

La adquisición de la propiedad en subasta judicial: momento de transmisión y revisión crítica

*Acquisition of property through
judicial public auction: the moment
of the transfer and a critical
review of the question*

por

ADRIÁN GÓMEZ LINACERO

Letrado de la Administración de Justicia

y

JESÚS CAMPO CANDELAS

*Abogado. Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho procesal
Universidad de Alicante.*

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto abordar la fijación del momento a partir del cual se adquiere la propiedad u otro derecho real que implique posesión y sea realizable en sede de subasta judicial, revisando, con espíritu crítico, el estado doctrinal y jurisprudencial de una cuestión poco esclarecida en la actualidad. A tal efecto, se confrontará el modo de adquirir en compraventa privada y subasta pública para concluir con una propuesta unificadora sobre el momento de transmisión en esta última que contribuya a dotar de mayor seguridad jurídica a un fenómeno de tal entidad jurídica e impacto socioeconómico.

ABSTRACT: The purpose of the report is to determine the establishment of the moment as from which the property or right in rem is acquired in a judicial public auction. The case law situation will be analyzed critically in connection with an issue regarding which there are very differing views. For this purpose, the legal basis of the manner to acquire the property through private sale and purchase and through public auction will be examined and subsequently, a proposal will be made on the moment of the transfer that helps to provide legal certainty to the treatment of the problem.

PALABRAS CLAVE: Transmisión de propiedad. Subasta pública. Venta privada. Título y modo. Momento traslativo. Modos de adquirir.

KEY WORDS: *Property acquisition. Judicial public auction. Private sale. Title and modus. The moment of transfer the property. Ways to acquire.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SISTEMA DE TÍTULO Y MODO.—III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUBASTA PÚBLICA: SUS DIFERENCIAS CON LA VENTA PRIVADA.—IV. INAPLICACIÓN DEL SISTEMA DEL TÍTULO Y EL MODO A LA SUBASTA JUDICIAL.—V. LA FE PÚBLICA REGISTRAL EN LA ADQUISICIÓN POR SUBASTA.—VI. EL MOMENTO TRANSMISIVO EN LA LEC: 1. LA REDACCIÓN ORIGINAL EN LA LEC. 2. LA REFORMA DE LA LEC POR LA LEY 1/1992. 3. LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y LA REFORMA DE LA LEY 13/2009, DE 3 DE NOVIEMBRE.—VII. EL MOMENTO TRANSMISIVO EN LA JURISPRUDENCIA: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES. 3. DEL TRIBUNAL SUPREMO.—VIII. EL EVENTO TRASLATIVO EN DOCTRINA ESPECÍFICA.—IX. VALORACIÓN CRÍTICA Y PROPUESTA UNIFICADORA.—X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

A través de este trabajo se aborda el sistema de transmisión de la propiedad u otro derecho real que implique posesión (y requiera, por tanto, *traditio*) en el incidente de subasta pública judicial sustanciado en el marco de un proceso de esa naturaleza, extremo que se reputa de gran relevancia, tanto en el plano académico como práctico, por múltiples razones que irán aflorando en el transcurso del artículo.

A tal fin, realizaremos una aproximación doctrinal al sistema del título y el modo de adquirir por contrato, consagrado por los artículos 609 y

1095 del Código civil, para desembocar en la confrontación de la naturaleza jurídica de la venta privada y la subasta pública, exponiendo sus divergencias y rasgos distintivos, con la pretensión de traslucir la improcedencia de subsumir el esquema causalista citado en las realizaciones judiciales.

Acto seguido, se revisará la imprecisa y heterogénea jurisprudencia y doctrina recaídas a propósito del particular, culminando el estudio con una propuesta que, modestamente, pretende dotar de claridad y seguridad al momento transmisor del dominio u otro derecho real que confiera facultades posesorias en vía de subasta judicial.

El problema tratado reviste gran transcendencia y suscita notables dudas. Sin ánimo exhaustivo, puede pensarse, por ejemplo, en aquellos casos en que hayan de ejercitarse tercerías de dominio o acciones de retracto, en los que será decisivo tener claro el *dies ad quem* o momento de nacimiento del retracto; situaciones en las que el inmueble subastado venga siendo objeto de arrendamiento y exista incertidumbre sobre cuándo el adjudicatario puede recibir las rentas; a partir de qué instante el nuevo titular puede disponer del bien, disfrutar de su uso y posesión, ejercitar acciones en defensa de su derecho, pasar a ser sujeto pasivo de tributos u obligado al pago de gastos de comunidad¹.

El trabajo se centra en la adquisición de la propiedad en el seno de procedimientos judiciales con una garantía o carga ejecutada, origen del procedimiento (hipoteca o prenda) o medida para su consecución (embargo), en los que se celebre subasta y posterior adjudicación al ejecutante o a un tercero para cubrir un crédito.

Ahora bien, las previsiones contenidas en el estudio son también aplicables, *mutatis mutandis*, a las ventas forzosas de naturaleza administrativa² y a la adquisición judicial por subasta de los demás derechos reales embargables o hipotecables y realizables, que impliquen posesión (y, en consecuencia, requieran *traditio*) para la consumación de la mutación jurídico real según el régimen o sistema transmisor de dichos derechos (v.gr., usufructo, prenda con desplazamiento, anticresis, uso y habitación universales, etc).

Asimismo, las conclusiones de este trabajo son también extrapolables, con sus debidas particularidades, al proceso transmisor derivado de subasta voluntaria regulada en la LJV, y a la subasta especial en ejecución de sentencia de disolución de cosa común, a pesar de que a lo largo del análisis se aludirá casi siempre a la ejecución judicial³.

Por último, en cuanto al objeto de la subasta, centraremos la atención en los bienes inmuebles, aunque las reflexiones pueden extenderse a los bienes muebles, ya que el acto judicial que consuma la transmisión opera de la misma forma para ambos tipos bienes.

II. SISTEMA DE TÍTULO Y MODO

Nos aproximaremos a través del presente apartado de forma concisa (pues no es esta la sede adecuada para su estudio), al sistema⁴ del título y el modo consagrado por los artículos 609 y 1095 del Código civil en cuanto forma de adquisición del dominio y demás derechos reales con facultades posesorias; y ello, como paso previo para esclarecer si resulta trasladable, miméticamente, al fenómeno transmisivo derivado de las realizaciones en subasta pública judicial.

El principio de orden público que impregna la configuración de los derechos reales, por la importancia económico-social de estos y sus efectos *erga omnes* —estableciendo reglas imperativas en su ejercicio y desenvolvimiento—, hace insoslayable que los requisitos de un acto de tal entidad y repercusión como la adquisición de los mismos, marcadamente el derecho de propiedad (base del sistema socioeconómico liberal occidental y pilar central del comercio y tráfico jurídico) vengan predeterminados por prescripciones legales claras y terminantes que confieran certidumbre al fenómeno transmisivo⁵.

En ese contexto, el régimen aplicable a la adquisición del dominio ha sido construido en los distintos ordenamientos jurídicos históricos conforme a diferentes corrientes, partiendo todos ellos, en su composición primigenia, de la tradición romanista. Siguiendo los postulados del Derecho Romano, para la transmisión del dominio eran necesarios dos elementos: el título o contrato con finalidad traslativa —la venta, permuta, etc.— y el denominado modo o *traditio*⁶, entendido como entrega de la cosa o traspaso posesorio.

