

I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR JUAN M. REY PORTOLÉS
y SALVADOR MÍNGUEZ SANZ

1. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO NO CREA NINGÚN DERECHO, NI ALTERA LA NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN QUE SE EJECUTA, NI MUCHO MENOS CONVIERTE EN REAL LA ACCIÓN QUE ANTERIORMENTE NO TENÍA ESE CARÁCTER, RAZONES POR LAS QUE LOS ACTOS DISPOSITIVOS ANTERIORES A ELLA, AUN INSCRITOS DESPUÉS, PREVALECEN SOBRE AQUELLA MEDIDA CAUTELAR Y, EN CONSECUENCIA, SUPONEN UN OBSTÁCULO INSALVABLE POR MOTIVO DEL TRACTO PARA QUE PUEDA INSCRIBIRSE LA ADJUDICACIÓN QUE DE LA FINCA EMBARGADA SE HUBIESE EFECTUADO AL ACTOR DENTRO DEL PROCESO DE EJECUCIÓN. NO RESULTA POSIBLE PONER DE NUEVO EN VIGOR UNA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO QUE HUBIESE SIDO CANCELADA EN VIRTUD DE UN MANDAMIENTO ANTERIOR AL QUE DECRETA LA «RESURRECCIÓN» DE DICHO ASIENTO POR ESTAR AHORA INSCRITOS LOS INMUEBLES A FAVOR DE «TERCERAS PERSONAS».

Resolución de 12 de septiembre de 1983 (B. O. del E. del 3 de octubre).

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por doña Isabel Bravo Sáez, en nombre y representación de «Construcciones Alza, S. A.», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Arenys de Mar a inscribir un mandamiento expedido por la Magistratura de Trabajo número 10 de Barcelona, en virtud de apelación del recurrente;

Resultando que en autos 1569/11 el Magistrado de Trabajo número 10 de Barcelona expidió mandamiento ordenando tomar anotación preventiva de embargo en garantía de 248.267 pesetas de principal y 60.000 para costas, en concepto de reclamaciones salariales, sobre una finca propiedad de «Promotora Zona Rústica Sant Llop, S. A.», y cinco más; que el citado mandamiento de embargo dio lugar a la correspondiente anotación preventiva, que se practicó en el Registro de la Propiedad de Arenys de Mar el día 26 de julio de 1978, expidiéndose ese mismo día la certificación de dominio y cargas que en el mismo mandamiento se pedía; que con posterioridad a la anotación de embargo se presentaron trece escrituras públicas de segregación y venta de parcelas, escrituras que eran integrantes de una de las fincas embargadas, siete de fecha anterior a la anotación de embargo, y seis, de fecha posterior a la misma, y todas ellas fueron inscritas en el referido Registro de la Propiedad; que el 23 de mayo de 1980 fue presentada en el mismo escritura de fecha 22 de igual mes y año, por la que se adjudicaba la finca a que se refiere el presente recurso a «Construcciones Alza, S. A.», como cesionaria del rematante en la subasta judicial, por precio de 500.000 pesetas, practicándose la correspondiente inscripción, pero suspendiéndola en cuanto a la extensión de una hectárea, 82 áreas, 63 centiáreas y 39 decímetros cuadrados, por figurar segregadas y vendidas a otras personas; que el 12 de septiembre de 1980 se presentó mandamiento procedente de los mismos autos y expedido a petición de la sociedad adjudicataria, ordenando la cancelación de la anotación preventiva de embargo y de las trece inscripciones primeras de segregación y venta, mandamiento cuya inscripción fue denegada en cuanto a las fincas transmitidas por escrituras de fecha anterior a la de la anotación de embargo origen del procedimiento; que con fecha 4 de noviembre de 1980 se presentó otro mandamiento del mismo origen reiterando, también a petición de la sociedad adjudicataria de la finca, las cancelaciones que fueron denegadas en el mandamiento primero y disponiendo, caso de ser confirmada la denegación, que se mantuviera la anotación de embargo en cuanto a tales fincas;

Resultando que, presentado este segundo mandamiento en el Registro de la Propiedad, fue calificado con nota del tenor literal siguiente: «Denegadas las cancelaciones de las inscripciones de segregación y compraventa dispuestas en el precedente mandamiento, por haberse practicado éstas en virtud de títulos de fecha anterior a la anotación de embargo sobre la finca matriz, no procediendo tampoco mantener el embargo inicial sobre la parte de finca correspondiente a las segregaciones no canceladas, por hallarse a su vez cancelada la anotación de dicho embargo, en cumplimiento de otro mandamiento precedente de fecha 8 de septiembre último.

Arenys de Mar, 3 de diciembre de 1980.—El Registrador.—Firma ilegible»;

Resultando que doña Isabel Bravo Sáez, actuando en nombre y representación de «Construcciones Alza, S. A.», interpuso recurso gubernativo.

tivo contra la calificación del Registrador, alegando: que cuando existe un adjudicatario de la finca embargada, la anotación de embargo deja de ser un asiento meramente cautelar, pasando a ser constitutivo de su derecho, como se desprende del artículo 70 de la Ley Hipotecaria; que no es moral ni jurídicamente lícito que al amparo de la Ley pueda existir la posibilidad de planear verdaderos fraudes, simulando escrituras de venta que, dejando transcurrir el plazo de prescripción del Impuesto de Transmisiones, puedan tenerse «en cartera» para llevarlas a inscribir al Registro cuando convenga perjudicar a terceros; que si prevalece la tesis de la calificación registral, la eficacia de las anotaciones es nula, ya que nada aseguran, al poder quedar burlados en sus derechos los anotantes; y la eficacia de las certificaciones es igualmente nula, ya que al no cerrar el Registro a subsiguientes cambios de titularidad de nada informan a los legítimos interesados en el procedimiento de apremio, por lo que se impone, de prevalecer esta tesis, la supresión en nuestro ordenamiento legal de las anotaciones de embargo y de las certificaciones registrales;

Resultando que el Registrador de la Propiedad informó: que la argumentación de la recurrente únicamente podría considerarse lógica y correcta si se aplicara a una colisión entre asientos o derechos de igual rango, supuestos éstos que son completamente distintos al que aquí se debate; que se hace innecesario que el informante repita argumentos que han sido recogidos repetidamente tanto por el Tribunal Supremo como por la Dirección General de los Registros y del Notariado, por lo que transcribe considerandos de numerosas sentencias y resoluciones que aclaran el alcance y naturaleza de las anotaciones de embargo y la inoperancia de las mismas respecto a enajenaciones de la finca; que, en cuanto a la última parte de la nota calificadora, se rechaza la posibilidad de renovar la eficacia de la anotación porque con anterioridad se habría practicado la cancelación, y así lo ha expresado en Resolución de 23 de junio de 1960 la Dirección General de los Registros y del Notariado;

Resultando que el Magistrado de Trabajo número 10 de Barcelona informó: que habiendo adquirido «Construcciones Alza, S. A.», en virtud de subasta debidamente tramitada, y figurando como única propietaria de la finca total en la certificación del Registro la sociedad «Promotora Zona Rústica Sant Llop, S. A.», la compraventa judicial se ha otorgado actuando la Magistratura como vendedora, y «Construcciones Alza, Sociedad Anónima», como compradora; que estando por ello justificado el mandamiento de cancelación, el Registrador de la Propiedad ha distinguido, indebidamente, entre segregaciones cuya escritura notarial fue posterior a la anotación de embargo y aquellas segregaciones que derivan de escrituras anteriores a tal anotación, cuya cancelación se deniega;

Resultando que el Presidente de la Audiencia Territorial dictó auto en que confirmaba las notas puestas por el Registrador al pie de los mandamientos librados por la Magistratura de Trabajo número 10 de Barcelona;

Vistos los artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil; 20, 38 y 44 de la Ley Hipotecaria; 143 del Reglamento para su ejecución; las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1896, 28 de enero de 1903, 2 de marzo de 1910, 21 de febrero de 1912, 5 de julio de 1917, 14 de julio de 1933, 22 de marzo de 1943, 29 de noviembre de 1962, 14 de diciembre de 1968, 12 de junio de 1970, 27 de diciembre de 1971, 21 de febrero, 8 de julio y

10 de noviembre de 1975 y 31 de enero de 1978, así como las Resoluciones de este Centro Directivo de 9 de noviembre de 1955, 16 de octubre y 13 de diciembre de 1974 y 5 de marzo de 1982;

Considerando que este recurso plantea: 1) la inscripción a favor del adjudicatario de una finca adquirida a consecuencia del procedimiento seguido por débito personal del deudor que había motivado la correspondiente anotación preventiva de embargo, dándose la circunstancia de que parte de tal finca en virtud de escrituras de segregación y enajenación del inmueble de fecha anterior a la práctica de la anotación se inscribieron con posterioridad a ésta a nombre de los actuales titulares registrales; 2) la nueva puesta en vigor de una anotación preventiva que había sido cancelada en base a un mandamiento anterior ya despachado en cuanto a este punto;

Considerando que es reiterada doctrina del Tribunal Supremo, que aparece recogida en las sentencias enumeradas en los vistos de esta Resolución, que la anotación preventiva de embargo no crea ni declara ningún derecho ni altera la naturaleza de las obligaciones ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía ese carácter y por eso tal anotación no lesiona los derechos adquiridos previamente sobre la finca embargada ni produce efectos contra terceros cuyo derecho sea anterior a la anotación, ya que ésta sólo otorga preferencia sobre los actos dispositivos posteriores hechos por el deudor, pero no en cuanto a los anteriores al embargo anotado, y ello aunque tales actos no se hubiesen inscrito, todo ello de acuerdo con los artículos 1.923 del Código Civil y 44 de la Ley Hipotecaria;

Considerando que en el presente supuesto, y con arreglo a la anterior doctrina, así ha procedido el Registrador que correctamente ha cancelado las inscripciones de los titulares de aquellos inmuebles adquiridos —según las escrituras públicas— con posterioridad a la práctica de la anotación, pero ha denegado la cancelación en aquellos otros casos en que los titulares adquirieron previamente su derecho, por lo que al subsistir estos asientos surge un obstáculo para que pueda inscribirse la adjudicación hecha a favor de la sociedad recurrente, dado lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y todo ello sin perjuicio del derecho de los interesados conforme al artículo 66 de la misma Ley de acudir a los Tribunales para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de sus respectivos títulos o de la preferencia de sus derechos;

Considerando que la pretensión de la sociedad recurrente de que proceda la inscripción conforme a lo dispuesto en el párrafo último del artículo 38 de la Ley Hipotecaria que equipara al tercer poseedor de bienes anotados con el tercer poseedor de bienes hipotecados, por lo que habrían de serle de aplicación a los primeros las normas contenidas para los segundos en los artículos 134 y siguientes de la Ley, supone una cuestión que ya fue debatida y resuelta, entre otras, por las Resoluciones de 16 de octubre y 13 de diciembre de 1974, que declararon que para gozar de la condición de tercer poseedor de bienes embargados se requiere que el título de adquisición del inmueble sea de fecha posterior al embargo practicado, según señala el mencionado artículo 38 *in fine*;

Considerando, por último, y en cuanto al defecto señalado en la última parte de la nota, procede igualmente confirmarlo, ya que no es posible poner de nuevo en vigor una anotación preventiva que ha sido can-

celada en virtud de un mandamiento anterior al ahora calificado, y en donde por las segregaciones y transmisiones realizadas e inscritas a favor de terceras personas han quedado los inmuebles libres de los efectos de la anotación, tal como declaró la Resolución de 23 de junio de 1960, y los asientos registrales que se han provocado se encuentran bajo la salvaguarda de los Tribunales, mientras no se declare su inexactitud,

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado,

Lo que con devolución del expediente original comunico a V.E. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 12 de septiembre de 1983.—El Director general, Francisco Mata Pallarés.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona.

SUMARIO: 1. Primer problema abordado por la presente Resolución: Preferencia de las mutaciones jurídico reales fehacientemente previas sobre las anotaciones preventivas de embargo que se les anticipan en su acceso a los libros. 1. Datos legislativos. 2. Datos jurisprudenciales: A) Repaso de las sentencias reseñadas en los Vistos. B) Repaso de las Resoluciones allí recogidas. 3. Datos doctrinales: A) Posiciones conformes con el criterio que una vez más se reitera en esta Resolución: a) Y que harían valer la preferencia a través de una tercería registral; b) y que la actuarían por el cauce previsto por el artículo 198 *fine* del Reglamento hipotecario; c) y que no arrastrarían la anotación al apartado de «cargas» del asiento traslativo; d) y que desenvolverían la preferencia, fundamentalmente, a través de una tercería de dominio: α) Siempre que se ejercite oportunamente; β) o, incluso fuera de plazo, a través de un juicio declarativo o de una actitud pasiva. Breve meditación sobre esta última opinión, hoy dominante *lege data*. B) Posición aislada (RAMOS FOLQUÉS) disconforme con el criterio que repite la presente Resolución. Interrogantes sobre su oportunidad actual *lege ferenda*. Otros «flecos» del tema.—II. Segundo problema abordado por la Resolución comentada: Imposibilidad de «resucitar» una anotación ya fenecida. Argumentación analógica con el supuesto de error. Distinción según que el tercero hubiese adquirido sobre la base de la vigencia o de la inexistencia de la anotación.

I. El primer problema de los abordados en la presente Resolución podría quedar despachado en breves párrafos de remisión a la constante doctrina jurisprudencial vertida al respecto y a cuya selección se dedica básicamente el Vistos. Pero a veces resulta también aconsejable reflexionar con cierto detenimiento sobre postulados indiscutidos y de frecuente y automática aplicación no sólo para destacar sus puntos débiles y su desenvolvimiento en hipótesis extremas, sino sobre todo y dentro de nuestro caso para despejar (o no) esa sensación de *fumus mali iuris* que nos queda a los que hemos tenido que cerrar varias veces las puertas del Registro a un cabal adjudicatario en beneficio de un «sospechoso» adquirente anterior.

El tema de la colisión entre una mutación jurídico real previa y una anotación preventiva de embargo que se le anticipa en su acceso a los

libros puede ser analizado desde múltiples puntos de vista y bastaría por sí solo para colmar una densa monografía. Por eso yo me limitaré aquí, únicamente, a repasar los principales datos legales, jurisprudenciales y doctrinales que se barajan en las exposiciones de mayor solvencia de entre las que se han ocupado del problema.

1. DATOS LEGISLATIVOS

Acaso tiene razón RAMOS FOLQUÉS (1) cuando destaca que históricamente la solución al conflicto parece haber sido otra en el caso de embargos decretados en vía ejecutiva, ya que no en los decretados en la vía de asentamiento (2). Pero fuera cual fuese el alcance que a la constitución de un embargo ejecutivo hubiesen dado las leyes patrias anteriores, lo cierto es que el punto de partida legislativo de la postura hoy prevalente lo representan los conocidísimos párrafos de la Exposición de Motivos de la primitiva Ley de 1861, que, interpretando el sentido de su artículo 44, explicaban que las anotaciones preventivas de embargo no declaraban ningún derecho, ni menos convertían en real el que no tenía antes semejante carácter por lo mismo que no eran el premio de la carrera concedido al acreedor más ágil o desaprensivo (repásense, una vez más, los párrafos 24 a 31 de aquella luminosa obertura legal). De suerte que desde el 1 de enero de 1863 *«el acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números segundo, tercero y cuarto 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»*.

Notorio es también que el Código Civil, en su artículo 1.923, 4.º, asumió completamente esa solución legal sobre los efectos de las anotaciones preventivas de embargo, si bien omitiendo destacar que los créditos posteriores postergados al anotado eran exactamente los *contraídos con posterioridad a la anotación*.

Y archisabida es igualmente la peripecia experimentada por el artículo 44 de la Ley Hipotecaria tras la reforma de 1909 y el retorno a su exacta remisión legal en el texto hoy vigente.

Y aunque propiamente el artículo 1.923, 4.º, del Código Civil sólo resuelve el problema de la eficacia de un crédito anotado en relación con

(1) En uno de los artículos que dedicó, mediada esta centuria, a sustentar su aislada postura que después sintetizaré: «El precedente real de las anotaciones de embargo», *R. D. Pr.*, núm. 426, septiembre de 1952, págs. 703 y ss.

