siendo preciso que también éste sea demandado.

La Resolución de 11-12-91 exige la *constancia de la notificación al cónyuge*: Está justificada la prevención del Registrador que exige se haga constar el nombre del cónyuge notificado, por sí, como ocurría en el caso debatido, resulta de otro documento presentado con posterioridad (mandamiento dictado en otro juicio ejecutivo) que el cónyuge, según Registro, del demandado, había fallecido con anterioridad a la interposición de la demanda.

La STS de 22-1-95 declara que tratándose de finca inscrita como ganancial y de deuda que, aunque contraída sólo por el esposo, era ganancial, basta con demandar a éste y notificar a la esposa a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, sin que pueda ésta alegar infracción del artículo 1.373 del Código Civil, por ser aplicable este precepto sólo a las deudas privativas de uno de los cónyuges, de las que responde éste con su patrimonio privativo y la parte que le pueda corresponder en los gananciales.

(91) En el trabajo citado en la nota anterior, las hemos expuesto y comentado ampliamente, en las págs. 875 y sigs.

(92) Trabajo citado en las dos notas anteriores, pág. 880.

(93) «El artículo 144 del Reglamento Hipotecario y la Dirección General de los Registros», en *RCDI*, septiembre-octubre 1990, núm. 600, págs. 39 y sigs.

consecuencia del nuevo texto constitucional de 1978, estableciendo la igualdad de los cónyuges y proclamando, como regla general, la necesidad de la actividad conjunta de ambos esposos, así como la consiguiente modificación del artículo 144 RH por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, de una parte; y de otra parte, la doctrina de la RDGRN de 28 de marzo de 1983, en particular la sustitución del principio de la demanda conjunta por el de la notificación, que no comparte (94).

Frente a las bien conocidas reformas del Código Civil y del RH y su desarrollo jurisprudencial, su propuesta «progresista» se resume así:

- Si los cónyuges contrataron conjuntamente, es imprescindible para la anotación de los bienes gananciales que la demanda se haya dirigido contra ambos.
- Si el marido asumió personalmente la deuda, la demanda se dirigirá contra él y se dará traslado a la mujer; pero solamente cuando se acredite que son insuficientes los bienes propios del deudor, se practicará la anotación sobre los gananciales.
- Si el marido contrata con intención de obligar directamente los gananciales, invocando alguna norma excepcional del Código Civil (vid. arts. 1.362 y sigs.), habrá de acreditarse la excepción.

ANTONIO MANZANO SOLANO

Registrador de la Propiedad y Mercantil

(94) Especialmente, critica el trabajo sobre el artículo 144 RH de MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA y ANTONIO MANZANO SOLANO en el libro homenaje a TIRSO CARRETERO, cuyo esquema —lo reconoce y eso le honra, pero llega tarde— fue después seguido por MANUEL DE LA CÁMARA, y el propio CÁMARA lo manifiesta en su conocido trabajo. No obstante, argumenta que CÁMARA lo hace «con mayor seriedad»: Plagio con asesinato, se llama esa figura en el campo literario; en el campo jurídico y, en este caso, siempre es un honor que un gran maestro se digne seguir caminos abiertos —mire usted qué cosas—, por «dos moros cristianizados» —«mozárabes» que llaman los eruditos— tocados con babucha, chilaba y turbante, pues el turbante solo, dejaría las vergüenzas al descubierto...