Pues bien, sobre los pilares del Derecho Romano clásico y fruto de la evolución social y de la progresiva espiritualización de la *traditio*, aparecen otros sistemas transmisivos que en la actualidad pueden reconducirse a tres grandes grupos, según pacífica doctrina, a saber: (a) sistema causal del título y el modo de adquirir; (b) sistema de transmisión consensual francés y (c) sistema del acuerdo traslativo abstracto propio de la doctrina alemana.

De manera escueta, podemos destacar las siguientes notas principales del sistema del título y el modo, remitiéndose para los otros dos a las numerosas obras existentes.

Para la doctrina del *título* (*causa remota*) y el *modo* (*causa próxima*) que sigue el modelo romano, se exige, en primer lugar, un acto, causa o negocio que fundamente y justifique la transmisión, frecuentemente un contrato, que sirva como precedente jurídico de la adquisición, denominado título o también conocido como *iusta causa* a la que se hacía ya referencia en los textos legales romanos⁷. En segundo lugar, como *conditio sine qua non* para consumar la transmisión real del dominio u otro derecho real con facultades posesorias y complemento causal del título, se requiere el modo o *tradición*,

que implica la entrega de la cosa del *tradens* al *accipiens* con ánimo de transmitir la propiedad. Siguiendo este esquema transmisor, si únicamente existe *titulus* o negocio causal habrá relación obligacional sin efectos reales transmisivos y, a la inversa, esto es, de darse únicamente la *traditio*, sin vinculación a causa o título jurídico, habrá acto dispositivo, pero no será suficiente, por sí solo, para adquirir el dominio o demás derechos reales.

Pues bien, expuestos sus rasgos principales y prescindiendo del dilatado debate suscitado desde antiguo en la academia, es pacífico que en el derecho inmobiliario patrio se asume el sistema del título y el modo, si bien moderando este último con la admisión de formas espiritualizadas o ficticias de la *traditio*. Son exponente de tal línea de pensamiento, entre otros, por su predicamento, CASTÁN⁸, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN⁹, LALAGUNA¹⁰, GARCÍA GARCÍA¹¹, PEÑA¹², ALBALADEJO¹³, LACRUZ BERDEJO¹⁴ o ROCA SASTRE¹⁵.

Del mismo modo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁶ y doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado —actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública¹⁷— son unívocas en el sentido de acoger la aplicación del sistema del título y el modo en la adquisición del dominio y demás derechos reales posesorios.

Dada por sentada la vigencia del sistema del título y el modo en nuestro país, por el interés que reviste para el objeto de nuestro estudio, merece la pena centrarse en la definición de la categoría modo o *traditio*.

La *traditio* es la *datio rei* o entrega de la cosa que hace el *tradens* al *accipiens* con ánimo de transmitir la propiedad. Constituye, de esta suerte, la ejecución material del negocio causal para consumar el fenómeno transmisor a fin de transferir al adquirente la titularidad del derecho transmitido. En este sentido, el modo no es más que la consumación o ejecución subsiguiente al título o negocio con finalidad traslativa realizado (compraventa, permuta, donación, renta vitalicia, etc.). Lo que se pretende, por tanto, es la entrada material del *accipiens* en el bien o derecho real adquirido, haciendo suyo el *ius possessionis* mediante la entrega y recepción del objeto transmitido.

Sin embargo, la *traditio* no debe reducirse a una mera entrega de la cosa del transferente al adquirente, sino que debe estar dotada de sustancia objetiva y subjetiva propia para dotar de eficacia traslativa al negocio causal. Aclara a tal respecto DÍEZ-PICAZO¹⁸ que es necesario: «*Primero, que exista una concorde voluntad de las partes de transmitir y adquirir el dominio. Segundo, que se produzca un comportamiento traslativo, una entrega de la cosa o una *datio possessionis*. Tercero, que exista una justa causa. Cuarto, que el tradente sea un verus dominus*».

GÓMEZ CORRALIZA, en sus explicaciones de clase, señala que es preciso diferenciar nítidamente entre tradición y traspaso posesorio, pues se trata de dos figuras distintas e independientes y cada una con su propio

régimen: la transmisión de la posesión se rige por el artículo 460-2.º del Código civil, mientras que la tradición está regulada por los artículos 1462, 1463, y 1464 del mismo Código. Así, puede haber tradición acompañada de traspaso posesorio (por ej. tradición real, *traditio brevi manu*, constituto posesorio, éste con transmisión sólo de la posesión mediata) y tradición sin traspaso posesorio, *v.gr.* tradición instrumental pura, sin transmisión de la posesión, que se aplaza por razones de conveniencia —así durante un plazo que se reserva el vendedor para realizar cómodamente la mudanza o durante el plazo que establezca para buscar y poder comprar, a su vez, un piso, o por razones de garantía, como no transferir la posesión hasta recibir el pago íntegro del precio—. De este modo distingue dicho profesor entre *tradición propia* o en sentido propio (con traspaso posesorio, sea de posesión inmediata o mediata) y *tradición impropia* o en sentido impropio (sin traspaso posesorio alguno). Esta, a pesar de su denominación, consuma y produce idéntico efecto transmisivo que la primera. Ambas transmiten siempre el *ius possidendi*, pero solo la primera transmite, además, el *ius possessionis*.

La *traditio* deberá venir acompañada de una serie de signos externos, presupuestos jurídicos y manifestaciones de voluntad que permitan concluir una apariencia de titularidad (generalmente dominical) y de ejercicio del derecho por el adquirente de forma socialmente reconocida; la finalidad intrínseca de la *traditio* es crear signos externos que permitan concluir, frente a terceros y a la comunidad, que el adquirente está ejercitando la titularidad correspondiente al derecho adquirido, que normalmente se exterioriza por la posesión en el concepto inherente a dicho derecho, predominantemente el de dueño.

Con acierto destaca GORDILLO CAÑAS que la «*entrega o traditio cumple dos funciones distintas: por una parte —y esto a la perfección y en todo caso— proporciona a quien recibe la cosa el poder inmediato y directo en la misma; por otra —y ahora ya no siempre con igual rigor ni elocuencia—, en cuanto le constituye en poseedor, actúa en su favor como instrumento publicador, natural y rudimentario, del derecho que ha adquirido*»¹⁹.

En otro orden de cosas, la vinculación de la tradición al negocio jurídico causal se reputa absoluta y no admite abstracción de manera que, como regla general, las irregularidades que afecten al negocio irradiarán con efecto reflejo a la *traditio*. Esto es, si el negocio es nulo, la *traditio* será nula; el *tradens* no habrá perdido la propiedad y el adquirente no la habrá alcanzado —y de igual forma los subadquirentes— con las excepciones que, en algunos sistemas, como el español (art. 464 CC y 34 LH), habilita la legislación para permitir salvar los defectos del proceso transmisivo en protección de terceros de buena fe que, en el caso de bienes inmuebles, inscriban su derecho con preferencia, haciendo posible la adquisición *a non domino*.

Debe destacarse, asimismo, según dicción literal del artículo 609 del Código civil, que la *traditio* se aplica no solo a la adquisición de la propiedad,

sino también a otros derechos reales, pero exclusivamente a los derechos reales posesorios, es decir, aquellos que entre su haz de facultades impliquen la posesión de la cosa sobre la que se constituyen.