(2) Sabido es, en efecto, que en la génesis de la actual medida cautelar en que el embargo consiste han confluído dos precedentes de alcance y cometido dispar: el embargo decretado en ejecución de sentencias o en prevención de las mismas dentro de procesos declarativos plenos o sumarios, que era la genuina hipoteca judicial de nuestro Derecho histórico, y el embargo ordenado en los juicios en rebeldía del demandado (vía de asentamiento), con un designio a la vez compulsivo y anticrético, que constituyó la denominada hipoteca pretoria, al tener su remoto origen nada menos que en el Edicto de los pretores romanos. Mientras que las hipotecas judiciales otorgaban prioridad (frente a otros acreedores) desde que mediaba la *traditio*, en algunos casos hasta simbólica, del bien trabado (*Partidas*, 5, 13, 1 y 13), las pretorias no conferían, en cambio, ninguna prelación a los favorecidos por ellas respecto de los acreedores del deudor existentes al decretarse el asentamiento (D. 12,5,42), aunque sí respecto de acreedores surgidos ulteriormente. Esa es al menos la interpretación de nuestro Derecho histórico que da RAMOS FOLQUÉS, apoyándose fundamentalmente en ESCRICHE (*Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, ed. 1847, t. II, pág. 118) y que no aparece sustancialmente revisada en el documentado y reciente libro de JOSÉ MARÍA RIFÁ SOLER *La anotación preventiva de embargo*, Montecorvo, Madrid, 1983, págs. 58 y ss.

«otros créditos ostentados contra el mismo deudor, el artículo 4.º, 1, del mismo Código permite concluir *a fortiori* que la solución será la misma en presencia de un adquirente del dominio o derecho real excluyente que sea fehacientemente previo al asiento del anotante.

Como vemos, la *ratio legis* de la norma cuya conocidísima trayectoria acabo de sintetizar acaso se condensa en aquellas palabras de la citada Exposición de Motivos, según las cuales «*el que contrata y no exige hipoteca se contenta con la garantía que le da el crédito personal del deudor y no debe tener preferencia alguna sobre los que se hallan en el mismo caso. Si el deudor deja de cumplir lo pactado al tiempo convenido podrá el acreedor compelerlo al pago acudiendo a la vía judicial, pero esta demanda (idem la medida cautelar del embargo y su anotación, preciso yo (2 bis) no cambia ni la naturaleza del crédito ni la fuerza del título*».

En otras palabras, el que concedió crédito fiado tan sólo en la responsabilidad patrimonial universal de su deudor no puede contar con la garantía de aquellos elementos patrimoniales extraídos de modo no fraudulento del activo de aquél en un momento anterior a la publicación *erga omnes* del hecho de la sujeción de aquellos elementos a la persecución del referido acreedor personal, por lo mismo que éste no tiene un derecho a la invariabilidad del patrimonio de su deudor durante la vida del crédito.

La prevalencia de un adquirente cierto anterior sobre una anotación de embargo obedece a que el bien embargado era ya ajeno al tiempo de la ejecución por el acreedor personal y a que el derecho puramente obligatorio de éste no se transforma nunca en absolutamente real, salvo en el evento de que, por falta de postores, se le adjudique a él la finca, y aun entonces, por efecto del negocio jurídico real de la dación en pago.

Antes de esa eventualidad la ley sólo permite al acreedor que no exigió en su día garantías más sólidas, que su pretensión pecuniaria obtenga un cierto grado de «realidad» a través del embargo y de su anotación, que sería así una medida cautelar procesal o hasta, si se quiere y con técnica no demasiado rigurosa, un semiderecho real de constitución coactivo-judicial, peculiarizados porque su eficacia *erga omnes* se proyecta sólo *in futurum*, o sea contra adquirentes posteriores al asiento y no *in praeteritum*, es decir, contra adquirentes (idem acreedores) ya existentes en el momento de la fecha de aquél.

Eso significa que el artículo 1.923, 4.º, del Código Civil se sitúa en la misma línea de pensamiento que la mayor parte de los supuestos contemplados por los artículos 908 a 910 del Código de Comercio, que permiten a los otrora llamados incorrecta, pero gráficamente, «acreedores de dominio» (3) sustraer de la ejecución colectiva los bienes que no pertenecen

(2 bis) Cuando califico de «medida cautelar» al embargo y su anotación no estoy tomando partido en la polémica que divide a los procesalistas acerca de la naturaleza de aquella traba que para unos (JORGE CARRERAS LLANSANA: *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, págs. 103 y ss., y más matizadamente MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ: *El proceso de ejecución*, 1982, pág. 147) constituye una disposición con alcance prevalentemente ejecutivo y para los más (cfr. últimamente MANUEL ORTELLS RAMOS: *El embargo preventivo*, Bosch, Barcelona, 1984, págs. 67 y ss., y ahí la bibliografía abundante) con designio precautorio, sino que predico aquella condición fundamentalmente de la anotación preventiva o asiento merced al que el embargo de bienes registrables se hace oponible incluso frente a terceros hipotecarios, y confío en que al menos sobre la función cautelar de dicho asiento sí coincidirán todos los autores cualquiera que sea su especialidad y tendencia.

(3) Vide JOSÉ A. RAMÍREZ: *La quiebra*, t. II, Bosch, Barcelona, 1959, págs. 629 y ss., especialmente nota 145. Cfr. también las formulaciones más generales de los artículos 266 a 268 del «Ante-

realmente al quebrado, incluso aunque hubiese incidido sobre ellos el embargo (y su hipotética anotación) que decretan los artículos 1.173, 1.ª, y 1.175, 3.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicables a aquella situación concursal vía artículo 1.319 de dicha Ley de trámites. También cabría alinear entre esos ejemplos de derechos dominicales o cuasidominicales previos a la anotación del embargo que, por ello, prevalecen sobre ésta, el de la «opción dotal» regulada en el artículo 32 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña (4), aunque, si bien se mira, y operando sobre el supuesto de dote estimada (art. 31, 3.º), la colisión se produce no entre un dominio previo y un crédito posterior, sino entre dos créditos, uno dirigido a la restitución del valor de la dote y otro puramente personal (artículo 33, 2.º); no obstante, el que la preferencia se actúe más bien a modo de tercería de dominio (cf. art. 32, 1, *fine*) (5) y no a modo de tercería de mejor derecho permite aducir el supuesto aquí sin demasiada imperinencia.

2. DATOS JURISPRUDENCIALES

Desde el punto de vista de las decisiones jurisprudenciales, la conclusión a que se llega no es muy diferente a la que se extrae de los datos legislativos. Aunque la relación no es exhaustiva, me limitaré aquí a repasar resumidamente los fallos que se citan en el Vistos.

A) Sentencias

La lejana Sentencia de 7 de marzo de 1896 contempla ya un caso típico de colisión entre anotación preventiva de embargo derivada de la ejecución de un pagaré endosado a la sucursal del Banco de España en Córdoba y una compraventa cuya escritura se autorizó veintidós días antes de la práctica de aquel asiento, pero que, en cambio, advino al Registro dieciséis días después. Interpuesta tercería de dominio por el adquirente rezagado, el Supremo confirma su estimación afirmando con rotundidad «que según lo terminantemente dispuesto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria y LO QUE CON REPETICION TIENE DECLARADO ESTE SUPREMO TRIBUNAL (6) la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de un embargo acordado por providencia judicial, como dirigido únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no altera la naturaleza de las obligaciones ni puede convertir en real e hipotecaria la acción personal que carece de este carácter sin que produzca otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga sea preferido, en cuanto a los bienes

proyecto de Ley Concursal», editado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1983.

(4) Inalterado en la versión vigente aprobada por Decreto legislativo del Gobierno de la Generalidad 1/1984, de 19 de julio.

(5) Interpretan de otra manera ese inciso que se refiere al alzamiento del embargo tras el ejercicio —para mí— de la opción dotal y —para ellos— de la restitución definitiva de la dote, LUIS PUIG FERRIOL y ENCARNACIÓN ROCA TRIAS en *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, t. II, Bosch, Barcelona, 1979, pág. 288.

(6) Las mayúsculas son mías para subrayar la longevidad del criterio jurisprudencial que se examina. Con todo no se cita en esta Sentencia de 1896 ningún antecedente concreto que avale la alegada reiteración de doctrina.

anotados solamente, a los que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a dicha anotación».

La Sentencia de 28 de enero de 1903 aborda también otro supuesto arquetípico. La escritura pública de venta a un hijo (!) llevaba fecha de 1893, pero no se inscribió hasta más de seis años después, en noviembre de 1899, cuando ya la finca acababa de ser embargada, en julio de ese último año, por un acreedor del padre vendedor, cuyo crédito —interesa subrayar— había surgido en 1894, o sea con posterioridad a la venta. La Sala, al igual que las instancias, confirma la procedencia de la tercería de dominio, aduciendo idéntica doctrina a la proclamada en la Sentencia de 1896, a la que es de notar que no cita de modo expreso, aunque sí arguye, de nuevo genéricamente, *«lo declarado con repetición por este Tribunal Supremo»*.

El supuesto de hecho de la Sentencia de 2 de marzo de 1910 es interesante, por cuanto los terceristas eran hijos y donatarios (!!) del deudor embargado y habían adquirido su derecho en escritura de 27 de febrero de 1905, en tanto que la anotación de embargo no se practicó hasta el 24 de enero de 1906. El Supremo casa la sentencia de instancia —que había desestimado la tercería—, argumentando que las anotaciones preventivas comprendidas en los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 42, *«conocidas en el derecho antiguo con la denominación de hipotecas judiciales... son transitorias por su naturaleza, y no producen otro efecto positivo que el de dar preferencia al que la obtenga sobre los que ostenten contra el mismo deudor otro crédito, con posterioridad a la anotación, según se establece en el artículo 44... por todo lo cual es evidente que, tratándose aquí de la anotación de un embargo, aunque éste (repárese en que dice éste y no ésta) se efectuó antes de inscribirse en el Registro de la Propiedad el título de dominio de los terceristas, y, por consiguiente, cuando en el Registro aparecía como dueño de la finca embargada el deudor..., tal circunstancia no puede perjudicar a los que con antelación ostentaban sobre la misma la cualidad de dueños»*.

En la Sentencia de 21 de febrero de 1912 la escritura de venta que permitió prevalecer al tercerista estaba fechada en 28 de diciembre de 1907, mismo día en que se practicó el embargo de la finca, que, sin embargo, no se anotó hasta el 4 de febrero siguiente. El Supremo, al no dar lugar al correspondiente recurso, vino en definitiva a confirmar la tercería y a desechar la reconvencción de rescisión por fraude, fundándose en que *«conforme a los artículos 42, número 2.º; 44 y 71 de la Ley Hipotecaria y la doctrina sancionada por la jurisprudencia, las anotaciones preventivas dictadas judicialmente para garantizar las consecuencias de un juicio y cuyo carácter es, por tanto, provisional y transitorio, no alteran la naturaleza jurídica de la obligación cuyo cumplimiento se pretende asegurar, ni lesionan los derechos previamente adquiridos sobre la finca embargada»*.

La Sentencia de 5 de julio de 1917 corresponde a una temática muy próxima, pero distinta, a la de nuestra Resolución, concretamente a la colisión entre sí de créditos anotados y no a la surgida entre un crédito y una transferencia dominical (7).

(7) No obstante su supuesto no deja de ser muy ilustrativo y digno de recuerdo: El primero en anotar fue un acreedor ordinario cuyo título creditual —un pagaré— tenía fecha de 1905; el segundo, en cambio, lo fue un acreedor quirografario, cuya escritura estaba datada en 1903. La ejecución por

La Sentencia de 14 de julio de 1933, aunque vuelve a recordar que «la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de un embargo garantizando el cumplimiento de un fallo en un juicio ejecutivo no varía, según constante jurisprudencia de esta Sala, la obligación, ni convierte en real e hipotecaria la acción personal ejercitada», afronta también una cuestión ajena a nuestra temática, la de la preferencia a la posesión interina de una finca entre un acreedor hipotecario con título inscrito en primer lugar y un acreedor ordinario que se había anticipado en solicitar aquella medida procesal anticrética, pero cuya anotación era posterior al gravamen real.

La Sentencia de 22 de marzo de 1943 sólo es significativa en la medida en que se asimilen las anotaciones de embargo y de prohibición de disponer, pues sólo de esta última variedad trataba su supuesto (8).

En la Sentencia de 29 de noviembre de 1962 la tercerista había comprado la finca en cuestión mediante escritura pública de 1952, antes de que fuese embargada a favor de la Hacienda pública por los impuestos de Utilidades y otros adeudados por la vendedora. Una vez más, las tres instancias acceden a la sustracción del bien del procedimiento de apremio en curso, dejando cincelada, por medio de la pluma del Ponente en aquella ocasión (OGAYAR), esta nítida doctrina: «Para tutelar debidamente el cumplimiento de las obligaciones consagra el Derecho el principio de la responsabilidad patrimonial del deudor, con arreglo al cual el patrimonio de éste constituye la garantía genérica del derecho de crédito cuando la prestación debida no es espontáneamente realizada, garantía o responsabilidad que se extiende a todos los bienes, presentes y futuros, del deudor, como proclama el artículo 1.911 del Código Civil, pero esta responsabilidad patrimonial —que no recae sobre bienes determinados ni constituye una garantía real— no afecta ni comprende a los bienes que en el momento de la reclamación del acreedor no estén en el patrimonio del deudor, si bien el artículo 1.111 del Código Civil concede a aquél acciones para hacer que vuelvan al patrimonio de su deudor los bienes que hayan sido enajenados fraudulentamente (acción paliana o revocatoria) y para que entren en dicho patrimonio aquellos derechos que el deudor se abstenga de ejercitar (acción subrogatoria), pues la realización coactiva del derecho del acreedor sólo puede hacerse efectiva sobre los bienes que el deudor posea en tal instante o sobre los que, por el ejercicio de las medidas conservativas de su patrimonio, se incorporen a éste, por lo que cuando el acreedor pone en marcha su garantía y consigue el embargo de bienes de su deudor, tal medida ha de recaer sobre los que éste realmente

este último, no obstante, se anticipó y la finca le fue adjudicada por falta de postores. El acreedor ordinario que vio inatendida, por un lado, su pretensión de que el adjudicatario —que en ningún momento había interpuesto tercería de mejor derecho— le abonase entonces el importe de su crédito, y por otro, la de que prosiguiese la ejecución que él tenía en marcha, se vio abocado a interponer un declarativo de mayor cuantía en el que el quirografario-adjudicatario le reconvinó con su indiscutida preferencia que, a su parecer, no tenía por qué oponerse o alegarse solo en juicios de tercería. El Supremo, aceptando este planteamiento, casa la Sentencia de instancia, desestima la demanda y acoge la reconvenición, saliendo del *impasse* a que se había llegado merced a decretar la cancelación de la anotación cronológicamente anterior pero sustantivamente posterior.

(8) El asiento ordenando la indisponibilidad de las fincas obtenido por un ex-socio encubierto del vendedor, a cuyo nombre —al de este último, se entiende— figuraban exclusivamente inscritas en razón de un pacto de fiducia, llevaba fecha de 18 de julio de 1932 y las escrituras públicas de venta de aquéllas a terceros reivindicantes por parte del titular registral formal, la de 5 de mayo del mismo año, por lo que procedía declarar la inscribibilidad de dichas escrituras previas, ya que «como tiene declarado esta Sala en 21 de febrero de 1912 las anotaciones preventivas no lesionan los derechos adquiridos sobre la finca embargada» (cfr. el actual art. 145 del Reglamento Hipotecario).

posea y estén incorporados a su patrimonio en tal momento, hasta el punto que si se solicita anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad tal anotación no lesiona los derechos previamente adquiridos sobre la finca embargada, ni produce efectos contra terceros, cuyo derecho sea anterior a la anotación, pues ésta no prevalece sobre los actos dispositivos otorgados con anterioridad, aunque no estén inscritos, según los artículos 1.923 del Código Civil y 44 de la Ley Hipotecaria.»