Es decir, la *traditio* únicamente debe acompañar al título o contrato traslativo para la eficaz adquisición de derechos reales que encuentren entre sus facultades la posesoria o *ius possidendi*. Por ello el derecho de propiedad, el usufructo, la servidumbre (excepto las negativas), el uso, la habitación o la prenda con desplazamiento, exigirán, para su adquisición contractual, la *traditio*, mientras que otros derechos, no susceptibles de posesión, como son la hipoteca, el censo (el derecho del censualista) o los derechos reales de adquisición preferente, como la opción, el tanteo o el retracto, no exigirán traspaso posesorio (por la elemental razón, de que este, al tratarse de un derecho que no implica posesión, no sería posible), bastando el título para consumación de su transmisión²⁰.

ALBALADEJO²¹, citando para ello doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 7 de octubre de 1970 y 19 de noviembre de 1974) recuerda que «*dentro de las adquisiciones por contrato, el modo es preciso para recibir, no solo el derecho de propiedad, sino cualesquiera otros reales, lo mismo sobre bienes muebles que sobre inmuebles, siempre que se trate de derechos poseíbles*»²².

Sobre la necesidad de *traditio* para la adquisición de derechos reales que no otorguen facultades posesorias del bien sobre el que se constituyan (hipoteca, retracto, prenda sin desplazamiento, entre otros) se pronuncia, entre otros, CUENA CASAS²³, afirmando «*que aunque el tradens haya perdido la posesión (art. 460.4.º CC): siempre hay una forma de tradición posible. De ahí, también que la necesidad de tradición no resulte excepcionada cuando se trata de transmitir derechos reales no poseíbles*».

No compartimos dicho razonamiento por cuanto encierra cierta contradicción conceptual. Si el *tradens* ha perdido la posesión civil por la posesión de otro la única consecuencia que tendrá es que no transferirá también junto a la propiedad la posesión (ni mediata ni inmediata) al adquirente mediante la *traditio*. De este modo, haber perdido la posesión, no convierte a la propiedad en un derecho real sin facultades posesorias. La posesión perdida por el dueño siempre se podrá recuperar, pero no mediante la acción posesoria sumaria, sino a través de los distintos cauces para hacer efectivo el derecho a poseer (reivindicatoria y precario, entre otros); dicho de otro modo, la posesión es dimensión indisoluble de la propiedad (art. 348 CC) y mientras no se extinga dicha propiedad la posesión vencida podrá recuperarse (salvo, claro está, que aparezcan terceros protegidos).

Hay que distinguir entonces, en primer lugar, debidamente, entre la transmisión de la propiedad mediante la *traditio* y la adquisición de la posesión, extremos diferentes y con distinta regulación. Igualmente hay que discernir entre el derecho a poseer o *ius possidendi*, que es al fin y al cabo

el criterio que determina el carácter de poseíble o no de la cosa objeto del derecho real, con el *ius possesionis* o posesión material, que puede perderse temporalmente por otros hechos jurídicos o actos materiales sin que por ello el derecho real, que con el *ius possesionis* se exterioriza, pierda la nota posesoria.

Y todo ello conforme al fin fundamental de la *traditio*, que persigue, en esencia, arbitrar mecanismos o signos que permitan a la comunidad conocer de forma ostensible la adquisición de un derecho y su ejercicio por un nuevo titular. Ninguna *traditio* puede exigir un derecho real (como la hipoteca o el retracto) que, en su modo social y legal de ejercicio, no implica tenencia o posesión de la cosa. Para publicitar el ejercicio de esos derechos existen otras herramientas más fiables. La *traditio* o entrega de la cosa, ficticia o material, carece de toda operatividad en derechos que, en su materialización, no permiten o necesitan para su eficacia el uso de aquella.

Por último, destacar que, si bien la *traditio* se concebía en sus orígenes, exclusivamente, como entrega material de la cosa, el transcurso del tiempo ha dado lugar a un progresivo proceso de espiritualización de la *traditio* basado en razones sociales y de política legislativa que ha reconducido, en el sistema español, los modos de adquirir a dos grandes grupos, a saber: *traditio* real o genuina y *traditio* ficta.

Por su relevancia en el análisis que nos ocupa debe citarse la *tradición instrumental reconocida* por el artículo 1462-2 del Código civil, probablemente la manifestación de transmisión ficticia de mayor trascendencia, a saber: la consistente en el otorgamiento de la escritura pública (la escritura como *instrumentum publicum*, de ahí su nombre). Esta forma de tradición instrumental, predominante en el tráfico jurídico, es la que mayor interés despierta a los efectos del presente trabajo toda vez que, buena parte de los pronunciamientos judiciales que se ocupan del fenómeno traslativo en subasta parten de una equiparación conceptual inexacta entre la escritura pública y la resolución judicial que tiene por adjudicado el bien o aprobado el remate, sea con testimonio o sin él, asumiendo así una fórmula de *traditio* instrumental para las subastas judiciales.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUBASTA PÚBLICA: SUS DIFERENCIAS CON LA VENTA PRIVADA

Numerosos y mayoritarios antecedentes doctrinales y jurisprudenciales acogen de manera mimética el acervo propio del sistema del título y modo en sede de subasta pública, lo que no está exento de problemas si, entre otras razones, se atiende a las divergencias existentes entre la subasta pública y la venta privada.

Es sabido que la compraventa privada, regulada en el artículo 1445 del Código civil, es el contrato consensual, bilateral, oneroso y generalmente comunitativo, por el cual una persona se obliga a entregar una cosa determinada, como contraprestación causal, a cambio de un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.

Se trata, sin duda, del principal contrato con finalidad traslativa y forma predominante de intercambio de bienes en el tráfico jurídico, debiendo recordarse, en relación con lo primero, que tiene finalidad traslativa, sin ser *per se* traslativo, pues es solo generador de obligaciones, requiriendo, como arriba se explicaba, la *traditio* para la traslación o transmisión del derecho real.

En cuanto a su forma, rige el principio de libertad de forma consagrado por el artículo 1278 del Código civil sin exigencia de forma especial *ad solemnitatem*, bastando la observancia de los requisitos del artículo 1261 del Código civil²⁴, acorde con nuestro sistema espiritualista consagrado por el artículo 1258 del Código civil.

En cambio, la subasta pública puede definirse, desde una visión amplia, como el acto mediante el cual un organismo ofrece, bajo condiciones pre-determinadas, ante el público, en régimen abierto, un bien o conjunto de bienes, sobre un precio mínimo en relación con el valor del bien o con libre competencia mediante precio no cerrado, mediante el sistema de pujas, a los postores concurrentes, para adjudicar el objeto subastado al mejor postor.

Por lo demás, la subasta pública, en el ámbito de los procedimientos de apremio seguidos ante autoridades públicas, judiciales o administrativas, es el principal medio para convertir en dinero los bienes del deudor y aplicar su importe al pago del crédito debido.

En lo concerniente a nuestra legislación procesal, la subasta pública se configura, en virtud del artículo 636.2.2.º Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), como una de las vías de realización forzosa del patrimonio del deudor, a falta de convenio de realización o realización por entidad especializada²⁵.

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica de la subasta, dos son las principales tesis que existen: a) acto de soberanía pública constitutivo de una relación de derecho privado con efectos *ex lege* y, b) similitud con la compraventa, matizada por el carácter forzoso de la transmisión y la intervención judicial. Ambas corrientes apuntalan la denominada teoría contractualista o *iusprivativista* y la doctrina *procesalista* de la subasta²⁶.

Para la teoría contractualista, la transmisión del bien a un tercero, a cambio de dinero, con la correlativa satisfacción del interés del acreedor, justifica la equiparación de la subasta judicial con la compraventa; no en vano, ambas figuras presentan idéntica finalidad de cambio de cosa por precio e igualmente existe una coincidencia en su principal efecto, esto es, la transmisión y la adquisición de un derecho²⁷.

Junto con ese argumento, se han empleado otros para fundamentar esta tesis, tales como la asimilación por el Código civil entre venta privada y pública en cuanto a la acción redhibitoria del artículo 1489 del Código civil, salvo el pago de indemnización; la admisión de la aplicación del retracto²⁸ en adquisiciones por subasta pública y la aplicación de la regulación de la doble venta y venta ajena, sobre los artículos 1473 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria, a las subastas públicas²⁹; o el hecho de que nuestra legislación procesal y sustantiva equipare terminológicamente la venta privada y la subasta pública en no pocos preceptos³⁰.

Exponentes de la tesis contractualista son, entre otros, CUBELLES ROIG³¹, PLAZA³², HERCE QUEMADA³³, MOLINA GARCÍA³⁴, MARESA³⁵ o PUIG BRUTAU³⁶.

En contraposición a la posición expuesta, la tesis publicista o procesalista pone el énfasis en la realización coactiva del bien, lo que excluye cualquier posibilidad de conferir naturaleza convencional a las actuaciones dimanantes de la subasta, como recuerdan ALONSO SÁNCHEZ³⁷ o FRANCO ARIAS, que niegan que la transmisión forzosa sea una modalidad de la venta privada, ni de ninguna otra institución civil, aunque tenga puntos en común³⁸. La falta de voluntad en el sujeto ejecutado que se ve obligado a transmitir es uno de los aspectos clave destacados por quienes se aproximan a la tesis puramente procesalista de la subasta judicial³⁹.

Por lo que concierne a la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, este no ha mantenido una postura nítida sobre la adscripción a ninguna de las tesis citadas, si bien en la actualidad parece inclinarse por la tesis publicista⁴⁰, línea que no parece abrazar precisamente nuestro Centro Directivo⁴¹. En esta dirección, destaca la STS de 13 de marzo de 1997, según la cual «*la enajenación forzosa no es, esencial y propiamente, una compraventa sino un acto judicial que genera los mismos efectos que aquella*»⁴², o la STS de 29 de julio de 1999 al razonar que «*la subasta judicial es un negocio jurídico formal, donde rige para la plena producción de efectos la sujeción al principio de legalidad, de manera que sus requisitos son garantías de la seriedad de la oferta pública que la caracteriza y del cumplimiento de todas sus formalidades (...) No cabe, por ello, asimilar en un todo el negocio jurídico privado de compraventa a la venta forzosa en subasta pública, pese a la aplicación analógica y subsidiaria de la normativa del Código civil*».

No puede alcanzarse conclusión alguna a la vista de la jurisprudencia menor, con pronunciamientos contradictorios al analizar la naturaleza de la subasta. Para algunas resoluciones subasta y compraventa son fenómenos intercambiables⁴³ mientras que, para otros tribunales, es patente una «*radical diferencia entre ambas instituciones*»⁴⁴.

En nuestra opinión, es preciso tener en cuenta varios factores. En primer lugar, el origen del derecho de propiedad resultante de subasta pública

procede de un acto netamente procesal, consistente en la adjudicación legal (judicial), y en ese proceso resulta irrelevante tanto el consentimiento del ejecutado como el del rematante, cuya voluntad solo se manifiesta en la decisión de participar en la subasta, pero sin libertad alguna para negociar los términos de la transmisión. Y la participación de los postores es residual o testimonial, pues tiene lugar en las condiciones predeterminadas por ley, despojados de cualquier margen de capacidad decisoria. Por todo ello, nos alineamos con la corriente *procesalista o publicista* respecto de la naturaleza de la subasta judicial.

En efecto, la fuerza con la que aparece investido el derecho del adjudicatario es consecuencia directa de un acto judicial con efectos traslativos anudados por ministerio de la ley, por lo que encuentra su razón de ser en el ámbito estrictamente procesal, sin que la equiparación terminológica (más funcional que conceptual) de nuestra legislación civil y procesal entre ambas modalidades, ni sus efectos finales compartidos, permitan, a nuestro juicio, la identidad de razón (identidad de razón exigida para aplicar la analogía *legis* por el art. 4.1 CC) postulada por la tesis *iusprivativista*.

Por lo demás, abona la tesis aquí defendida el hecho de que el artículo 1465 del Código civil, integrado en el capítulo de la compraventa, disponga: «*La enajenación forzosa por causa de utilidad pública se regirá por lo que establezcan las leyes especiales*», que, si bien parece aludir a la expropiación o enajenación forzosa por causa pública, entendemos plenamente aplicable, en su remisión, a la realización judicial de bienes, de lo que se derivaría un interés de la *mens legislatoris* en separar ambos tipos de instituciones⁴⁵.

Podríamos decir, por tanto, que la coincidencia entre ambas formas de adquirir el dominio, es superficial, funcional, práctica o coyuntural, manteniendo cada una sus rasgos prototípicos en marcos jurídicos distintos que no permiten equiparación o trasvase entre sus componentes internos, sustantivos y autónomos. Y ello, como no puede ser de otro modo, sin negar los aspectos coincidentes entre ambas figuras.

Lo crucial, si analizamos el *iter transmisiivo* presente en ambas formas de adquirir, es que a pesar de producir, tanto la venta privada como la subasta pública idénticos efectos finales —mutación jurídico real y transmisión/adquisición del derecho vendido—, el cauce legal vehiculado para tal fin discurre, hasta llegar al referido término, por recorridos distintos, sin opción de sustitución o alternativa entre sí en sus elementos fundamentales.

Reconocida nuestra adscripción a la tesis procesalista, nos llama inmediatamente la atención, sin embargo, que buena parte de los partidarios de la tesis publicista admitan, sin ambages, la aplicación de esquema del título y modo *ex artículo 609* del Código civil a las subastas públicas, al menos, en la mayoría de sus exponentes.

Tal posicionamiento encierra, como advierte certeramente NAVARRO CASTRO⁴⁶, una cierta contradicción, pues si la realización forzosa mediante subasta pública se configura como un acto jurisdiccional dispositivo, regido por su propio régimen procesal, pronto se advierte la incongruencia de acudir a dicho sistema dualista de índole contractual para explicar la forma de adquisición mediante subasta.

Ello puede ser el origen, como veremos después, de no pocos problemas al tiempo de resolver la cuestión esencial sobre el momento en el que se debe entender consumada la transmisión, pues la regulación procesal da cuenta de numerosos actos susceptibles de ser identificados, bien con el título, bien con el modo, lo que introduce severos conflictos desde una aproximación eminentemente práctica.

Expuesto lo anterior y, sucintamente, podemos condensar en cuatro los argumentos diferenciadores entre venta privada y subasta pública, a saber:

—Primero —siguiendo a DÍEZ-PICAZO⁴⁷— el *origen* del acto de constitución de la relación jurídica, en este caso, del derecho real adquirido, se erige como el principal factor diferenciador entre ambas formas de adquisición. Precisamente por ello (como explicaremos con más detalle después), el acto de constitución⁴⁸ se nutre de diferente fuente jurídica en las dos instituciones confrontadas: aunque el resultado final consistente en la traslación de la propiedad es el mismo, la causa jurídica de cada adquisición descansa en pilares distintos y se edifica sobre cimientos de diferente composición.