En la Sentencia de 14 de diciembre de 1968, que, por cierto, reseña, con sólo una sustitución, la misma jurisprudencia dictada hasta su fecha que la Resolución de mi comentario, se repite el consabido esquema: la venta de las fincas a la entidad actora se efectuó en escritura pública de 12 de octubre de 1964; la anotación de embargo preventivo trabado contra los vendedores dentro de un juicio declarativo se practicó en 13 de abril de 1965, y, por último, la inscripción de aquella compraventa tuvo lugar el 21 de agosto siguiente. El Supremo confirma la estimación de la pretensión formulada por la compradora de que se alzase el embargo y se cancelase su anotación (pretensión que marginalmente critica se articulase como tercera de dominio, siendo así que no se demandó exactamente a las mismas personas que lo habían sido en el *plenario* principal y éste había concluido), sentando como doctrina que «aunque la anotación preventiva de embargo implica la constitución de un derecho real de realización de valor al servicio de la garantía del pago de una deuda dineraria, y viene a ser como una hipoteca judicial, sin embargo, no (sin duda, en lugar de 'no' quiso escribirse 'solo') le otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación y no en cuanto a los actos de disposición ni tampoco sobre los créditos anteriores de carácter preferente al del embargo anotado; consiguientemente, el favorecido por la anotación no goza, respecto a tales actos, de los beneficios protectores de la fe pública registral que otorgan los artículos 32, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, y sólo se antepone en absoluto a los títulos otorgados con posterioridad a ella, pero sin que prevalezca sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente, aunque no estén inscritos...»; y en el siguiente Considerando remacha hasta la saciedad que «en armonía con estos principios de nuestra legislación hipotecaria, esta Sala ha venido proclamando con reiteración que la anotación preventiva de embargo no altera la situación jurídica existente respecto a créditos ya contraídos por el deudor embargado y con mayor razón en cuanto a los actos dispositivos otorgados anteriormente por el mismo deudor, aunque no se hubiesen registrado, y sólo atribuye preferencia sobre las obligaciones y las enajenaciones otorgadas por el deudor con posterioridad a la fecha de la anotación».

En el caso contemplado por la Sentencia de 12 de junio de 1970 la única variedad estriba, acaso, en que la tercerista era una señora divorciada de nacionalidad alemana que había adquirido una mitad indivisa de la finca litigiosa al mismo tiempo que el embargado —también alemán y divorciado— adquiría la otra mitad, y luego este último, en escritura pública de fecha 12 de septiembre de 1963, le vendió su mitad a la primera, por lo que el total inmueble era ya sustantivamente ajeno el día (14 de noviembre de 1966) en que se anotó preventivamente un embargo decretado contra el citado vendedor de la mitad indivisa. El Alto Tribunal, tras reprochar el que no se hubiese combatido la validez de la transmisión

—síntoma de su sospechoso carácter—, no tiene más remedio que proclamar, una vez más, que «cuando el acreedor... consigue el embargo de bienes de su deudor, tal medida ha de recaer sobre los que éste realmente posea y estén incorporados a su patrimonio en tal momento, hasta el punto de que si se solicita anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad tal anotación no lesiona los derechos adquiridos previamente sobre la finca embargada ni produce efectos contra tercero cuyo derecho sea anterior a la anotación, pues ésta no prevalece sobre los actos dispositivos, aunque no estén inscritos, según los artículos 1.923 del Código Civil y 44 de la Ley Hipotecaria...»

La Sentencia de 27 de diciembre de 1971 resulta insípida para mi propósito, pues, surgida una vez más la colisión entre anotante y tercerista, toda su atención la centra en determinar si realmente éste había adquirido la propiedad del inmueble embargado y qué sentido había que atribuir a cierta carta por la que el deudor-vendedor aducía derechos, entre dominicales y de retro, sobre la finca acaso no muy convincentemente vendida. Con todo, el Supremo, casando la sentencia de la Audiencia, concluye estimando la tercería de dominio.

En la Sentencia de 21 de febrero de 1975 se aborda un caso de tercería de mejor derecho y no de tercería de dominio, toda vez que la confrontación se produjo entre un crédito hipotecario escriturado en 1969, pero registrado el 29 de enero de 1970, y un crédito personal, cuyo embargo se había anotado preventivamente un día antes. Sorprende que sólo la última instancia (9) reconociese la prioridad sustantiva del crédito cronológicamente anterior al anotado, visto el claro enunciado del artículo 1.923, 4.º, del Código Civil. Sin duda, el llamado carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca había actuado inicialmente en este caso como un espejismo perturbador.

Mayor interés reviste por ello la Sentencia de 8 de julio del mismo año 1975, por cuanto aquí el título dominical que prevalece sobre las anotaciones anticipadas es, por un lado, el derivado de la sentencia de primera instancia que decreta la nulidad por simulación absoluta de la venta de un inmueble al embargado, lo que dado el carácter declarativo de aquel pronunciamiento situaba al referido bien en el patrimonio de la comunidad hereditaria tercerista con anterioridad al embargo y a su anotación, y, por otro, la misma sentencia dicha que declaraba —con constatación igualmente retroactiva— que otros dos inmuebles eran privativos de la esposa del embargado y no gananciales de éste y aquélla, por lo que igualmente debían escapar a las responsabilidades contraídas sobre aquel falso presupuesto. Se pone así de manifiesto la posible conexión de nuestra problemática con la de las titularidades derivadas de un negocio simulado o de un negocio fiduciario.

También se aduce oportunamente la Sentencia de 10 de noviembre del propio año 1975 (10), por cuanto el bien en disputa era una cuota de finca vendida, retrocedida y vuelta a vender a los mismos terceristas, quie-

(9) Se utiliza aquí y en algún que otro momento el vocablo «instancia» en un sentido vulgar, indicativo de un simple nivel o escalón superior en una impugnación, pues sabido es que en una estricta acepción procesal sería erróneo catalogar al recurso de casación como una auténtica tercera instancia, de lo que ha huido siempre su regulación positiva, antes y después de la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(10) Comentada por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en su libro *Sentencias comentadas del Tribunal Supremo. Derechos reales e hipotecario*, C.E.H. del I.C.N.R.P.M.E., Madrid, 1982, págs. 714 a 722.

nes esgrimen la última transmisión que resultó ser fehacientemente anterior a la anotación practicada a favor de la Hacienda Pública por el impuesto correspondiente a la retrocesión.

Finalmente, la última Sentencia relacionada en los Vistos —que no la última dictada sobre el particular, como en seguida se verá—, la de 31 de enero de 1978 (11), torna a enfocar, una vez más, el choque entre escritura que se retrasó en llegar al Registro por necesidad de ratificaciones de la entidad compradora, y anotación preventiva practicada después de que la mutación real se culminase por completo, y, unánimemente, las tres instancias estiman la tercería, afirmándose en la superior, por boca de su Ponente BELTRÁN DE HEREDIA, que el juego de la preferencia derivada de los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código *«es ajeno, por completo, al principio de la fe pública contenido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que se dice violado... puesto que se refiere, como es bien sabido, no al valor de cualquier asiento registral, sino tan sólo a las adquisiciones a título oneroso por tercero de buena fe, de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, lo que, como fácilmente se comprende, nada tiene que ver con la anotación preventiva que en este caso se discute»*.

A pesar de la contundencia y contumacia de la línea jurisprudencial que, de la mano de la Resolución de mi comentario, termino de resumir, y a pesar de que en la mayoría de los fallos citados (salvo en las Sentencias de 5 de julio de 1917, 14 de julio de 1933 y 22 de marzo de 1943 y, si acaso, en la de 21 de febrero de 1975) puede considerarse *ratio decidendi* la doctrina de la preferencia de las adquisiciones fehacientes previas respecto de las anotaciones que se les anticipan en su llegada al Registro, es lo cierto que su eventual justeza no parece calar muy hondo en la conciencia social ni en la de los asesores o consejeros jurídicos de los litigantes, por cuanto incesantemente el Tribunal Supremo se ve urgido a reiterar su postura, como si la misma fuese impuesta «contra corriente» de lo que estima el sentir popular. Así, tras la última sentencia de que se hace eco el Vistos de nuestra Resolución, cabe reseñar como nuevas oportunidades —fracasadas, claro— que se han brindado al Supremo Tribunal para revisar su inmovible doctrina las Sentencias de 26 de febrero de 1980 (Aranzadi 534), 16 de diciembre de 1982 (Aranzadi 1486), 24 de marzo (Aranzadi 1614), 8 de julio (Aranzadi 4122), 31 de octubre (Aranzadi 5849) y 27 de diciembre (Aranzadi 7008), todas ellas de 1983, y, finalmente por ahora, la Sentencia de 3 de noviembre de 1984 (Aranzadi 5364) (11 bis).

Llama la atención, sin embargo, que la Sentencia de 30 de marzo de 1983 (12) no admitiese una tercería de dominio interpuesta en un procedimiento administrativo de apremio en el que se perseguía un vehículo, si el asiento de reserva de su propiedad en el Registro de Ventas a Plazos había caducado (y aunque no se hubiese procedido a su preceptiva cancelación). Dado que la inscripción en ese Registro especial no es constitutiva de la reserva dominical (ésta puede existir sin inscripción), sino

(11) Igualmente recogida en la obra citada en la nota anterior, págs. 723 a 729.

(11 bis) Hasta la corrección de pruebas cabe añadir las Sentencias de 4 de enero (Aranzadi 163), 13 de febrero —ésta «a contrario»— (Aranzadi 549) y 7 de marzo (Aranzadi 1131), todas del corriente año 1985.

(12) Se reproduce íntegra en el *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, número 34, correspondiente a octubre de 1983, págs. 1402 a 1409.

sólo presupuesto de su oponibilidad a tercero (art. 23 de la Ley 50/1965, de 17 de julio), y dada la inclusión del embargante en esa amplia noción de «tercero» que, por lo visto, efectúa la anterior Sentencia, resulta de hecho la anomalía de que los efectos del embargo, para nuestro Supremo Tribunal, son diferentes según incidan sobre bienes muebles o inmuebles. En aquéllos, el embargo afecta a un titular previo cuyo dominio reservado no pueda oponerse a tercero por haber precluido su irradiación registral; en éstos es la propiedad oculta la que prevalece sobre el embargo publicado tabularmente. No se me alcanza la razón del trato desigual. Si la traba procesal —y su eventual publicidad— sólo constituyen, como decía al principio, un semiderecho real con proyección *in futurum* únicamente, los titulares previos deberían triunfar en cualesquiera tercerías mobiliarias o inmobiliarias que intentasen. ¿O es que la solución correcta es acaso la que inspira a la Ley de Ventas a Plazos, de salvaguardar sólo al *dominus* que resguarda oportunamente su derecho en los folios registrales? Más adelante, tras la exposición de las opiniones doctrinales, desarrollo esta duda que aquí simplemente apunto.

B) Resoluciones

En la Resolución de 9 de noviembre de 1955 se había dilatado tanto la ejecución que el testimonio del auto de adjudicación al actor en cuanto a tres de las fincas perseguidas advino al Registro cuando las correspondientes anotaciones preventivas de embargo habían incidido en caducidad; además, dichos tres inmuebles se habían transmitido a terceras personas, dos después de la anotación respectiva y el tercero antes de ella. Precisamente en relación a este último la Dirección General recuerda que «conforme a lo prevenido en los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923... del Código Civil, el comprador goza de preferencia sobre el acreedor, pues, como declaró la Sentencia de 21 de febrero de 1912, el embargo no obtiene prelación sobre las enajenaciones otorgadas antes de la fecha de la anotación, aunque hayan sido inscritas con posterioridad y la adjudicación recaída en procedimiento seguido exclusivamente contra el titular registral anterior no es inscribible por oponerse a ella el artículo 20 de la Ley Hipotecaria». Importa subrayar que el Registrador, efectivamente, se opuso a la cancelación de las inscripciones de transferencia que obstaculizaban las de adjudicación al actor, a pesar de haber decretado aquélla el Juzgado, pero toda su argumentación reposaba exclusivamente en el dato de haberse extinguido por caducidad las correspondientes anotaciones, y tuvo que ser el Centro directivo el que, a mayor abundamiento, respaldase la calificación de aquel funcionario con la doctrina que reproducida queda.

En la Resolución de 16 de octubre de 1974 se siguió el juicio ejecutivo por todos sus trámites con adjudicación de la finca a tercero. Empero, al presentarse la escritura en que se instrumentaba dicha adjudicación, encontró el obstáculo insuperable de haberse inscrito un año antes (pero después de la anotación de embargo e incluso de la certificación de cargas) otra escritura de venta que el deudor había otorgado en su día, con anterioridad a la traba, eso sí, a favor de tercera persona. En vano intentará el inocente rematante y recurrente aproximar la figura del actual

titular registral a la del tercer poseedor de bienes anotados, por cuanto la Dirección General deshace su argumentación recordándole la cronología que exige para ello el artículo 38 *fine* de la Ley Hipotecaria y reconduciendo el problema a la sede de los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923, 4.º, del Código Civil. (El Considerando cuarto de la Resolución de 1983 que motiva este comentario destaca que fueron éstas de 16 de octubre y la que sigue de 13 de diciembre, ambas de 1974, las primeras que impidieron asimilar el tercer adquirente —anterior a la anotación— al tercer poseedor —posterior— sobre la base del adverbio «después» del último párrafo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.)

En la Resolución de 13 de diciembre de 1974 asistimos a un pintoresco caso-límite: a los pocos días de trabarse un embargo inmobiliario, y justo *la víspera* de la presentación del correspondiente mandamiento en el Registro de la Propiedad, se enajena la finca nada menos que a la madre política (!) del deudor. Aunque el caso se complicó innecesariamente al incumplir, en cierta medida, el Registrador, dentro de la certificación de cargas, lo ordenado en el último inciso del artículo 353 (hoy sería del apartado 1 del mismo artículo) del Reglamento Hipotecario, por no manifestar con nitidez el nombre, apellidos y domicilio, si constaba, de la última titular registral, que entonces lo era aquella señora, lo cierto es que el Centro Directivo confirmó la nota denegatoria del auto de adjudicación del inmueble a la entidad actora, inclinándose ante «*preceptos legales tan categóricos como los... artículos 1.923 del Código Civil y 44 de la Ley Hipotecaria y la misma naturaleza jurídica del embargo*».

Finalmente, la Resolución de 5 de marzo de 1982 vuelve a ser un caso arquetípico: la escritura de venta preferente lleva fecha de 1974, la anotación de embargo que se le anticipó en los libros la de 1977, y aunque el adjudicatario rechazado y recurrente intenta con habilidad enlazar su adquisición con dicha anotación a fin de plantear la controversia como un supuesto de doble venta en que él se beneficiaría de la prioridad registral de aquel asiento precursor, la Dirección no acepta ese enfoque y elabora de una vez, en dos considerandos, una doctrina escueta y uniforme que, en parte, se reproduce literalmente en la que comento y que tiene todos los visos de que será calcada inveteradamente en cuantas ocasiones se le suscite el mismo asunto (12 bis).

3. DATOS DOCTRINALES

En nuestra doctrina, y a propósito del problema que me ocupa, cabe registrar las siguientes opiniones:

A) Una postura aplastantemente mayoritaria que se rinde con más o menos convencimiento ante el peso de los razonamientos legales y jurisprudenciales anteriores. Se podría situar al frente de esta línea de pensamiento, aunque no fuese más que por la prolijidad con que la han expuesto, a RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE (13), quien deduce *a contrario sensu*

(12 bis) Así ha ocurrido efectivamente, aunque adaptando los pronunciamientos a las singularidades del caso en la recentísima Resolución de 3 de octubre de 1985 —B. O. E. del 18 siguiente—, aparecida en vísperas de la devolución de pruebas de este comentario, en la que el documentado Informe del Registrador se hace eco de algunas de las posturas doctrinales que después resumiré.

(13) *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., Bosch, Barcelona, 1968, t. II, págs. 904 a 918, que equivalen a las págs. 125 a 139 del t. IV-1.º de la 7.ª ed. de 1979.

del último párrafo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria que no cabe considerar como tercer poseedor de bien anotado a nuestro rezagado adquirente, merecedor, a su juicio, del privilegiado trato que le dispensa la jurisprudencia, y ahora, más recientemente, a JOSÉ MARÍA RIFA SOLER (14), quien también excluye al anotante presuroso, dada la naturaleza personal de su derecho y puramente cautelar-procesal de su asiento, del ámbito protector de la fe pública registral derivada del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Pero también se debe situar en este grupo igualmente a una larga retahíla de autores, clásicos y modernos, como GALINDO Y ESCOSURA (15), DÍAZ MORENO (16), MORELL Y TERRY (17), GAYOSO ARIAS (18), COSÍO Y CORRAL (19), PUIG BRUTAU (20), LACRUZ BERDEJO Y SANCHE REBULLIDA (21), DÍEZ-PICAZO (22), PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (23), GARCÍA GARCÍA (24), PAU PEDRÓN (25), O'CALLAGHAN MUÑOZ (26), etc.