Aplicando el lúcido esquema del citado autor, en la compraventa privada el acto de constitución es voluntario y en la subasta pública, en cambio, lo es de carácter legal, judicial y forzoso. Y, al margen de que las consecuencias jurídico-reales puedan ser idénticas, pues en ambas modalidades transmisoras muta la titularidad real, estas quedan sometidas a regímenes jurídicos distintos en cuanto a su constitución, desarrollo, ejecución e incidencias (estas últimas tales como la resolución del contrato, rescisión, saneamiento, entrega posesión, formalidades, acceso al Registro, etc.).

Así, mientras en la compraventa el acto de constitución de la relación jurídico real resulta de una convención entre particulares —un contrato, especie por excelencia de los negocios jurídicos—, en la subasta pública procede del imperio de la ley⁴⁹. Es decir, el acto de constitución del derecho de propiedad u otro derecho real posesorio en esta última opción, tiene rango de *ius cogens* y naturaleza pública, con las notas características de heterónomo, legal, forzoso, con fuerza soberana y efectos *ipso iure*.

—Segundo, consecuencia directa del anterior, constatada la contraposición de la naturaleza jurídica entre ambos actos, el *régimen jurídico* al que deben quedar sometidos es ostensiblemente dispar. El acto de constitución al que arriba se alude tiene orígenes y está regulado en ramas del ordena-

miento con caracteres marcadamente opuestos, pues mientras uno se ubica en el marco del derecho privado, el otro ha de buscarse en el orden público, inspirado en principios de sobra conocidos.

—Tercero, los *elementos esenciales* de la venta privada, precio y entrega de la cosa, no tienen la misma presencia en la subasta pública.

El precio, en la subasta judicial, no lo recibe el titular del bien transmitido, sino el acreedor —salvo subasta voluntaria—. La entrega de la cosa, en la realización forzosa, no integra la obligación del titular real previo, que no participa del proceso de enajenación, más que en una posición pasiva: a este respecto, la entrega de la posesión, en este caso civilísima, se confiere por la propia fuerza de la resolución procesal que otorga la adjudicación y, en caso de negativa del ejecutado u otros a permitir la entrega de la posesión, entrará en juego el incidente posesorio del artículo 675 LEC. En la compraventa privada, la única fórmula de reclamar la tutela de la posesión (240.1.4.º LEC) del bien transmitido es haber accedido materialmente a este o acudiendo a un proceso declarativo, lo que demuestra el valor privilegiado de la adjudicación judicial en cuanto permite una posesión ficticia civilísima decretada por el órgano judicial.

—Cuarto, no cabe en la subasta el binomio clásico *comprador/vendedor*. Debe insistirse en la ya reiterada idea: la adjudicación opera de forma forzosa, sin consentimiento del ejecutado y, por ello, no existe bilateralidad, sino unilateralidad. El consentimiento, pilar central de todo contrato para su perfeccionamiento según nuestro sistema espiritualista, aparece suprimido en la faceta del titular del derecho subastado.

En semejante posición se encuentra el comprador, que se ve sujeto a condiciones innegociables prescritas por la ley, con limitación de sus facultades de intervención. No existe oferta con participación, sino oferta predeterminada y cerrada de tinte adhesivo; tampoco existe la nota de perfeccionamiento negocial por acuerdo de voluntades. Además, el precio/importe de la adjudicación no es libre, sino restringido con porcentajes sobre el valor de tasación. Asimismo, no cabe resolución por falta de pago del precio en la subasta pública, sino quiebra de esta, en los términos del artículo 653 LEC.

Por ello, no cabe enfrentarse a la subasta con los mismos esquemas y presupuestos jurídicos que a un contrato, pues faltan en la primera los elementos básicos del sistema contractual. A mayor abundamiento, la causa de la compraventa —requisito consustancial a todo contrato *ex artículo 1271 del Código civil*—, es «*la prestación de una cosa por la otra parte*» y la función económico social de este tipo contractual es el intercambio de una cosa por precio, objetivando así la causa. Por el contrario, en la subasta pública no hay causa en el sentido contractual de la expresión, porque no hay negociación ni intercambio de voluntades para alcanzar un fin, que es el rasgo más definitorio del contrato. Los actos procesales, obvio decirlo, no siguen la mecánica legal de los negocios jurídicos.

Como corolario de lo razonado, se infiere una idea que condensa las diferencias: la compraventa se rige por la máxima de la autonomía de la voluntad *ex artículo 1255 del Código civil* y por normas dispositivas y, la subasta pública, por el estricto principio de legalidad, por más que, en efecto, tengan consecuencias en la esfera jurídico real del mismo alcance.

Desgranadas las principales notas distintivas entre ambas instituciones, pasamos al nudo gordiano del presente trabajo, epicentro de la que será la propuesta final.

IV. INAPLICACIÓN DEL SISTEMA DEL TÍTULO Y EL MODO A LAS SUBASTAS JUDICIALES

La doctrina y jurisprudencia mayoritarias dan por sentada la aplicación del sistema del título y el modo a las adjudicaciones judiciales. El Tribunal Supremo, sobre cuya doctrina volveremos después, ha extendido sin fisuras la doctrina causalista derivada del artículo 609 del Código civil a las subastas públicas. Por ilustrativa, puede citarse la STS de 2 de diciembre de 2009, que afirma: «*la jurisprudencia de esta Sala mantiene toda la virtualidad del artículo 609 del Código civil exigiendo algo más que la mera aprobación del remate para la adquisición de la propiedad de la finca subastada por el rematante o el cessionario del remate*», o la más reciente STS de 7 de mayo de 2015, que propugna, asumiendo de nuevo la vigencia del sistema contractual, que «*a la referida adjudicación puede atribuirse el carácter de tradición simbólica, al no ser numerus clausus la enumeración de las formas espiritualizadas de tradición que hacen los artículos 1462 a 1464 del Código civil*»⁵⁰.

En cuanto a la posición de la doctrina, también resulta dominante la defensa extensiva del sistema del título y el modo, centrándose la discusión, primordialmente, no tanto en su aplicación analógica como en la más relevante cuestión sobre el momento concreto en que se consuma la traslación del derecho real. Se da así por sentado, las más de las veces, la plena vigencia de dicho sistema, sin detenerse demasiado en las particularidades de la subasta pública⁵¹. Pueden destacarse, entre otros autores, SOLCHAGA LOITEGUI para quien «*la transmisión del dominio del inmueble embargado se produce en virtud de su enajenación forzosa, verdadero contrato procesal, con plena aplicación de la teoría del título y el modo*»⁵², o LUQUE TORRES, en cuya opinión «*los conceptos de perfección y consumación, son perfectamente aplicables a las subastas judiciales*»⁵³.

De lo anterior se sigue que se asuma para esta corriente mayoritaria el sistema de título y modo en sede de subasta pública, desdoblando así la transmisión en dos actos: uno de carácter consensual —unas veces será la

propia convocatoria de subasta y otras el decreto de remate, que dicho sea de paso, no siempre existe— y otro real traditorio que, según la corriente que se asuma, podrá ser la expedición del decreto de adjudicación o su testimonio, como después se comprobará⁵⁴.