Dentro de los autores que parten de la premisa indicada de dar prevalencia a la mutación real sobre la anotación preventiva de embargo cabría subdistinguir, además:

a) Los que como CHINCHILLA (27), MOLINA RAVELLO (28) o FERNÁNDEZ CABALETRO (29) han llegado a sostener que aquella prevalencia podría hacerse efectiva a través del expeditivo procedimiento de la llamada tercera registral del párrafo tercero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Frente a ellos argumentó certeramente LA RICA (30) que el sobreseimiento automático que contempla ese artículo está realmente pensado para favorecer sólo a las titularidades dominicales *inscritas antes* del advenimiento de la anotación preventiva de embargo al Registro, y abona su opinión tanto la letra del precepto, según la que lo paralizado por la inscripción de tercero es el embargo o, si se prefiere, el procedimiento en que se decretó y no la anotación de aquél, cuanto la idea que parece inspirar la primera de las dos alternativas de manifestación auténtica que

(14) *Ob. cit.*, págs. 280-1 y 285 a 298.

(15) *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, 3.ª ed., t. II, Madrid, 1896, página 644, donde se lee: «Por la misma razón, el que entabla un juicio ejecutivo en virtud de alguna deuda simple y embarga una finca que su deudor haya vendido a otro, pero que aparezca a su nombre, porque el adquirente no la haya inscrito, no puede pretender que el derecho del comprador, legalmente justificado, sea pospuesto al suyo que no tenía el carácter de real en su origen, ni lo ha adquirido después por la anotación» (LA SERNA: *Ley hipotecaria comentada*).

(16) *Contestaciones a la parte de legislación hipotecaria del programa para oposiciones al Cuerpo de aspirantes a Registros de la Propiedad*, t. II, Madrid, 1911, págs. 222-3.

(17) *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 2.ª ed., t. 3.º, Madrid, 1928, págs. 97 y ss.

(18) *Nociones de legislación hipotecaria*, t. II, Madrid, 1918, pág. 310.

(19) *Instituciones de Derecho hipotecario*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1956, pág. 268.

(20) *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1974, págs. 386 y ss.

(21) *Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch, Barcelona, 1968, pág. 273, nota 10; ahora también, con cita de renovada jurisprudencia, en *Elementos de Derecho civil*, III bis, *Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch, Barcelona, 1984, págs. 226 y 227.

(22) *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, 1972, pág. 757, y t. II, 1978, pág. 413, ambos editados por Tecnos, S. A., Madrid.

(23) *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, págs. 620-1 y notas 15 a 17.

(24) Comentarios citados en las precedentes notas 10 y 11.

(25) *Elementos de Derecho Hipotecario*, Ediciones ICAI, Madrid, 1983, págs. 130-2.

(26) *Compendio de Derecho civil*, t. III, *Derechos reales e hipotecario*, Edersa, 1985, pág. 397.

(27) «Temas hipotecarios: la legitimación del Derecho inscrito», *R.C.D.I.*, 1957, pág. 359.

(28) «De la llamada tercera registral», *R.C.D.I.*, 1958, págs. 55 y ss.

(29) «Comentario a la Resolución de 16 de octubre de 1974», *R.C.D.I.*, núm. 506, correspondiente a enero-febrero de 1975, págs. 155-7.

(30) *Meditaciones hipotecarias: el principio de prioridad y las inscripciones retrasadas*, hoy recogido en el Libro homenaje publicado por el C.E.H. del I.C.N.R.P.M.E., t. II, Madrid, 1976, págs. 547 y siguientes.

preveía el artículo 92 del Reglamento Hipotecario de 1915 (31), cuanto, por último y sobre todo, la consideración de la indefensa postura en que quedaba el anotante inocente frente al inscribiente rezagado cuya titularidad no podía combatir ni siquiera en vía reconventional, a diferencia de lo que acontece en la genuina tercería de dominio.

b) Los que como ROCA SASTRE en un primer momento (32) o MAZUELOS (33) apuntaron la posibilidad de aplicar analógicamente el procedimiento cancelatorio previsto por el último párrafo del artículo 198 del Reglamento Hipotecario para hipótesis aparentemente similar, como es la colisión entre anotación de demanda y títulos de fecha anterior a ella que, sin embargo, acceden más tarde al Registro. Pero ya el mismo LA RICA (34) objetaba a esta vía «la dificultad insuperable de que se apliquen por razones analógicas especiales procesos judiciales, siempre de *ius cogens*, a supuestos diferentes de aquéllos para los que fueron establecidos por el legislador». En el mismo sentido se pronuncia últimamente RIFA SOLER (35). Además, hay que tener en cuenta que la sede remitida constituye un semillero de problemas muy poco apropiado para orientar la solución del nuestro ni procesal ni sustantivamente (36).

(31) Rezaba así el citado artículo 92: «La manifestación auténtica del Registro de la Propiedad a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 24 de la Ley deberá hacerse o en el *oficio de devolución del mandamiento judicial correspondiente* o en certificación que al efecto expida aquella Oficina, con referencia a los asientos del Registro que se encuentren en vigor». Y por su parte el tenor del artículo 24, 2, de la Ley hipotecaria de 1909, a que el anterior precepto se remitía, era el siguiente: «En el caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o procedimiento de apremio contra bienes o derechos reales determinados se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos, productos o rentas en el instante en que conste en los autos por *manifestación auténtica* del Registro de la Propiedad que dichos bienes o derechos constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción en concepto de heredera del que aparece como dueño en el Registro».

(32) En la edición de 1948 de su *Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, t. III, págs. 485-6, postura que, sin embargo, no encuentro reiterada ni en la sexta edición de 1968 ni en la séptima y última de 1979.

(33) «Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas», R.C.D.I., números 334-335, correspondientes a marzo-abril de 1956, págs. 172-3.

(34) *Ob. cit.*, pág. 578 del tomo II.

(35) *Ob. cit.*, pág. 295, nota 421.

(36) Ciertamente el análisis de los efectos de la anotación preventiva de demanda dista mucho de haberse hecho concluyentemente. Por lo pronto, dado el ensanchamiento jurisprudencial que se ha producido en el cauce del artículo 42-1.º de la Ley hipotecaria, habría, como mínimo, que distinguir con PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (*Notas al «Derecho de cosas»*, de WOLFF-RAISER, 3.ª ed. esp., Bosch, Barcelona, 1971, pág. 310), COSSÍO (*ob. cit.*, págs. 253 y ss.) y PEÑA (*ob. cit.*, págs. 617-8) entre anotaciones de pretensión rectificativa del Registro inexacto (v. gr., de nulidad, reivindicación, etc.) y anotaciones de pretensión de modificación jurídico real aún no efectuada (v. gr., la del comprador que postula la traslación del dominio a su favor mediante tradición real o ficticia). Para mí, quien demanda (y anota) desde una posición jurídico real ya constituida, pero contradicha (p. ej., quien reivindicada, adquiere rango excluyente frente a otros titulares reales tabularmente posteriores (v. gr., frente a un adquirente del demandado que demoró el inscribir), siempre, claro está, que prospere su pretensión (medítese en efecto sobre el participio «anotados» del art. 32 de la Ley hipotecaria a contrario sensu leído). Inversamente, y salvo que se potencie en demasía la imprecisa categoría de los *iura ad rem*, el que demanda la constitución de un derecho real (v. gr., el de dominio mediante la tradición) acaso sí merezca la aplicación analógica de la doctrina de la Exposición de Motivos de que el asiento de anotación no modifica la naturaleza puramente personal del derecho anotado, en cuyo caso el paralelismo con la problemática que analizo en el texto quizá sea mucho mayor. Con todo, el tema me llevaría muy lejos, pues habría que profundizar: 1.º, en la posible interferencia de la regla singular del artículo 1.473 del Código Civil (y de su generalización registral, el art. 32 de la Ley hipotecaria), donde hay que tener en cuenta que, según las más autorizadas opiniones, por hipótesis el conflicto surge entre «adquirentes», es decir —se afirma sin que yo esté del todo convencido—, entre titulares de sendas posiciones jurídico-reales, aunque en el segundo adquirente la misma se haya tenido que engendrar por el artificioso juego legal de la *traditio chartae*, así como, 2.º, en la eficacia constitutiva o declarativa de las sentencias dictadas en los procesos mediante los que se actúan las acciones reales típicas (reivindicatoria, confesoria, etc.). Y es evidente que perderme en tan interesante como extenso tema tan sólo para concluir en la inaplicación del artículo 198 *fine* del Reglamento Hipotecario en orden a resolver la colisión que por ejemplo aflora en la Resolución que comento, resultaría cuando menos peregrino e inoportuno. Tan sólo destacaré entonces algo que, una vez abierto el im-

c) Los que como CHICO ORTIZ (37) sostienen audazmente que el Registrador puede calificar por sí mismo la preferencia del título traslativo rezagado, pero de fecha anterior, de modo que no debe arrastrar la anotación anticipada al apartado de cargas del asiento que aquel título motive (38). Opinión en la que no coincide FERNÁNDEZ CABALEIRO (39), para quien sí debe arrastrarse aquella carga en base a razones de claridad de los asientos del Registro, sin que por un encomiable paternalismo pueda «*apreciar por sí y ante sí la preferencia de fecha y proceder a prescindir de la anotación anterior inscribiendo la finca en concepto de libre*», y en base además —entiendo yo— a lo decretado imperativamente por los artículos 83, 1, de la Ley Hipotecaria y 51, 7.ª, y 174 *fine* de su Reglamento, los cuales exigen resolución ejecutoria para cancelar anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial y ordenan indicar éstas brevemente en todos los asientos ulteriores que se practiquen. El contrasentido a que conduciría la bienintencionada posición de CHICO se patentizaría en el caso de que hubiera que certificar de los gravámenes afectantes a la finca entre los que, sin duda, afloraría la anotación no cancelada, pese a la pretendida «limpieza» que de ella se hubiese hecho en el último asiento traslativo.

d) α) Los que como LA RICA (40) o CAMY (41) defienden que el único medio con el que puede hacer valer su preferencia el tercer adquirente es «el procedimiento normal que nuestra legislación, tanto la judicial como la fiscal, ofrecen: la tercería de dominio», pero además la tercería de dominio ejercitada oportunamente, es decir, «*entablada antes de otorgada la escritura o consumada la venta de bienes a que se refiera o de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante*» (LA RICA). Argumenta además este autor que aunque el sistema inmobiliario de Registro ha hecho innecesarias las tercerías de dominio, «*esto es cierto sólo respecto al titular registral normal, esto es, diligente. No respecto al retrasado, al indolente ni al negligente que espera a inscribir su título adquisitivo a que la finca adquirida se halle gravada ya con una anotación de embargo*». Y, por su parte, CAMY afirma que «*pretender que... transmitido el dominio por el ejecutante en virtud del título anterior a la anotación, pero inscrito después de ella, esta inscripción 'cierra' el Registro a todas las adjudicaciones derivadas del procedimiento ejecutivo, es realmente incon-*

parable torrente de la analogía, ya pretendía, por incómodo para su tesis, subvertir MAZUELOS: El demandante en el artículo 198 *fine* del Reglamento Hipotecario es el anotante triunfante en el proceso (como si el reglamentarista presupusiese que «lleva las de ganar»), en tanto que el demandante en la colisión que me ocupa en el texto es el adquirente previo rezagado a quien casi nadie discute su prevalencia sobre el embargante tabularmente anticipado; desarmonía que pone de relieve, una vez más, lo inviable del trasplante normativo pretendido.

(37) Vide su comentario en el A.D.C. a la Resolución de 16 de octubre de 1974 y la reafirmación de su postura en el efectuado a la Resolución de 17 de diciembre de 1975, en el mismo *Anuario*, enero-marzo de 1978, págs. 184-5, y en sus *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. II, Marcial Pons, Madrid, 1982, págs. 374-5.

(38) Un lejano respaldo a la aislada postura de Chico puede encontrarse en el sexto Considerando de la Resolución de 18 de marzo de 1972 cuando sobre la base de su prioridad sustantiva consideró acertado que el Registrador anticipase el despacho de dos títulos consecutivos por los que el primitivo titular readquiría y volvía a enajenar una finca que no figuraba, empero, a su nombre en el momento en que se presentó un mandamiento de embargo dirigido contra él, cuyo asiento en el Diario era anterior al de aquéllos y que se hallaba vigente al tiempo del despacho anticipado. Con todo, el argumento lo aduce el Centro Directivo «a mayor abundamiento» de la verdadera *ratio decidendi* que fue la de inexistencia de un específico deber del Registrador de utilizar un título posterior, presentado por interesado distinto, para enlazar el tracto de un documento previo.

(39) Comentario citado en la anterior nota 29, pág. 156.

(40) *Meditaciones hipotecarias...*, cit., págs. 578-9.

(41) *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 2.ª ed., vol. VI, Ed. Aranzadi, 1975, págs. 121-4.

cebible. Que el anotante, y en virtud de lo que le advierte ese artículo 44 (de la Ley Hipotecaria), no esté protegido registralmente contra otros derechos preferentes a los suyos es idea lógica. Pero SIN EJERCITARSE PROCEDIMIENTO ALGUNO CONTRA EL (concurso de acreedores, tercera de dominio, etc.), sin ser citado o advertido en forma alguna se vea privado del derecho y las consecuencias que su anotación implica es algo aún más nocivo que aquellas hipotecas ocultas que quiso hacer desaparecer la Ley Hipotecaria».

Hay una poderosa consideración que juega en pro de la equilibrada postura de estos dos insignes hipotecaristas, y es la del agravio comparativo que, en otro caso, se produce con la similar colisión surgida sólo entre derechos de crédito anotados. Si entre éstos la prevalencia del rezagado, pero preferente, únicamente se puede hacer efectiva a través de una tercería de mejor derecho (o de un juicio universal de tipo concursal que se promoviera), cuya demanda «no se admitirá después de realizado el pago al acreedor ejecutante» (art. 1.533, 3, LEC), así también la prevalencia sobre la anotación de embargo de una mutación jurídico real rezagada, pero de fecha anterior, debería poder canalizarse sólo por el gemelar (42) cauce procesal de la tercería de dominio y además con el parecido tope cronológico que señala el párrafo segundo de aquel precepto rituario, a saber, el del momento de la venta o adjudicación de los bienes.

Pero ocurre que mientras en la tercería de mejor derecho el dinero del remate percibido por el acreedor ejecutante se «volatiliza» y deviene inmediatamente irreivindicable en la práctica (arts. 1.160 *fine* y 464 del Código Civil), en la de dominio el inmueble cuya propiedad se cuestiona por embargante y tercerista permanece por su propia naturaleza y permanece además inscrito y a merced de los tribunales que pueden decidir tranquilamente sobre el mejor derecho a aquélla. Por eso el artículo 1.533, 2, de la Ley de enjuiciar contiene sólo para la tercería de dominio y no para la de mejor derecho la precisión apendicular de quedar «a salvo el derecho del tercero (extemporáneo) para deducirlo contra quien y como corresponda» (mientras no se tropiece, claro está, con el muro infranqueable del art. 32 de la Ley Hipotecaria por haber dejado inscribir incluso el remate o la adjudicación). Claro que para que realmente fuese la naturaleza del objeto controvertido (dinero, por un lado, y restantes bienes, por otro) la que justificase la desarmonía que implícitamente parece irritar a LA RICA y CAMY, sería preciso que si en la pugna entre dos acreedores el más veloz, pero inferior en rango, en lugar de numerario, se adjudica lo embargado, por falta o no de postores, en pago de su crédito, pudiese, aun así, verse envuelto en una tercería de mejor derecho instada por anotante posterior preferente, lo que mal se compadece con la letra del último párrafo del artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que quizá al hablar de «pago» conecte con todas las variedades que de éste admite el Código Civil, incluyendo la dación en pago (cf. art. 1.175 CC).