De opinión opuesta y, sin duda, adscrita a una corriente minoritaria, podemos destacar a algunos autores que rechazan la aplicación del esquema de adquisición contractual a las subastas judiciales. Así, VERDERA SERVER⁵⁵ sostiene que «*no existiendo en rigor contrato resulta vano tratar de encajar el fenómeno en los moldes de la teoría del título y del modo. El artículo 609.II del Código civil propicia que esa situación se califique más adecuadamente como una adquisición por ley*». MURGA FERNÁNDEZ, en similar dirección, defiende que la transmisión llevada a cabo mediante la subasta judicial puede incluirse bajo el ámbito de aplicación del sistema de transmisión por ministerio de la ley, lo que le aleja del molde clásico del sistema del título y el modo⁵⁶. O, en la misma línea, GUTIÉRREZ DE CABIEDES⁵⁷ para quien «*la transmisión se opera por ministerio de la Ley y están fuera de la norma del título y el modo*».

En nuestra opinión, debe descartarse de plano, sin admisión de analogía *legis* con el artículo 609 del Código civil, ni siquiera por razones de utilidad jurídica o seguridad en la praxis judicial, la extrapolación de los presupuestos instituidos por nuestro Derecho Civil para la adquisición del derecho de propiedad a las subastas judiciales, al menos, por las tres razones siguientes:

—En primer lugar, la falta de naturaleza contractual de la subasta y la consiguiente inaplicación del Código civil en esta materia. No existe, por tanto, contrato que deba sujetarse a las reglas sustantivas prescritas para su perfección ni, por ende, transmisión de la propiedad que deba someterse a la necesidad de acto dispositivo propio de la *traditio*. Así, el alcance objetivo del sistema instituido por el artículo 609 del Código civil debe acotarse a las ventas convencionales⁵⁸. No parece apropiado, por tanto, aplicar por analogía el régimen de adquisición del dominio vigente para relaciones jurídico-privadas de origen contractual a las adjudicaciones judiciales por no existir una clara identidad de razón entre los dos supuestos de hecho confrontados que permita la integración prevista en el artículo 4 del Código civil.

—En segundo lugar, el derecho de propiedad adjudicado en causa judicial es un medio derivativo de adquisición investido de la autoridad que confiere la potestad jurisdiccional y el *imperium* de la ley, sometido en su creación, desenvolvimiento y adjudicación a prescripciones de derecho necesario, con un régimen jurídico autónomo.

Es el Estado, a través de uno de sus poderes fundamentales, el que atribuye (pero no *ex novo*) el derecho al adjudicatario mediante un acto de soberanía de modificación de relaciones jurídicas preexistentes. Existe, en

definitiva, una «*declaración de voluntad del Juez ejecutor que transmite de forma coactiva el bien embargado en favor del rematante, por la virtud de la potestad jurisdiccional de la que está aquel investido*»⁵⁹.

El juzgado competente, en su función ejecutora, no vende, no enajena y, en rigor, tampoco transmite el objeto hipotecado o embargado en el sentido jurídico contractual del término, sino que realiza un bien o derecho para con su valor satisfacer un crédito declarado judicialmente —ejecución ordinaria de título judicial— o reconocido en título ejecutivo extrajudicial —en los casos de ejecución no judicial—. Precisamente por ello, aunque ambas adquisiciones tengan el mismo efecto derivativo, basado en el principio de subrogación real, parecen más acertadas las categorías de realización judicial y de adjudicación —de ahí la importancia del decreto de adjudicación— que las de venta judicial y transmisión, respectivamente.

De lo anterior se colige que las normas de Derecho público resultan autosuficientes para regular la adquisición en subasta, sin necesidad de acudir a garantías complementarias o causales como la *traditio*; no debe obviarse, al respecto, que el sistema del título y el modo obedece a razones de certidumbre que han de entenderse derogadas cuando existe un sistema procesal dotado de respaldo que hace innecesario acudir al mismo, pues ello terminaría desdoblando, disfuncionalmente, el proceso de transmisión en subasta en dos fases.

En otros términos, la señal externa asociada a la necesidad de tradición, comprensible en sede contractual, carece de sostén en un proceso judicial regido por normas procesales que regulan con detalle toda la secuencia de la subasta. En esa línea, compartimos las reflexiones de NAVARRO CASTRO cuando aclara que la necesaria exteriorización del cambio de titularidad y la concurrencia de una formalidad que dé garantías de que la transmisión se ha producido en las debidas condiciones, siendo cognoscible por terceros, como finalidades propias de la *traditio*, se desvanecen en el proceso de ejecución, donde las condiciones de publicidad y de prueba de la transmisión no solo se cumplen sobradamente, sino —destaca el autor— «*en mucha mayor medida, incluso, que con la tradición*». Carece por ello de sentido insistir «*en la necesidad añadida de la entrega o en la asimilación entre auto o testimonio y entrega, cuando ni el fundamento ni las características de uno y otro coinciden*»⁶⁰.

—En tercer lugar, desde el momento en que la Ley 10/1992, de 30 de abril —como después se analizará con más detalle— hizo desaparecer el otorgamiento de escritura pública en favor del adjudicatario como exigencia para su adquisición, resulta forzada la remisión a los criterios de transmisión del artículo del 609 del Código civil⁶¹.

Las razones esgrimidas traslucen las notables divergencias habidas entre subasta judicial y venta privada y, por ende, justifican, en nuestra opinión, la inaplicación del régimen del título y el modo en sede de subasta pública.

Por lo demás, y como veremos después, la asunción del sistema recogido en el artículo 609 del Código civil a la subasta no ha servido para dotar de una mayor claridad a una cuestión esencial: la determinación del momento preciso de transmisión de la propiedad.

V. LA FE PÚBLICA REGISTRAL EN LA ADQUISICIÓN POR SUBASTA PÚBLICA

Resulta conveniente aludir, siquiera someramente, a la vigencia del principio de fe pública registral para adquisiciones en causa judicial. Surge el interrogante, fuertemente discutido hasta la trascendente Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007, de si cabe la adquisición *a non domino* en subasta pública, salvando así la falta de poder de disposición del *tradens* o, si, por el contrario, dicha adjudicación judicial debe reputarse nula por falta de objeto y no merecedora de convalidación registral *por mor* de la sanción prevista en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria.

Lo cierto, como hemos explicado, es que el adjudicatario no adquiere directamente del deudor, en el sentido propio de una venta privada, sino que recibe la propiedad por un acto judicial. Sin embargo, registralmente, y en aplicación, en todo caso, de la regla del trato sucesivo, sí que existe concatenación transmisiva entre deudor y adjudicatario,

Pues bien, partiendo de la extraordinaria complejidad de la cuestión abordada, para cuya comprensión podemos remitirnos a las distintas obras que se citarán en este apartado, hay que deslindar entre adjudicación daimante de un embargo ejecutivo o de una hipoteca.

En el caso del tercero embargante, que es donde se concentran los mayores problemas, hay que partir de la premisa básica de que este, según doctrina mayoritaria, no está protegido por la fe pública registral. En términos de GORDILLO CAÑAS⁶²: «*buen cuidado tuvieron los autores de la Ley Hipotecaria en dejar declarado que el embargo y su anotación no alteran la naturaleza del crédito*». Así, y siguiendo a GÓMEZ DE LA SERNA, «*el acreedor embargante, aunque el embargo se anote, no podrá ser contado entre los “terceros” hipotecarios o terceros “para los efectos de esta Ley”*».