β) Pero, en fin, deteniéndome prudentemente ante cuestiones de tanta

(42) Gemelar sólo en un sentido amplio, pues no cabe ignorar que los procesalistas discuten últimamente con profusión sobre la distinta naturaleza y encuadre de las dos modalidades de tercería reguladas en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil; *vid.* al respecto SANTIAGO ORTIZ NAVACERRADA: *Concurrencia de acreedores en el proceso de ejecución*, publicaciones del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1979, especialmente págs. 159 y ss., y también MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ LÓPEZ: *La tercería de dominio*, Montecorvo, Madrid, 1980, especialmente páginas 82 y ss.

impronta procesal, para cuyo abordaje no me siento preparado, debo decir que ROCA SASTRE (43) y RIFÁ SOLER (44) aceptan, sí, que el ejercicio de la tercería de dominio es la vía principal con que cuenta el tercer adquirente que descuidó el inscribir para hacer valer la preferencia que *a fortiori* le reconoce el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, pero también que no es la única, sino que, junto a ella, puede dicho tercero adoptar otras dos actitudes de protección:

— o entablar un juicio declarativo para «obtener la cancelación de la anotación de embargo» (ROCA) o para «obtener la revocación (sic) de la venta consumada (sc. de la efectuada *sub hasta iudiciali*) y la subsiguiente cancelación de la inscripción» (?) (RIFÁ), opiniones ambas que se pueden traducir como que lo que cabe intentar en el proceso cognitorio correspondiente es que se declare la ineficacia de la enajenación coactivo-judicial en cuanto efectuada por un *non dominus* y que se cancele la medida cautelar que pretendía asegurar, sólo frente a ulteriores adquirentes del ejecutado, el buen fin de aquella enajenación (45).

— o permanecer inactivo, sin interponer tercería de dominio ni entablar demanda de juicio declarativo, en cuyo caso —dice ROCA— subsistirá la anotación preventiva de embargo, sin perjuicio de que pueda la misma extinguirse y consiguientemente cancelarse por causas ajenas, como son, por ejemplo, las generales de caducidad, nulidad o renuncia. En otras palabras, cabe, en contra de lo que admiten LA RICA y CAMY, guarecerse bajo la protección que dispensa el principio de tracto sucesivo condensado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria (46). Y una vez más acierta ROCA al destacar que esta táctica, que cabría describir como de «callar y esperar», fue convalidada por primera vez en la Resolución de 9 de noviembre de 1955 y ha sido bendecida luego por las de 16 de octubre y 13 de diciembre de 1974, por la de 17 de diciembre de 1975 y, por último, por la de 5 de marzo de 1982, e incidentalmente (Considerando tercero) por la que motiva este comentario.

¿Qué pensar de esta estrategia de permanecer atrincherado en el castillo de los libros y utilizar al cancerbero registral para ahuyentar a todo posible perturbador del tardío y a veces «sospechoso» inscribiente? Pues, por lo pronto, que parece una consecuencia inevitable de la rigurosa concatenación de titularidades que impone la legislación hipotecaria y de la que es buena muestra, por ejemplo, el artículo 143, 3, del Reglamento Hipotecario, que o imagina que la enajenación forzosa judicial se efectúa por o en nombre del tercer poseedor, o, en caso de desamparo, recurre al artificio de considerar los bienes en poder del deudor (como dice el artículo 126 *fine* de la Ley Hipotecaria) para salvaguardar siempre el tracto. Incluso si ese tercer poseedor (que en modo alguno cabe confundir con el tercer adquirente preferente de que hasta ahora he venido ocupándome) fuese desconocido en el proceso de ejecución por haber surgido a última hora, tras la certificación de cargas o de títulos oportuna-

(43) *Ob. cit.*, 7.ª ed., págs. 137 y ss.

(44) *Ob. cit.*, págs. 296 y ss.

(45) A este proceso declarativo específico alude la postrera salvedad del párrafo segundo del artículo 1.533 de la Ley hipotecaria y ya lo hemos visto utilizado para resolver una colisión creditual en la Sentencia de 5 de julio de 1917 resumida en nota 7; cfr. también la referida Sentencia de 14 de diciembre de 1968.

(46) Así también lo admite CHICO en su comentario a la Resolución de 17 de diciembre de 1975, reseñado en nota 37, pág. 184.

mente expedidas, aun así, es preciso destruir previamente el obstáculo de su inscripción (47), para que puedan acceder la adjudicación o el remate a los folios registrales. Ergo, con mayor motivo sería preciso remover el dique (en seguida apunto cómo puede intentarse) de nuestro titular tardío que, amén de su preferencia sustantiva, cuenta a su favor, sobre todo siendo oneroso, con todas las presunciones legales imaginables: la de pertenencia y titularidad de su derecho (art. 38, 1, de la Ley Hipotecaria), la de buena fe y ausencia de fraude (arts. 434 —convenientemente generalizado— y 1.297 *a contrario*, ambos del Código Civil), etcétera.

Pero, en segundo lugar, y aunque estadísticamente el adquirente rezagado suele estar más próximo al «malo de la película», el que pueda escurirse bajo el manto protector del Registro también constituye una situación provisional bastante equilibrada, pues si, por un lado, el inocente rematante o adjudicatario no puede disfrutar de las mieles de la inscripción, también el moroso titular debe pechar con una anotación —normalmente prorrogable *sine die*— que empee sobremanera la transmisibilidad práctica de su derecho. Ciertamente el más necesitado de salir del *impasse* es el adquirente judicial, a quien normalmente corresponderá, si desea alcanzar un resultado positivo que le resarza —acaso— de sus dispendios hasta entonces, embarcarse en un nuevo proceso adoptando la incómoda posición de actor. Pero cierto también que algo le ayuda la presunción del artículo 1.297 del Código Civil (contrapesado, no obstante, por la regla del art. 1.294 del mismo cuerpo legal). Y cierto igualmente que cuenta con la contundente y barata posibilidad de acudir a la vía criminal, denunciando o querellándose por un delito de alzamiento de bienes, si se dan todos los elementos del tipo previsto en el artículo 519 del vigente Código Penal (48), aunque en puridad de principios la acción pública sólo debiera encaminarse a la imposición de una pena a los autores del ilícito, y a lo sumo —de ser técnicamente posible (49)— a declarar su

(47) Vía regla 2.ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario que se refiere también a la cancelación de «inscripciones de derechos no preferentes» al del actor —y la del tercer poseedor evidentemente no se cuenta entre las preferentes—; cfr. también la regla 17 del artículo 131 de la Ley hipotecaria y el artículo 233 de su Reglamento.

(48) Véase la monografía de FRANCISCO MUÑOZ CONDE: *El delito de alzamiento de bienes*, Bosch, Barcelona, 1971, donde llega a la conclusión de que dicho tipo penal puede ser configurado como un delito pluriojetivo, en el sentido de que según la fase en que se realiza el alzamiento se puede lesionar como bienes jurídicos protegidos no sólo el derecho de crédito privado de los acreedores, sino también la buena fe procesal, y aún la obediencia debida a la autoridad judicial (págs. 56 y ss.), razón por la que no sólo *iure conditio*, sino también *de lege ferenda* debe continuar siendo perseguible de oficio y no sólo a instancia de parte (única forma de persecución, en cambio, en Alemania, Grecia o Italia) (págs. 193 y ss.). Por su parte, GONZALO QUINTERO OLIVARES, en su monografía *El alzamiento de bienes*, Ed. Praxis, S. A., Barcelona, 1973, deduce de la jurisprudencia que los bienes jurídicos protegidos son: «a) el deber de conservar los bienes impuesto al deudor por las normas de derecho privado; b) la no frustración del posible éxito del juicio ejecutivo, y c) el crédito de los acreedores, su derecho a la satisfacción y la misma relación jurídico obligacional, abstractamente entendida» (pág. 52).

(49) La Sentencia del Tribunal Supremo —Sala Segunda— de 30 de diciembre de 1983 afirma que «siendo el alzamiento de bienes un delito de resultado cortado, o una tentativa especialmente tipificada como delito consumado, hay razones para mantener... que no puede existir pronunciamiento indemnizatorio, puesto que la lesión o perjuicio del acreedor o acreedores pertenece al momento del agotamiento del delito y no al de su perfección consumativa, y, por ende, no era procedente (de ahí que case la Sentencia de la Audiencia Provincial) la condena a satisfacer la suma de 138.500 pesetas, importe de un débito preexistente al delito y no consecuencia del mismo, exigible y exigido en un procedimiento civil, conclusión acertada porque en el delito de alzamiento de bienes la responsabilidad civil no debe comprender el montante de la obligación que el deudor quería eludir, en consideración a que dicha obligación no nace ex delicto y porque la consumación del alzamiento, como se ha dicho, no va unida a la existencia de lesión o perjuicio patrimonial».

Efectivamente, predomina entre los penalistas y la jurisprudencia criminal la calificación del delito de alzamiento como un delito de mera actividad que no precisa un resultado lesivo en el acreedor defraudado (véanse opiniones y fallos en MUÑOZ CONDE: *Ob. cit.*, págs. 166 y ss., y en QUINTERO

responsabilidad civil, medida ésta (50) que pese al generoso alcance que hoy le dan los artículos 101 y siguientes del Código Penal es discutible que pueda extenderse a la reintegración o recomposición del patrimonio del deudor (51). Para este fin los caminos más seguros siguen siendo las

OLIVARES: *Ob. cit.*, págs. 57 y ss.), lo cual, aparte otras consecuencias penales interesantes (imposibilidad de tentativa, por ejemplo), conlleva la que reflejada queda en orden a la probable inaplicación a nuestro tipo del artículo 19 del Código Penal o acaso en orden a su aplicación modalizada en los siguientes términos que señala QUINTERO: «En el delito de alzamiento de bienes la responsabilidad civil no debe comprender el valor de la obligación u obligaciones que el deudor quería burlar, sino únicamente los perjuicios materiales o de cualquier índole que el delito haya ocasionado; tal podría ser, por ejemplo, el perjuicio que supondría para el acreedor no percibir su crédito en el momento debido; viéndose, por tal causa, imposibilitado para atender a otra obligación suya» (páginas 135-6).

(50) Interesante, además, sólo en el infrecuente caso de que el condenado sea solvente.

(51) No se puede desconocer la existencia de una importante corriente jurisprudencial que considera apto el proceso penal para declarar nulo (*sic*) el acto o los actos dispositivos efectuados por el reo de alzamiento. Si no estoy mal informado, creo que esa tendencia se inició con la Sentencia del Tribunal Supremo —Sala Segunda— de 16 de noviembre de 1971, la cual tras manifestar que la condena penal no puede extenderse a una indemnización pecuniaria de los daños, sostiene que, en cambio, sí alcanza «a restablecer el orden jurídico perturbado por el delito, que en este caso, en el aspecto civil, no es otro que el de reintegrar al patrimonio del deudor los bienes indebidamente salidos del mismo, para que la situación de su caudal quede en el mismo estado que tenía antes de perpetrarse el delito; restauración económica que la sentencia (y por eso el Supremo la confirma) lleva a cabo al declarar nulos los actos de transmisión, aplicando los artículos que se suponen infringidos...». En la Sentencia (Sala Segunda) de 9 de diciembre de 1978, en la cual se declara probado que el delito se cometió únicamente por uno de los tres socios constituyentes de una sociedad a la que aquél aportó sus bienes, se sostiene también, con cita de la sentencia anterior y del artículo 102 del Código Penal, que la responsabilidad civil derivada del alzamiento se debe extender «a la restitución de los bienes al patrimonio del autor principal del delito... declarando la nulidad de las escrituras y negocios jurídicos... que operaron el traslado del patrimonio del sujeto que pretende el impago a los acreedores...», si bien en el caso de autos no se aceptó ese pedimento por no haberse ejercitado la acción en el momento procesal oportuno contra la titular aparente de los bienes, o sea, la sociedad. La Sentencia de 4 de noviembre de 1981 (siempre de la Sala Segunda) es tan interesante que no me resisto a transcribir sus dos únicos considerandos de los que además puede colegirse su supuesto fáctico: «Como tantas veces se ha repetido, la declaración contenida en el artículo 19 del Código Penal no puede entenderse en el sentido de que todo delito o falta genere responsabilidad civil, ya que lo que las referidas infracciones criminales producen es un daño criminal y la única sanción establecida por la producción de tal daño es la pena, de suerte que las únicas infracciones penales susceptibles de engendrar responsabilidad civil son aquellas en las que el hecho, además del daño criminal a ellos inherente, produce un daño civil, es decir, cuando el hecho, además de ser constitutivo de delito por venir tipificado como tal en el Código Penal, constituye, a la vez, un ilícito civil, generador de un daño de esta naturaleza, a cuyo resarcimiento se encamina la acción civil correspondiente, que bien puede ejercitarse conjuntamente con la penal, aprovechando la acumulación permitida por la Ley, o bien, en su caso, ejercerse separadamente en el proceso civil correspondiente... Por ello, algunos mantienen la opinión de que los delitos formales o de peligro, entre los que se encuentra el de alzamiento de bienes objeto de este proceso, no son susceptibles de generar responsabilidad civil, en cuanto se consuman por la mera actividad con absoluta independencia de que se produzca o no lesión y aun cuando ésta no se llegue a producir, porque el deudor, por las razones que fueron, no haya logrado su ilícito propósito de defraudar a los acreedores, mas es lo cierto que tal opinión no puede ser admitida, pues el delito de alzamiento de bienes produce una alteración del orden jurídico civil que se debe procurar restablecer y si bien no procede la restitución, en cuanto ésta supone la reincorporación de la cosa específica al patrimonio de la víctima del delito, supuesto que no puede darse en este caso, ni tampoco la indemnización porque dada la naturaleza del delito aún no se ha concretado el perjuicio, lo que sí cabe en cambio es la reparación, entendida en su amplia acepción, como modalidad integrante del concepto global de responsabilidad civil, en cuanto que, como queda dicho, los delitos de peligro de la naturaleza del que en el presente proceso fue objeto de enjuiciamiento sí pueden producir un daño civil consistente en el que puede derivarse de la delictiva alteración del orden jurídico civil, cuya restauración deben intentar los Tribunales de lo Penal, en uso de las facultades que les confiere el párrafo 2.º del artículo 742 de la Ley de Procedimiento Penal; según el cual en la sentencia penal se resolverán todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio; ahora bien, a los indicados efectos los Tribunales de lo Penal habrán de aplicar las normas de derecho privado correspondientes, por ello, cuando, como en el caso de autos se trata, el alzamiento se haya llevado a cabo a través de negocios jurídicos de disposición mediante los cuales el deudor se propuso poner sus bienes fuera del alcance de los acreedores, los Tribunales de lo Penal, con el fin indicado de restablecer el orden jurídico ilícitamente alterado, pueden y deben declarar la nulidad de los mentados negocios en cuanto no existan obstáculos jurídicos que lo impidan, como son los que impedirían el éxito de la acción pauliana; así, pues, es manifiesto que en el caso de autos procede declarar la nulidad de los contratos de fecha 6 de junio, 5 de septiembre y 10 de diciembre de 1975, mediante los que, respectivamente, se constituyeron las Sociedades Anónimas denominadas 'Reinsa' y 'Edinesa' y se procedió al arrendamiento de un piso a los que se refiere más ampliamente el resultando de hechos probados,

acciones pauliana y de simulación, ambas erizadas de dificultades legales y probatorias, y de cuya interposición es muy recomendable, en todo caso, tomar anotación preventiva, amparados en la amplia interpretación jurisprudencial del artículo 42, 1.º, de la Ley Hipotecaria, y a la vista no sólo

en cuanto que los primeros fueron otorgados por el procesado y por otras personas que también fueron procesados en esta causa por conocer los designios de aquél (consilium fraudis) y que fueron inculcados, pero en cambio no puede declararse, como pretende el recurrente, la nulidad de las escrituras de 6 de junio de 1975, por la que se constituyó 'Hotel Delfin, S. A.', ni la de 4 de septiembre del mismo año, por la que se vendió una finca a 'Construcciones Espalanda, S. A.', en cuanto que del resultando de hechos probados aparece que en ellas aparecen interviniendo también como otorgantes personas que no se hallaban en connivencia con el procesado y que ignoraban sus propósitos, por lo que (sc. no) puede declararse la nulidad de negocios en cuyo otorgamiento intervinieron terceros de buena fe que en modo alguno pueden ver alterados sus derechos por las resoluciones recaídas en procesos en los que no fueron parte...».

Por otro lado, la sentencia citada en la nota 49, tras negar, como dije, la posibilidad en el alzamiento de una responsabilidad civil de tipo indemnizatorio, continúa esta serie de fallos que interpretan audazmente el artículo 102 del Código Penal, afirmando que aquella negación «no es óbice para admitir que puedan hacerse declaraciones de índole reparatoria, bien referidas a los perjuicios materiales o de otra condición que el delito hubiere ocasionado, o bien promoviendo, a través del adecuado pronunciamiento, la restauración del orden jurídico alterado por la acción fraudulenta o simulada, decretando la nulidad del acto o actos dispositivos, como han venido admitiendo las Resoluciones de este Tribunal Supremo (y aquí reseña las tres sentencias anteriores), pero este último pronunciamiento exigirá (lo que en el caso de autos no tuvo lugar), además de la prueba del consilium fraudis y de la inexistencia de obstáculo alguno según las normas de derecho privado, la necesidad de que el Ministerio Fiscal o la parte acusadora lo soliciten en el escrito de conclusiones definitivas, porque es sabido que en el plano de las responsabilidades civiles dimanantes del delito también rige el principio de justicia rogada y el de congruencia...». Y finalmente la Sentencia de 11 de junio de 1984 —como todas de la Sala Segunda— cierra por ahora esta línea, que parece irreversible, afirmando «que la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento no debe comprender el montante de la obligación que el deudor quería eludir, debido a que esta obligación no nace del delito y porque la consumación de esta figura delictiva no va unida a la existencia de lesión o perjuicio patrimonial, sino a la colocación en un estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores a través del alzamiento de bienes. Conforme con esta doctrina el segundo motivo debe ser estimado, porque la indemnización de un millón de pesetas al Banco de S., S.A., no es procedente, en cuanto que lo que corresponde es declarar la nulidad de la escritura de venta de la finca vendida por el procesado a otra persona, dado que esta operación es fingida y realizada con el único y exclusivo fin de situarse en insolvencia y la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad si se hubiese practicado, reponiendo la finca vendida a la situación jurídica en que se encontrase con motivo de la acción ejercitada por el citado Banco, el que conservará vivas las acciones correspondientes para la efectividad de su crédito». Por muy progresivas que pudieran parecer estas cinco sentencias, en sólo tres de las cuales fue *ratio decidendi* auténtica la declaración de nulidad de las transmisiones, no me parece nada ortodoxo que se condense dentro de un proceso penal, regido por otros principios, una cuestión tan compleja civilmente y tan implicadora de terceros no necesariamente procesados, cual es un pronunciamiento sobre la ineficacia de los actos dispositivos del reo de alzamiento. Ciertamente se gana en agilidad y costo, pero con una conveniente reforma del proceso civil no habría que avanzar este nuevo paso en la denostada penalización del derecho privado. Y desde luego que el artículo 102 del Código Penal no puede invocarse como serio respaldo de ese ramillete de decisiones porque la «restitución» a que se refiere dicho precepto no puede ser otra que la efectuada en beneficio de la víctima del delito (así en los delitos contra la propiedad) y no en beneficio del propio delincuente, aunque sea para sufrir, acto seguido, la agresión ejecutiva de sus acreedores. Sólo para aquél tiene sentido preocuparse exquisitamente del «abono de deterioros o menoscabos a regulación del Tribunal». Además ya existen demasiadas dudas para la incriminación penal de los otros intervinientes en los actos productores de la insolvencia (se discute si son coautores ex artículo 14, 3.º, del Código Penal, o cómplices ex artículo 16 del Código Penal, o copartícipes o incluso si son sujetos inimputables por razones dogmático-penales: sobre ello, MUÑOZ CONDE: *Ob. cit.*, págs. 174 y siguientes, y QUINTERO: *Ob. cit.*, págs. 137 y ss.) como para sumirlos en un proceso civil inviscerado en el criminal, dentro del cual no sabrían cuál es su exacta posición procesal, ni los trámites a que ajustar la defensa de la regularidad de sus negocios, ni los recursos con que pueden contar, ni, por último, el cabal alcance de la prejudicialidad penal en un ulterior juicio civil al que quisieran acudir. Tampoco es muy clara la clase de ineficacia que se elucida en la vía criminal, porque el Supremo utiliza siempre la categoría de la nulidad, la cual, a lo sumo, sería procedente si se funda en una simulación absoluta, no en la relativa o, simplemente, en la rescisión por fraude. Extremando las posturas se podría también incluir en los encausamientos amparados en los artículos 520 y siguientes del Código Penal (quiebra y concurso punibles) toda la complejísima trama civil de dichos juicios universales o, por lo menos, todas las pretensiones dirigidas a recomponer su masa activa, lo que indudablemente parece fuera de razón.

Por fortuna, la D.G.R.N. no parece secundar en el ámbito civil y «dentro del cauce del recurso gubernativo que ha de limitarse simplemente a declarar si puede o no practicarse el asiento solicitado» el criterio de cancelación de inscripciones decretadas en proceso penal (en el caso, instruido precisamente por delito de alzamiento de bienes) que vemos prevalece en el seno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En efecto, la Resolución de 23 de agosto de 1983 confirmó la ininscribibilidad de

de la fugacidad de la medida cautelar de la anotación de embargo —que es con lo que hasta ese momento cuentan el actor o el rematante—, sino también de su harto improbable eficacia para enervar la aparición, durante la sustanciación del proceso rescisorio o simulatorio, de un tercero cómplice en el fraude, que sólo sabría por los libros registrales que, aun gravado con anotación, adquiere de un titular sustantivamente preferente.

En resumen, aunque algo inclinada en contra del anotante o, en su caso, del adquirente en la ejecución, la postura de inhibición registral que preconizan ROCA, RIFÁ y CHICO resulta, por un lado, ser hoy por hoy la única legalmente posible ante el valladar infranqueable del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y por otro, ser la que deja la situación en unas ciertas «tablas» que impulsará, de haber la más mínima base para ello, a llevar la contienda a un proceso plenario en el que, ahí sí, bajo las mayores garantías, se terminará haciendo justicia.

Pero hipoteticemos por un instante que no existe el más minúsculo asidero para agredir judicialmente al rezagado titular, bien por falta de pruebas o de presunciones en su contra, bien por tratarse realmente de un probo adquirente, más o menos descuidado en cumplimentar el trámite de la inscripción; en otras palabras, imaginemos que acaece la situación que nos pinta LA RICA (52) cuando escribe, sin cargar las tintas, seamos sinceros, sino simplemente describiendo una situación cotidiana y real, que, en ese caso, *«resultará que un tercero de buena fe que haya pujado y comprado una finca en una subasta judicial, dentro de un procedimiento legítimo tutelado por el Juez, y sin que la certificación registral obrante en autos le advierta de ningún peligro —si el título del tercer adquirente se inscribe después de expedida aquélla—, se verá despojado de su adquisición, y seguramente privado del dinero del precio, acaso pagado al mismo Juez dentro del procedimiento, puesto que habrá sido entregado al acreedor ejecutante, y el sobrante, si lo hubiere, al deudor ejecutado o a quien tuviere derecho, y unos y otros pueden ser insolventes y hacer infructuoso todo intento de repetición»*.

Pues bien, en esta hipótesis extrema, pero cada día por desgracia menos insólita, ¿basta encogerse de hombros como ROCA y afirmar que estamos *«ante un caso desgraciado, un fallo del sistema»*? (53).

Permítaseme una breve meditación sobre este interrogante, válida sólo para el caso de culminación de la ejecución y no de detenimiento en pura fase de anotación preventiva de embargo.

un mandamiento cancelatorio derivado de un tal procedimiento al no haber tenido intervención alguna en él los titulares actuales (hijos y hermana del condenado), todo ello sobre la base del principio de consentimiento o por lo menos de audiencia judicial que, para la rectificación de Registro inexacto, consagra el apartado d) del artículo 40 de la vigente Ley Hipotecaria. Resta la duda de saber qué hubiera resuelto el Centro Directivo de haber sido procesados pero absueltos los adquirentes de los bienes.

Y una última observación: De prevalecer, pese a todo, el criterio de la Sala Segunda o cuando no pueda invocarse infracción del artículo 40, d), de la Ley Hipotecaria por haber sido procesados —y, por tanto, oídos, con independencia de su suerte penal— los tales adquirentes, ¿no se seguiría en pura lógica la consecuencia de la anotabilidad de las querellas? ¿No urgiría entonces revisar el criterio sentado por el Auto del Presidente de la Audiencia Territorial de Palma, reseñado dentro de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de febrero de 1980, que confirmó la nota registral de no ser anotables las querellas criminales? ¿Quién afirmaría que el promotor de una causa penal por delito de alzamiento, en la que se puede decretar la nulidad de una mutación jurídico-real, no está demandando *«en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real»*? (cfr. art. 42, 1.º, de la Ley Hipotecaria).

(52) Ob. cit., pág. 570.

(53) Ob. cit., pág. 138.

Si analizamos con detenimiento el tipo de ineficacia de que adolece la venta forzosa hecha por el Juez (54) es fácil convenir en que estamos ante una compraventa afectada de evicción, por cuanto «*se priva al comprador (rematante), por sentencia firme (si llegara el caso) (55), y en virtud de un derecho anterior a la compra de todo o parte de la cosa comprada*» (art. 1.475, 1, del Código Civil) (56). Pero, y ahí radica el nudo gordiano del problema, ¿quién es el vendedor obligado al saneamiento por evicción? El ejecutado en cuyo nombre y por su rebeldía puede haber actuado el Juez investido de lo que un sector de la doctrina (57) denomina «legitimación extraordinaria», o el Estado, representado por ese órgano básico de uno de sus tres poderes que es un Juzgado (58).

La doctrina procesalista, que yo sepa, no ha descendido a apurar esta concreta cuestión (59), la cual, de todos modos, yo creo que está enlazada no tanto con la naturaleza pública o privada del negocio jurídico de enajenación forzosa (60), cuanto con la esencia de esa denominada legitimación extraordinaria que, ante la rebeldía del ejecutado, se atribuye al Juez. En otras palabras, ¿es realmente un representante *stricto sensu* quien actúa investido de un imperio que le confiere directamente la Ley y no el representado?

A fuer de sincero, parece que la respuesta afirmativa se impone, pues el supuesto no pasaría de ser un caso de representación legal que con DÍEZ-PICAZO (61) estimo constituye una categoría única —aunque diferenciada de la voluntaria— de representación, peculiarizada a lo sumo por-

(54) No parece dificultoso trasvasar la conclusión a que se llegue al supuesto de adjudicación en pago al acreedor.

(55) Insisto en que, en la hipótesis que desarrollo, no existe mácula alguna en el negocio del adquirente (o, si hace falta, del subadquirente), por lo que, aunque contendieran contra él el rematante o el adjudicatario, la sentencia que se dictara y que parece exigir el artículo 1.475, 1, del Código Civil se inclinaría del lado del primero.

(56) Y el saneamiento que debe prestarse en consecuencia no parece sujeto a especialidad alguna, por cuanto el artículo 1.489 del Código Civil, que exime de responsabilidad por daños y perjuicios en caso de vicios o defectos ocultos (aunque no los demás efectos de esa modalidad de saneamiento) en el supuesto de haberse efectuado la venta judicialmente, no parece aplicable, por razones sistemáticas al § 1 de la Sección tercera del capítulo, título y libro cuartos del Código Civil, sino sólo al § 2 de la misma Sección. Luego, en principio el rematante tiene derecho a exigir del vendedor todos los conceptos prevenidos en el artículo 1.478 del Código Civil que fueren procedentes, excepción hecha de los de su número 5.º, ya que no es concebible, normalmente, mala fe en el órgano judicial enajenante. Con lo que, en definitiva, al excluirse la responsabilidad por daños se aproxima mucho, por otro camino, esta regla del saneamiento por evicción a la del artículo 1.489 del saneamiento por vicios o defectos ocultos que término de excluir para aquél.

(57) LADARIA CALDENTY: *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952.

(58) Descartado queda, obvio es decirlo, que responda el propio Juez como persona física y sujeto privado de derechos.

(59) Los manuales al uso se aplican a describir la última fase del apremio con profusa reproducción de preceptos y, a lo sumo, con cita escueta de resoluciones jurisprudenciales; véanse ad. ex., FENECH: *Derecho Procesal Civil*, Agesa, Madrid, 1983, págs. 502-3; GÓMEZ ORBANEJA-HERCE: *Derecho Procesal Civil*, vol. 2.º, 8.ª ed., Madrid, 1979, pág. 278; RAMOS MÉNDEZ: *Derecho Procesal Civil*, Bosch, Barcelona, 1980, pág. 1047, etc. Sólo acudiendo a las monografías clave cabe descubrir la existencia de dos posturas extremas acerca de la naturaleza de la enajenación judicial, la privatista de JORGE CARRERAS (*El embargo de bienes*, 1957) y la publicista de GUTIÉRREZ DE CABIEDES (*La enajenación forzosa*, 1966), y una, en cierta medida ecléctica, de MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (*El proceso de ejecución*, 1982), cuya es esta ponderada conclusión: «En definitiva, la enajenación en pública subasta es un modo específico de venta que ha sido regulado en líneas generales siguiendo los esquemas del contrato privado de compraventa, pero en el que influyen de modo decisivo el carácter público de la ejecución forzosa y las normas procedimentales de carácter imperativo que regulan el modo de la subasta y sus efectos» (pág. 202).

(60) Donde, con todo, estimo también que en nuestra centenaria Ley de Enjuiciamiento prevalece la concepción privatística, por lo menos cuando ha de otorgarse escritura pública (cfr. art. 1.514). Al tema me he aproximado también con otra finalidad —la de cuándo se produce el tránsito dominical en las ejecuciones, especialmente en las hipotecarias— en el comentario a la Resolución de 13 de abril de 1982, en esta misma Revista, núm. 558, septiembre-octubre de 1983, págs. 1309-10.

(61) *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979, págs. 48-51 y 131-2.

que sólo muy rebuscadamente se puede afirmar que se está actuando un interés del representando (el de saldar, más o menos parcialmente, sus deudas). Además, no sería lógico que la responsabilidad por evicción oscilase desde la esfera patrimonial del deudor a la del Estado, en función del dato aleatorio de que accediese o no a comparecer en el instrumento de enajenación. Lo contrario sería incluso un estímulo para no hacerlo (62).

Pero, aun así, ¿no puede afirmarse que el aparato estatal, al revestir de solemnidad y seriedad a una enajenación que se efectúa bajo su *auctoritas*, está en cierta medida garantizando, cuasifianzando el acto dispositivo, por más que, a veces, algunos preceptos porfíen por exonerarle de esa responsabilidad (cf. arts. 1.496 y 1.497 LEC)? Hacia donde apunto es a la posibilidad de solicitar una indemnización —que abarcase todos o los principales conceptos del art. 1.478 del Código Civil— de la propia Administración pública (mejor: aparato estatal) actuante vía Poder Judicial, dado que se ha producido una lesión en el patrimonio de un particular que bien podría decirse que es consecuencia del «funcionamiento de los servicios públicos» y en concreto del «funcionamiento anormal de la Administración de Justicia» (63). En último término, si se estima que el proceder de todos los órganos del Estado ha sido impecable: el del Registro, al dispensar protección al adquirente rezagado que sustantivamente es preferente, y el del Juzgado, al cumplimentar con resultado negativo todos los trámites que podrían conducirle a conocer la existencia de aquél (certificación de cargas y aun de títulos), ¿no podría sostenerse que el servicio que ha funcionado mal es el de producción normativa, al conducir a esa aporía insoluble? Entiéndaseme bien: no pretendo defender que el Estado deba salir garante por todas las dobles enajenaciones y estafas que se produzcan en el tráfico jurídico, lo cual sería disparatado y ruinoso, pero sí que alguna culpa le cabe a los poderes públicos (y quizá al que más al legislativo) cuando la prosecución intachable de dos cauces legales —la inscripción, por un lado, y la subasta, por otro—, ambos fo-

(62) El problema me recuerda el muy similar de la manifestación sobre ausencia de arrendamiento en los inmuebles que imponen los artículos 55 de la L.A.U. y 91 de la L.A.R. Dado que alguna jurisprudencia reconoce derechos de preferente adquisición a los arrendatarios en las enajenaciones forzosas, ¿quién debe manifestar dato tan ignoto como el de la inexistencia de aquéllos? Ni siquiera la previa puesta en posesión de lo adjudicado, que, en buena ley (art. 1.515 L.E.C.), no debiera anticiparse al otorgamiento del título, elimina la posibilidad de un arrendatario coyunturalmente ausente. La práctica que se sigue en la región levantina de que la manifestación sobre arrendamientos la efectúe unilateralmente el rematante o adjudicatario en acta o en instancia no deja de ser una ofiosidad que ni salva la letra ni el espíritu de los preceptos antes citados.