Lo que resulta pacífico es la concepción del embargo como una carga con trascendencia real y oponible a terceros que confiere el *ius distrahendi* sobre su objeto (por todas STS de 30 de noviembre de 2004 y RDGRN de 2 de diciembre de 2004).

Y, el acreedor embargante no está protegido por la fe pública, a pesar del debate doctrinal, porque su anotación no le hace indemne a los derechos anteriores no inscritos que podrán hacerse efectivos por los cauces

procesales correspondientes. El embargante no adquiere derecho real de un titular registral anterior, sino que recibe una garantía registral, emanada de un acto procesal, para el embargo de un inmueble o derecho real en una ejecución.

El embargo anotado sí incide en el juego de la fe pública registral, pero no para cubrir al embargante con su hilo protector, en su dimensión positiva, sino, en su vertiente negativa, para enervar o inhabilitar su eficacia en terceros adquirentes posteriores, que deberán pechar con el embargo, por no poder ignorarlo al estar inscrito (art. 32 LH), y con las resultas del pleito (art. 71 LH), así como con el efecto purgativo inherente a la cancelación (arts. 134 y 674 LH y art. 175.2.^º RH).

En otro orden, todos los problemas que ahora veremos en relación al embargo, no se presentan con la misma intensidad en la ejecución hipotecaria habida cuenta de que el acreedor hipotecario, inscrita la hipoteca, está protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y de que la hipoteca se vincula siempre al bien gravado, con independencia de que la titularidad se transmita y aparezca un tercer poseedor.

Para un conocimiento pleno del principio de fe pública registral nos remitimos, por su exhaustividad y rigor, a GARCÍA GARCÍA⁶³. Asimismo, y con idéntica finalidad, para una comprensión amplia del principio de fe pública registral en subasta judicial podemos acudir a las distintas obras que GORDILLO CAÑAS⁶⁴ destina al particular.

Pues bien, los problemas se suscitan en la anotación de embargo para el *verus dominus* con título no inscrito antes de la anotación por adquisición anterior a esta que, o bien no inscribe nunca, o bien inscribe después de la anotación.

Respecto a las inscripciones posteriores por títulos posteriores es claro el artículo 71 de la Ley Hipotecaria y la intervención del tercer poseedor en la subasta a tenor de los artículos 659 y 662 de la LEC. Dicha inscripción posterior será purgada con la inscripción del adjudicatario (674 LEC) y prevalecerá la posición de este por el efecto enervador de la anotación de embargo sobre la fe pública (dicho adquirente posterior nunca podrá ser de buena fe, salvo embargos no anotados).

Podemos distinguir, fundamental y sintéticamente, las situaciones siguientes:

a) *Adquisición anterior consumada⁶⁵ no inscrita en el momento de la anotación.*

El *verus dominus* tiene a su disposición la tercería de dominio prevista en los artículos 595.1 y siguientes de la LEC, siendo término final para el ejercicio del derecho la adquisición de la propiedad por el adjudicatario conforme la legislación sustantiva.

El problema principal radicaba en que no se promoviera tercería de dominio por el *verus dominus* y el adjudicatario inscribiera su derecho en el Registro de la Propiedad. Pues bien, tras un periodo de incesante discusión jurisprudencial y oscilación de criterios del Alto Tribunal que puede examinarse con detalle (por no conformar el interés propio de este trabajo), entre otros, en CUENA CASA⁶⁶, el Pleno del Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de marzo de 2007, concluye que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria resulta también de aplicación a las subastas judiciales inmobiliarias, extrapolando a estas su tesis sobre venta privada ajena y doble (arts. 34 LH y 1473 CC).

Así, la inscripción registral protege y salva el defecto del titularidad o poder de disposición del transmitente, con lo que el *verus dominus* es vencido por el tercero hipotecario, haciendo efectiva la adquisición del adjudicatario *non dominio*. Dicha doctrina es reiterada en SSTS Pleno de 7 de septiembre de 2007, 5 de mayo de 2008 y 6 de marzo de 2009.

En este sentido, afirma VELA SÁNCHEZ⁶⁷ que «*Tras la fundamental STS de 5 de marzo de 2007, se ha consolidado la doctrina jurisprudencial de que en caso de doble venta judicial inmobiliaria es aplicable el principio de fe pública registral del artículo 34 LH y puede protegerse al segundo adjudicatario que cumpla todos sus presupuestos, desecharlo la orientación de que esa segunda adquisición es nula por falta de objeto por pertenecer ya al primer adquirente*».

En consecuencia, el principio de fe pública registral es plenamente aplicable en sede de subasta judicial inmobiliaria. Y ello, porque, como con acierto sintetiza LÓPEZ FRÍAS⁶⁸, «*tal protección se da tanto si el título traslativo otorgado a favor del tercero es una compraventa voluntaria como si es una venta forzosa en un procedimiento de apremio, ya que la ley no distingue a estos efectos y la finalidad que la fe pública persigue se cumple en uno y otro caso*».

No resulta en consecuencia aplicable el artículo 33 de la Ley Hipotecaria ya que, según la STS de 7 de septiembre de 2007 dicho precepto «*podrá impedir la aplicación del artículo 34 si lo nulo es el acto o contrato adquisitivo de quien inscribe... En definitiva, la nulidad a que se refiere el artículo 33 de la Ley Hipotecaria no tiene que ver con el poder de disposición del transmitente*».

b) Inscripción posterior a la anotación de embargo por título anterior a esta practicada antes de la adjudicación.

Si la inscripción es posterior a la anotación preventiva de embargo y anterior a la inscripción del adjudicatario, por una adquisición anterior a la traba, a nivel registral es clara la vigencia del artículo 175.2.º Reglamento Hipotecario y 674.2 LEC, y el efecto purgativo de la inscripción de la adjudicación cancelará las anotaciones o inscripciones posteriores, aunque

referidas a adquisiciones derivadas de derechos o títulos anteriores, con la excepción final del citado artículo 175.2.^o del Reglamento Hipotecario.

En el plano sustantivo, sin embargo, el adjudicatario solo puede convertirse en adquirente *a non domino* bajo el manto de la fe pública registral, en los términos antes vistos.

Pues bien, no parece que pueda defenderse la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria al adjudicatario al constar inscrito el dominio del primer adquirente antes de su adjudicación y resultar oponible dicha inscripción *ex* artículo 32 de la Ley Hipotecaria, por lo que conoció y debió conocer dicha transmisión y no puede reputarse tercero de buena fe.

El verdadero propietario, con título de adquisición registralmente cancelado por el efecto purgativo de la adjudicación judicial, deberá, entonces, hacer valer sus derechos por la vía civil a través de la correspondiente acción de protección del dominio, siendo indispensable que acredite la mala fe del adjudicatario para destruir la presunción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y del artículo 434 del Código civil, en aplicación además las reglas procesales sobre la carga de la prueba del artículo 217 LEC.

Por último, y como reflexiones comunes a todos los escenarios planteados, debe recordarse que el adjudicatario debe cumplir rigurosamente las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. De entre ellas, la que genera más conflictos conceptuales y prácticos es la relativa a la buena fe.