(63) Como dicen hoy con máximo rango los artículos 106, 2, y 121 de la Constitución, pero han venido repitiendo, incluso con mayor generosidad aparente, otros preceptos legales (como el art. 40.1 de la L.R.J.A.E., que habla del «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos»). ADDENDUM: Ya en fase de corrección de pruebas de este comentario se ha promulgado la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, que en el título V de su libro III (arts. 292 y ss.) y desarrollando el segundo de los citados preceptos constitucionales, se ocupa de «la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de justicia» —distinta por supuesto de la responsabilidad civil de los Jueces o Magistrados que requiere dolo o culpa por su parte: cfr. arts. 16, 411 a 413 y 296 a 297—. En esa nueva normativa, con todo, no parece haber demasiada base para el resarcimiento estatal en los casos de que me ocupo porque, dado el pie forzado constitucional, presupuestos de la indemnización son o «el error judicial» o «el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia», y ya he subrayado que en ellos ni el juzgador padece «error iuris» ni los servicios (cfr. artículo 295) judiciales hacen otra cosa que aplicar escrupulosamente los trámites procesales. (Mayor pie habría dado el que la reciente Ley Orgánica del Poder Judicial hubiera acogido la misma disyuntiva de la Ley de R.J.A.E. y hubiese declarado indemnizables también los perjuicios producidos por el funcionamiento «normal» de la Administración de Justicia). De responsabilidad por actos del tercer Poder parece, pues, difícil hablar en la colisión de referencia y por actos del primero de los Poderes ni hay precedentes ni cauces explícitos. *Vid.* sobre el tema en la fase anterior a su reciente desenvolvimiento legal el libro de LUIS MARTÍN REBOLLO *Jueces y responsabilidad del Estado*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

mentados y tutelados por aquellos mismos Poderes, desemboca en un encontronazo inevitable (64) del que uno de los dos administrados inocentes ha de salir lesionado.

Y no insisto más porque soy consciente de la escasa viabilidad práctica de la vía argumental que ofrezco y porque, sobre todo, me interesaba desarrollarla más bien como pórtico de la última postura doctrinal que me queda por exponer, por si acaso ésta, más propia del *ius condendum*, conduce a unas situaciones más justas y también más armoniosas con el resto del Ordenamiento.

B) Me refiero, en efecto, a la mantenida, casi en solitario, por RAMOS J. FOLQUÉS (65). Este se preguntaba *«si A era dueño de la finca X para quien iba a comprarla, ¿por qué no lo ha de ser también para quien sólo aspira a conocer la solvencia de A? Si A es dueño a los efectos de vender e hipotecar o de constituir censos, o imponer servidumbres sobre la finca X, ¿por qué deja de serlo para los efectos de abrirsele créditos comerciales?»* (66). Y al mismo tiempo describía este desolador cuadro: *«El abogado puede asegurar a su cliente que con la anotación del embargo se le confiere un rango prelativo respecto de créditos posteriores a la anotación; puede asegurar al cliente que en cierto modo incapacita al deudor para cometer trampas encaminadas a la desaparición de lo embargado. Pero lo que el abogado no puede asegurar nunca es que el cliente cobrará en virtud de la anotación de embargo. Y esto no lo puede asegurar, no por falta de suficiencia económica de lo embargado, sino porque tiene la ignorancia más absoluta y la más absoluta oscuridad en la averiguación de si existen o no créditos preferentes o legítimos»* (67) (ítem más: transmisiones fehacientes ocultas). Y, en fin, apostrofaba amargamente con estas palabras, no por desactualizadas terminológicamente menos certeras: *«Admitir una anotación con los gastos judiciales y los del timbre, impuestos de derechos reales y honorarios de Registro por constitución y cancelación, para decirle después al interesado que es un cándido o un ignorante y que ha perdido el tiempo, el dinero y la oportunidad de asegurar su crédito por otro conducto, eso pasa de la raya y constituye una verdadera burla sangrienta y desesperante»* (68).

Muy diferentes argumentos acumuló el docto Registrador en contra de la tesis mayoritaria: prístino sentido histórico de las anotaciones de embargo, naturaleza jurídica de éstas, ensanchamiento de la noción de fe pública a fin de comprender al anotante, etc. Los más resistentes al paso

(64) Incluso aunque se hubiesen consultado, por última vez, los libros registrales la misma mañana de acudir a la subasta, porque la sorpresa puede surgir durante el desarrollo de ella o después, hasta el advenimiento al Registro del instrumento que envuelva la enajenación forzosa. Incluso considerando al Juez «legítimo representante» del titular registral a los efectos del actual artículo 354, 3, del Reglamento hipotecario, de suerte que se le admitiese un mandato de certificación con información continuada, ésta, aun sin contar con todas las deficiencias y lentitud de los sistemas de comunicación, incluso de los más ágiles, no puede inmunizar frente a ese período «post-subasta» en que ya se ha desembolsado el precio del remate, pero aún no se ha presentado en el Diario la primera copia de la escritura o el testimonio del auto de adjudicación.

(65) Fundamentalmente en «La anotación preventiva de embargo en los casos de disconformidad entre realidad y registro: sus efectos después de la reforma de 1944», en R. D. Pr., núms. 412-413, correspondientes a julio-agosto de 1951, págs. 553 a 568, y en «El precedente real de las anotaciones de embargo», misma Revista, núm. 426, correspondiente a septiembre de 1952, págs. 703 a 724, artículo este último donde cita otro titulado «Las anotaciones preventivas de embargo y la fe pública registral», publicado en el núm. 85 de la R. G. de D. P. de octubre de 1951, que no me ha sido posible compulsar.

(66) «La anotación...», cit., pág. 564.

(67) «El precedente...», cit., pág. 723.

(68) «La anotación...», cit., pág. 562.

del tiempo y a la continua decantación de los conceptos inmobiliario-registrales son hoy los que pretendía extraer del principio de legitimación (puesto que el art. 38, 1, de la Ley Hipotecaria no distingue sujetos ni situaciones al proclamar que «A TODOS LOS EFECTOS LEGALES se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo») y de la flexibilidad que permite la noción doctrinal del tercero latino (bien que él no utilizase todavía esa terminología): si para ser tercero germánico, entre otros requisitos, precisa tratarse de un adquirente del dominio o derecho real (69), para ser tercero latino al que no le son oponibles el dominio y demás derechos reales no debidamente inscritos (artículo 32 de la Ley Hipotecaria), bien puede abrirse generosamente la interpretación (70) y admitirse tales a los titulares registrales de cualquier signo (71), incluidos los anotantes de derechos personales en trance de ejecución.

Sin apuntarme de *lege data* a la quijotesca postura de RAMOS, que inveteradamente se ha visto zarandeada y derribada por las aspas de los molinos de viento jurisprudenciales, y sin adoptarla sin reservas incluso en el plano de la nomotesia (72), porque habría que sopesar la nueva gran ventaja que se otorgaría al mero acreedor personal en detrimento del

(69) Y aún esto constituye una premisa legalmente indemostrada. Los artículos 34 y 40 *fine* de la Ley hipotecaria sólo exigen en este orden de ideas que se trate de un derecho inscribible e inscrito: (70) Lo intentó la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1975 con una doctrina que ha quedado aislada.

(71) Y aquí ejemplificaba RAMOS con el segundo adquirente en la doble venta que pese al tenor literal del artículo 1.473, 2, del Código Civil y por mucho efecto taumatúrgico que se reconozca a la *traditio chartae* del artículo 1.462, 2, del mismo, la verdad es que hasta el instante mismo del milagro inscriptivo no puede ser calificado propiamente como titular de un derecho real. Su discurso abriría insospechadas facetas en relación con otros derechos inscribibles no estrictamente reales (arrendamientos, opción personal, etc.), pero tropezaría también con el contrasentido de que la letra del artículo 32 de la Ley hipotecaria inmunizaría al tercero latino así ensanchado frente solo a los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados, pero no frente a otros derechos inscribibles no reales que también se rezaguen en la inscripción.

(72) Lo que nos parificaría con la posición de los Derechos italiano (actual) y francés, según los expone RIFA en su obra citada, págs. 287-8, nota 412; en cambio, tengo mis dudas sobre la exactitud de su interpretación del Derecho de la República Federal Alemana en punto a nuestro problema, pues considerarlo próximo al nuestro —como entiendo que él afirma— se compadece mal con el carácter constitutivo que allí tiene la inscripción en las mutaciones reales de tipo negocial. En realidad, son difícilmente comparables en el tema de la colisión que me ocupa los Ordenamientos alemano-occidental y español; propiamente las situaciones en conflicto parangonables con las nuestras no pueden serlo, por un lado, ni el negocio jurídico obligacional ni siquiera el acuerdo abstracto que por sí solo sin la «Eintragung» no provoca la mutación real —cfr. §§ 873, 875 y 877 del BGB— ni, por otro, la «Vormerkung» que únicamente ampara pretensiones dirigidas a esa mutación (§ 883), significado que no es el que comúnmente se reconoce a la hispánica anotación preventiva de embargo descalificada como asiento precursor —en el sentido, p. ej., del art. 42.1.ª de la Ley Hipotecaria— del de remate o adjudicación por la jurisprudencia (recuérdese la Resolución de 5 de marzo de 1982 antes resumida). En realidad, los términos a comparar en las mutaciones reales de tipo negocial serían, de una parte, la situación del que cuenta con la «Einigung» y la «Eintragung» sobre el inmueble, y, de otra, la del acreedor que obtiene a su favor una hipoteca forzosa (Zwangshipotek) conforme a los §§ 866 (3), 867 y 932 (Arresthypotek) de la Zivilprozessordnung (ZPO). A mi entender, como ambas situaciones precisan constitutivamente de la inscripción, o bien operará el principio del tracto sucesivo [§ 39 (1) de la GBO] si es la primera situación la que accede antes al Registro y cierra el paso a la segunda, o bien y por expresarlo según nuestros esquemas mentales, operará el principio de prioridad (§ 879 del BGB) si es la segunda la que adviene inicialmente y se opone y antepone a la situación del adquirente *in fieri*. Más detalles sobre la hipoteca de seguridad obtenible dentro de la ejecución forzosa pueden verse en WOLFF-REISER: *Derecho de cosas*, cit., pág. 352; J. W. HEDEMANN: *Tratado de Derecho civil*, traducción de José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez, vol. II, Ed. R.D.P., Madrid, 1955, página 417; FRITZ BAUR: *Lehrbuch des Sachenrechts*, 12.ª ed. de la C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, Munich, 1983, pág. 404; FRIEDRICH LENT-KARL HEINZ SCHWAB: *Sachenrecht*, 19.ª ed. de la propia Beck'sche, Munich 1983, pág. 287, y MANFRED WOL: *Grundrisse des Rechts. Sachenrecht*, 5.ª ed., siempre de la Beck'sche, Munich, 1983, pág. 305. En definitiva, la solución que hoy predomina en nuestros Tribunales no es ni mucho menos la que impera en los más significativos Ordenamientos europeos.

real (hipotecario sobre todo) con el que se vería equiparado con sólo cierto retraso cronológico (73), si quiero concluir este repaso de posturas formulando una reflexión que me inquieta: si la publicidad material del Registro sólo va a proteger a los que proyectan y realizan una adquisición jurídico-real inmobiliaria (v.gr.: al que compra una finca o presta con garantía hipotecaria sobre ella), ¿por qué se permite y aun fomenta la publicidad formal en beneficio de los que sólo ostentan un derecho personal sobre el titular registral? Peco de prudente si afirmo que el 95 por 100 de las manifestaciones por exhibición o notas simples de los folios registrales, ya se obtengan por verificadores profesionales (74), ya se ofrezcan directamente como debe ser por los Registros, tienen por objeto proporcionar «informes comerciales» sobre la solvencia inmobiliaria de un determinado sujeto, ya para proporcionarle un crédito puramente personal (los hipotecarios suelen apoyarse en certificaciones pre y postotorgamiento), ya, también, para proceder ejecutivamente contra él. Si esto es así, y si esa información no ofrece garantías absolutas frente a créditos y mutaciones jurídico-reales preexistentes al margen del Registro, ¿por qué esta prestigiosa institución colabora tan generosamente en proporcionar datos no enteramente fiables?, ¿por qué el propio legislador alienta o recomienda esa consulta preejecutiva (cf. art. 204 de la Ley de Procedimiento Laboral, Texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio, y, ahora también, el art. 1.455, 3, LEC, añadido por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la misma)?, ¿por qué el Ilustre Colegio Nacional de Registradores se ha embarcado en una millonaria operación de informatizar centralizadamente la noticia de titularidades registrales a todo lo ancho del territorio patrio, si las pistas que va a proporcionar a los sabuesos pueden conducir a fiascos espectaculares?; ¿no será que se están sentando inadvertidamente las bases para dar un giro copernicano a la doctrina que por enésima vez ha reiterado la Resolución que comento?; ¿y ese giro no constituiría un nuevo e importante estímulo para la pronta inscripción de las mutaciones rezagadas, tan fomentada por la legislación como ansiada por la práctica y la doctrina?

Y concluyo el examen de este primer problema de la Resolución que me ocupa, porque un acabado estudio teórico de la colisión que la provocó requeriría por lo menos:

— Un análisis de los diversos tipos de anotaciones preventivas de embargo en función del crédito que garanticen y del procedimiento en que se decreten, aunque, hoy por hoy, sean en proceso civil, penal o laboral (75), o incluso en procedimiento de apremio fiscal, su alcance parece ser el mismo (76); y

(73) Y habría que solventar además el problema de si se extendería el cambio de criterio a la colisión entre créditos por cuanto las palabras de la Exposición de Motivos al respecto sí que conservan acusada vigencia.

(74) Véanse respecto de ellos la Resolución de 8 de abril de 1983 y la Instrucción de 12 de junio de 1985 (B.O.E. del 19 de junio), ambas de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

(75) Como en el caso de nuestra Resolución y gracias a que el desorbitado artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores no ha trascendido del ámbito de la colisión de créditos. Para su estudio es fundamental la tesis del Magistrado BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN: *Los privilegios del crédito salarial*. Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1984.

(76) Merced a hacer prevalecer el artículo 132 sobre el 71, ambos de la Ley General Tributaria, y exceptuados los casos en que la Hacienda haga valer en su favor la hipoteca legal tácita, hipoteca especial expresa (insólita) o afección fiscal consignada tabularmente, y a pesar del criterio que se desprende del artículo 271 del Reglamento hipotecario, anterior e inferior en rango a aquellos dos

— Una exposición pormenorizada del otro polo del enfrentamiento, es decir, de lo que vengo denominando, con demasiada amplitud quizá, mutación jurídico real. Aquí la problemática sería riquísima y habría que deslindar las mutaciones dominicales (incluidos los desdoblamientos del dominio) y predominicales (v.gr.: opción, mediata o inmediata, de carácter real), los derechos reales de realización de valor como la hipoteca (77) y los derechos reales de goce parcial (servidumbres, p.ej.) menos trascendentes por su posible compatibilidad con la ejecución. En todos esos casos habría que precisar en qué fecha se produce exactamente la mutación real (78) y en algunos si realmente se produce (79). Por último, si el bien embargado no es el dominio, sino otro derecho inscribible (80), sus peculiares modos transmisivos pueden complicar el ya de suyo intrincado panorama que dejo esbozado.

II. El segundo problema de los enunciados en el primer Considerando de nuestra Resolución no le va a la zaga en cuanto a interés al hasta aquí analizado, aunque, por haberme extendido demasiado en éste, me vea compelido a tratar aquél con brevedad y sin tanto aparato crítico. La resurrección de una anotación preventiva de embargo cuya cancelación se había decretado sobre la base o presuposición de que también se extinguirían las inscripciones de dominio que obstaculizaban parcialmente la toma de razón de la escritura de adjudicación de la total finca a la entidad cesionaria del remate es una cuestión que acaso no pueda despacharse en un postrer Considerando, sin más que un atisbo de argumento en el adjetivo «terceras» referido a personas y con cita de una Resolución no absolutamente convincente por inexpresiva que no por su indudable acierto.

En efecto, en la conocida Resolución de 23 de junio de 1960 (cuyo planteamiento, al parecer, tanto influyó en el requisito de firmeza del art. 165 del Reglamento Hipotecario) se trataba de la anotación preventiva de una demanda por la que se reclamaba el cumplimiento de un contrato de compraventa y el consiguiente otorgamiento de escritura pública; el Juzgado inicialmente accedió a la anotación, que, a la vista de ello, se practicó en el Registro, pero, recurrida en reposición la providencia estimatoria de aquella medida cautelar, se revocó su procedencia por auto que decretó

preceptos, revalidados, además, por última vez, en el ámbito estatal, por el artículo 32 de la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977. La cuestión la expone muy bien GULLÓN BALLESTEROS en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, t. XXIV, Edersa, 1984, págs. 744 a 747, con referencias bibliográficas en notas 20 y 21. Véase también el comentario de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA a la Sentencia de 10 de noviembre de 1975, citado en nota 10, y, asimismo, como última confirmación jurisprudencial de ese criterio de equiparación entre anotaciones ordinarias y fiscales la reciente Sentencia —Sala Primera— de 3 de noviembre de 1984 (Aranzadi 5.364).

(77) Vide GULLÓN: *Comentarios...*, cit., págs. 743-4. También GARCÍA GARCÍA: «Comentarios a las Sentencias de 10 de marzo de 1973 y 21 de febrero de 1975», *ob. cit.*, págs. 689 a 707.

(78) En especial, si el «iter» mutativo es complejo o adolece de ineficacia relativa: recuérdese la ilección de los derechos anteriores a la ratificación de negocios incompletos que consagra la Resolución de 3 de marzo de 1953 y jurisprudencia concordante.

(79) Pienso ahora en un supuesto sometido, según me consta, a la consideración actual de la Dirección General en recurso gubernativo pendiente, en que el conflicto surgió entre una anotación de embargo, por supuesto, y una previa adjudicación a la esposa del embargado en escritura de disolución y liquidación de comunidad conyugal. El carácter traslativo, declarativo o el pretendidamente especificativo que se reconozca a la disolución de comunidad podría decidir la controversia en muy diferente sentido. En relación con el tema cfr. la Sentencia de 26 de enero de 1985 (Aranzadi 200).

(80) Para apreciar la variedad de bienes registrables susceptibles de embargo y sus problemas, véase el completo artículo de RAFAEL RIVAS TORRALBA: «Sobre anotaciones de embargo en el Registro de la Propiedad», *R.C.D.I.*, núm. 543, correspondiente a marzo-abril de 1981, págs. 285 a 350, especialmente págs. 311 a 335. También RIVAS: *Ob. cit.*, págs. 357 a 454.

entonces la cancelación del asiento y que igualmente fue ejecutado en el Registro pese a estar pendiente de apelación ante la Audiencia Territorial, dicha última resolución. El asiento extintivo llevaba fecha de 30 de abril de 1958, y cuando se practicó ya figuraba inscrita la finca —desde el 21 de diciembre anterior— a favor de terceras personas, lo cual, al llegar, como es de suponer, la definitiva decisión de la Audiencia favorable a la viabilidad de la anotación, constituyó a juicio de la Dirección un insalvable obstáculo para ésta. «*La renovación de eficacia —argumentaba el Centro directivo— de la anotación solicitada no puede llevarse a cabo después de haberse practicado la cancelación, porque (¿por?, ¿en virtud de?) la transmisión realizada e inscrita del inmueble quedó libre de los efectos de la anotación y constituye un obstáculo en el Registro al aparecer lo finca inscrita a nombre de persona distinta del demandado que impide cumplir el mandamiento presentado, dado que los asientos registrales se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales mientras no se declare su inexactitud, y aunque el adquirente del inmueble hubiera obrado de mala fe, esta circunstancia no puede ser apreciada en un recurso gubernativo.*»

Obsérvese que frente a la diferencia, a estos efectos accidental, de tratarse en la Resolución de 1960 de una anotación preventiva de demanda y en la de 1983 de una anotación preventiva de embargo, existe la importante analogía de haberse registrado en ambas la transmisión a tercero con arrastre de la carga que luego se extinguió, por lo que en ningún momento puede alegarse buena fe «psicológica» respecto del gravamen, al tiempo de la adquisición por dicho tercero.

No debe perderse de vista que el fundamental artículo 40 *fine* de la Ley Hipotecaria, a propósito de la inexactitud registral (luego veremos si los supuestos de nuestras dos Resoluciones merecen reconducirse a la categoría de la inexactitud) subraya con precisión que la rectificación tabular que no puede perjudicar los derechos de tercero oneroso y *bonae fidei* es la que pretendiera practicarse respecto de un asiento, bajo cuya vigencia el referido tercero hubiese efectuado su adquisición. El complemento circunstancial de tiempo «*durante la vigencia del asiento* (que se declare inexacto)» modaliza ciertamente, en riguroso análisis lógico-sintáctico, al participio «*adquiridos*» mejor que al verbo «*perjudicará*» y, por supuesto, mejor que al sustantivo verbal «*rectificación*». Luego lo que prescribe ese estelar (81) párrafo legal es que no puede rectificarse un contenido registral tenido en cuenta por el tercero hipotecario al efectuar su adquisición y que acaso fue determinante de ésta, pero no que resulte

(81) Creo que corresponde a LACRUZ (*Derecho...*, cit., pág. 208; *Elementos...*, cit., pág. 169) el mérito de haber destacado la importancia de este postrer párrafo del artículo 40 de la Ley hipotecaria que, en su opinión, contiene la «*fórmula más general*» de protección al tercero germánico, y que constituye, según palabras más recientes suyas, «*una suerte de precepto-escoba en el sistema de la apariencia*». Si el artículo 34 es trascendente para fijar los requisitos del tercero —germánico—, el último párrafo del artículo 40 no lo es menos, porque, amén de reiterar explícitamente tres de aquellos requisitos e implícitamente el cuarto —el de la propia inscripción del tercero—, amplía extraordinariamente el espectro de las patologías (nada menos que todas las inexactitudes registrales que sistematiza el propio precepto) frente a las que aquél queda inmunizado. Pero aún ofrece, a mi juicio, esta nueva «*estrella*» del firmamento hipotecario otra faceta interesante que destaco en el texto: la de acotar cronológicamente la situación tabular respecto de la que se protege al adquirente, a saber, solo frente a la que tuvo en cuenta al adquirir, no frente a vicisitudes involuntarias (erróneas) que incidan después sobre aquélla, porque entonces ya no se está dispensando protección a la confianza en la apariencia ínsita en la frase «*adquiridos durante la vigencia del asiento que se declare inexacto*». Idea parecida anida también en el párrafo segundo del artículo 34 y en el artículo 220, ambos de la Ley hipotecaria.

invulnerable a rectificaciones producidas respecto a asientos registrales que sí calibró cuando devino tercero. El ejemplo más contundente sería el del error (material o de concepto —resulta indiferente) del Registrador. No es inverosímil, pues tengo noticias de casos muy parecidos, que por precipitación en la identificación de la finca sobre la que se operase se hubiese cancelado una hipoteca o un embargo que no eran los procedentes y que, una vez firmado el asiento, con el título aún en la Oficina y resultando claramente (como exige el art. 217 de la Ley Hipotecaria) de ambos el error padecido, haya habido que rectificar la cancelación equivocada en el sentido de dejarla sin efecto, aun en el caso de que la finca no figurase ya inscrita a favor del hipotecante o embargado, sino de un causahabiente oneroso de ellos. Los artículos 317 y 318 del Reglamento Hipotecario (lo mismo que los 213, 214 y 217 de la Ley) imaginan sin dificultad que las cancelaciones pueden ser objeto de rectificación, al igual que los demás tipos de asientos, y si se considera que mi ejemplo se conduce al supuesto de hecho del artículo 320 del Reglamento Hipotecario, y aparte de que el traslado implica una supresión o extinción del asiento en el folio de origen, no me supone ningún esfuerzo de imaginación, porque también cuenta con apoyo real, variarlo en el sentido de que el error se padeció al extender la cancelación a todos los inmuebles comprendidos en el título, cuando en realidad sólo se ordenó o pidió de alguno de ellos, caso en el que no procede efectuar «traslado» alguno de líneas escritas y firmadas.

El considerar que en esos supuestos que hipotetizo no se está ante «errores rectificables por el Registrador» por sí y ante sí (art. 321 RH), sino ante «errores no rectificables sin consentimiento de los interesados» (artículos 322 y siguientes del mismo Reglamento), desorbitaría el dato puramente accidental de que el derecho enmendado no pertenece hoy ya al titular primitivo, sino a otro distinto que ya contaba con el gravamen y con su duración y efectos legales y que nunca apostó por su extinción anómala en la lotería del error. Lo que realmente no desean los preceptos hipotecarios aludidos es que, so capa de un siempre discutible error de concepto que no resulte «claramente» de los propios asientos (y, en su caso, de su confrontación con el título, fuente de aquéllos), se puedan alterar los contenidos tabulares, en perjuicio no ya de un tercero hipotecario, sino de un titular registral en general; por eso la protección de los artículos 322 y siguientes del Reglamento Hipotecario se dispensa a cualquier sujeto inscrito, con independencia de que sea o no uno de los terceros de los que reúnen los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Pues bien, si esto es así, si los errores imputables al Registrador deben «afectar» (82) a cualesquiera titulares registrales que ya contasen con los asientos rectificados, debemos dar un paso más y cuestionarnos si a la misma conclusión se llega cuando el error se padece en las demás fases del *iter* formativo del título, y por último, si se persiste en ella cuando

(82) Empleo ese verbo porque sería inexacto utilizar el otras veces paralelo de «perjudicar»; aquí no se perjudica al tercero, tan sólo no se le beneficia inopinadamente y por un evento fortuito. Pero insisto en que todo lo que digo en el texto lo mantengo sólo cuando el error se padece y rectifica una vez producida la adquisición (no necesariamente la inscripción) del tercero. En otro caso, a éste le protege el específico artículo 220 de la Ley hipotecaria, según el cual «el concepto rectificado no surtirá efecto en ningún caso sino desde la fecha de la rectificación», y el genérico artículo 40 *fine* de la propia Ley antes recordado.

la ineficacia de que adolece dicho título no tiene por causa el error, sino otro vicio del consentimiento y aun una fuente distinta de la malformación de la voluntad. Como el tema me llevaría demasiado lejos para un simple comentario, me limitaré a ascender escalonadamente en las hipótesis que conducen de modo directo al caso de nuestra Resolución, y en ese sentido me atrevo a afirmar de entrada que sigue siendo oponible al titular no desprevenido el error padecido en la producción de la copia del título cuando éste es derivativo —v.gr.: en la copia de la escritura matriz (83) o, en cierta medida, en la expedición de un mandamiento que no interpreta bien la providencia que ejecuta— e incluso el error sufrido por el mismo autor del título original (Notario en las escrituras y Juez y Secretario —arts. 249 y 251 LEC— en los mandamientos y resoluciones ejecutorias). No hay fundamento serio para que resulte más privilegiada (y, por ende, menos engendradora de responsabilidad) la enmienda de errores padecidos por el Registrador que la de los experimentados por otros sujetos que intervienen en el ciclo de la mutación tabular. «*Errare humanum est*» rezaba el brocardo clásico, y ante ese evento debemos estar todos equiparados.

Diferente es el caso de que se pretendiese dictar, por ejemplo, una nueva anotación distinta de la cancelada (distinta por no suponer exactamente la reposición de la erróneamente extinguida). Ahí surgiría el obstáculo insalvable del tracto sucesivo (arts. 20 de la Ley y 140 del Reglamento); cierto, dado que se ha producido una nueva manifestación de voluntad del órgano ejecutante que pretende sujetar la finca o derecho a las results de un procedimiento en marcha, esa medida cautelar sólo puede perjudicar al titular registral si se dirige contra él el referido procedimiento o, como dice el aludido artículo 20, «principio» si *en su nombre es otorgado* el acto de gravamen.

En síntesis, la «resurrección», por decirlo no muy técnica, pero sí bastante gráficamente, de una anotación preventiva entiendo que procede cuando su cancelación obedeció a error del Registrador o del órgano u órganos (84) que intervinieron en la formación del título cancelatorio, y con independencia de quién sea a la sazón el titular de la finca si éste contaba con el gravamen al tiempo de su adquisición, pero no, en cambio, si constituye una medida cautelar obediente a una nueva manifestación de voluntad del aparato ejecutante, hasta el punto de que el nuevo asiento se independiza en duración y alcance del primitivo, porque entonces, si la finca o derecho se encuentran inscritos a favor de tercero, álzase, insuperable, el obstáculo del tracto sucesivo.

¿A cuál de los dos supuestos se reconducirían los de las Resoluciones de 1960 y 1983? En aquélla hubo un cambio de criterio, en última instancia, que puede interpretarse similar al de una nueva decisión volitiva de anotar. Ocurrió como si el Juez *a quo* no hubiese accedido en ningún momento a la medida cautelar y como si el Tribunal *ad quem* manifestase, en cambio, tardíamente, sin alcance retroactivo por supuesto, su voluntad a favor. En definitiva, el fallo del Centro directivo allí lo encuentro acertado. En la presente Resolución no puede decirse que el mandato de «mantener» la anotación obedeciese a un previo error experimentado en

(83) *Vide* mi comentario a la Resolución de 4 de mayo de 1982 en esta misma Revista, núm. 559, correspondiente a noviembre-diciembre de 1983, págs. 1567 a 1589.

(84) Piénsese en el caso de los ahora tan debatidos exhortos.

el de su cancelación, ni siquiera a un *error iuris*, porque el Juez no sufrió ninguno a propósito de la cancelación en sí. Es más bien un caso similar a lo que, dentro de la teoría general del negocio jurídico, se designa con los rótulos doctrinales de «alteración de la base del negocio», «cambio de la presuposición» o «aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*». El órgano judicial no habría ordenado la cancelación de las anotaciones, ni por supuesto se las habría solicitado el actor o la cesionaria del remate si hubiese sido consciente de que el Registrador iba a mantener un criterio (por cierto más ortodoxo *iure dato*) distinto al suyo a propósito de la cancelación de las inscripciones de segregación y venta a favor de los siete terceros adquirentes de fecha anterior al embargo. ¿Hay una nueva manifestación de voluntad de anotar, o un reconocimiento de que se ordenó cancelar sobre la base de unos planteamientos jurídicos que luego resultaron alterados? Sin duda, acaeció esto último y, precisamente por ello, yo no encuentro demasiada distancia entre el *error facti* o *iuris* y la teoría de la presuposición extrapolada al campo del acto jurídico en general: en ambos parece más equitativo dar beligerancia a la nueva voluntad, exenta ya de vicios o de falsos o alterados presupuestos, porque, en definitiva, al titular registral —recordémoslo— no se le causa un perjuicio inopinado; tan sólo se le impide aprovecharse de una cancelación que le «llueve del cielo». Y si resulta exacto aquello de las «ciertas tablas» a que me refería antes a propósito de las posiciones de anotante inocente y tercer adquirente tardío, parece más conveniente la «devolución de jugada» (esto es, la cancelación de la cancelación) que permita recuperar el equilibrio de las posturas, del que sólo debe salirse a través del juego noble y contrapesado del declarativo correspondiente, séalo *ad hoc*, séalo de tercera dominical.

Valencia, 25 de junio de 1985.

J. M. R. P.