Para examinar en detalle los requisitos de buena fe del adjudicatario podemos acudir al estudio de CLEMENTE MEORO⁶⁹ o VELA SÁNCHEZ⁷⁰. Jurisprudencialmente es obligada la cita de las SSTS de 12 de enero de 2005 y 7 de diciembre de 2012, que configuran las dos líneas o vertientes de la buena fe⁷¹.

Se trata, en esencia, de concluir si al adjudicatario, como tercero hipotecario, le son exigibles los requisitos ordinarios de la buena fe, basados en la apariencia registral⁷² o una diligencia adicional no aplicable genuinamente al principio de fe pública registral que signifique, entre otras cosas, comprobar si la finca se encuentra poseída materialmente por sujeto distinto del ejecutado. Sobre el particular, y en términos de ESPEJO⁷³, a cuyo estudio específico del objeto del presente apartado nos remitimos, «*en la determinación de si la buena fe exigible al sujeto protegible por el artículo 34 LH implica la existencia de un deber de diligencia para el mismo se encuentran profundas diferencias en la doctrina*».

En términos de VALLET DE GOYTISOLO⁷⁴, que va más allá de la condición clásica de la ignorancia de la inexactitud, «*la buena fe del tercer adquirente es aquella creencia fundada en la inscripción a favor del transfrerente de que este es el titular real y puede disponer de dicho derecho. No nos parece suficientemente técnico el concepto generalmente dado de la buena fe*

haciéndola equivalente al desconocimiento o ignorancia de la inexactitud registral. En primer lugar, por su carácter meramente negativo y, por otra parte, porque no refleja con suficiente grafismo el proceso psicológico característico del concepto estudiado».

En otro orden de cosas, se ha discutido hasta qué momento debe apreciarse en el adjudicatario buena fe para gozar del amparo del artículo 34 Ley Hipotecaria. Siguiendo a LÓPEZ FRÍAS⁷⁵, y sin entrar a analizarlas en detalle, pueden distinguirse cuatro posturas: a) celebración del negocio traslativo mediante el consentimiento b) culminación del negocio traslativo con la *traditio* (posición que parece mayoritaria) c) otorgamiento título inscribible (GARCÍA GARCÍA⁷⁶) e d) inscripción (VELA SÁNCHEZ⁷⁷, LOPEZ FRIAS⁷⁸, GÓMEZ GÓMEZ⁷⁹ y RODRÍGUEZ DE ALMEIDA⁸⁰).

A nuestro juicio, es necesario distinguir el momento en que se produce la adquisición *a non dominio* (que, evidentemente, tendrá lugar con la inscripción) del momento en que se exige la buena fe; no todas las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria deben concurrir en la inscripción, sino que la inscripción es una de las condiciones del artículo 34 Ley Hipotecaria.

Respecto a la tesis de exigir la buena fe con la *traditio* o adquisición, defendida por ROCA SASTRE⁸¹ y la mayoría de la doctrina (a la que nos adherimos), existen Sentencias —aunque vetustas— del Tribunal Supremo que mantienen dicha postura (por todas, SSTS de 7 de noviembre de 1911 y 16 de junio de 1917).

Es representativa la STS de 29 de marzo de 1960 que declara «*El conocimiento de la inexactitud de la inscripción registral, para que no opere a favor de tercer adquirente la situación de buena fe, ha de hallarse referido al momento de la adquisición del inmueble... siendo irrelevante que llegara o pudiera llegar a enterarse de la inexactitud registral después de tal otorgamiento, a efectos de privarles de la condición de adquirente de buena fe, pues mala fides superveniens non no-cet, como resulta del texto de los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecaria*»⁸².

A pesar de ser una cuestión controvertida y, siguiendo rigurosamente el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que vincula buena fe inmediatamente con adquisición, mantenemos que la buena fe únicamente puede exigirse en el momento de la adquisición, porque es en dicho momento cuando el adquirente, al que no se puede exigir el conocimiento de sucesos futuros, confía en los datos del Registro. Y, son precisamente la confianza en los datos que figuran en el Registro en ese instante y la protección conferida por la fe pública, los factores que motivan la decisión del comprador de ejecutar su prestación y adquirir el bien. No parece coherente desproteger fulminantemente al adquirente y poner en peligro la seguridad del tráfico inmobiliario por hechos o acontecimientos registrales futuros (la inscripción posterior del *verus dominus*), que no pudieron ser tenidos en cuenta, con la

diligencia mínima, en el momento de adquisición (que, por lo demás, suele coincidir con la celebración del negocio causal por la *traditio* del art. 1462 CC).

No resulta razonable, por tanto, ni acorde con la protección que dispensa el sistema registral, beneficiar a quién, negligentemente (y a pesar de no resultar obligado) no ha inscrito a tiempo su derecho ni ejercitado la oportuna tercería de dominio, trasladando a la esfera patrimonial del adquirente las desastrosas consecuencias de una inscripción que, de haberla conocido en el momento de la adquisición, hubiera truncado el negocio.

Pero, a mayor abundamiento, como en la concepción procesalista de la subasta defendida en este trabajo rechazamos la aplicación mecánica del sistema del título y el modo, con mayor holgura argumentativa puede concluirse que la buena fe exigible al adjudicatario concluye con el Decreto de Adjudicación. Dicho Decreto, claro está, no le convierte en adquirente *a non domino* todavía, pues precisará la posterior inscripción, pero cerrará la bisagra de la buena fe, desactivando su juego.

Incluso, siguiendo la aguda tesis de GARCÍA GARCÍA⁸³, podríamos ir más allá y anticipar el fin de la exigencia de la buena fe en sede de subasta judicial «*en el momento en que el tercero declara su voluntad adquisitiva en el título inscribible*». Procurando trasladar dicho acto al proceso de subasta pública y, partiendo no obstante de la ya mantenida contraposición de naturalezas entre venta privada y subasta pública, la voluntad adquisitiva se manifestaría con la declaración de adjudicación en pago (en caso de subasta desierta *ex art. 671 LEC*) o con la consignación del resto del precio (670.1 LEC).

VI. EL MOMENTO TRANSMISIVO EN LAS LEYES DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

1. LA REDACCIÓN ORIGINAL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 3 DE FEBRERO DE 1881

En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se estableció como momento traslativo el instante en que se consumara la subasta judicial mediante el otorgamiento de escritura pública en el caso de los inmuebles o por la entrega en el caso de los muebles. En este sentido, disponía el artículo 1514 de la LEC 1881: «*Consignado el precio, se hará saber al deudor que dentro de tercero dia otorgue la escritura de venta a favor de comprador. Si no se verifica, o no pudiera verificarlo por estar ausente, declarado en rebeldia o por cualquier otra causa, el Juez otorgará de oficio dicha escritura*». El sistema

original asumía, respecto de la subasta judicial, el modelo clásico de tradición instrumental de la compraventa privada al exigir, en un determinado momento de la ejecución, la formalización de escritura pública⁸⁴.

En coherencia con ese entendimiento de la transmisión, otros pasajes de la LEC exigían la necesidad de recabar escritura para entender formalizada la transmisión, como era el caso del artículo 1583 LEC que, al regular la tercería de dominio, determinaba que la transmisión de la propiedad al mejor postor se producía con la formalización de escritura pública, al establecer que el *dies ad quem* para interponerla era su otorgamiento. Como ha señalado algún autor, el límite temporal, no solo en el supuesto de adjudicación del bien inmueble al mejor postor, sino también en el supuesto de adjudicación del bien inmueble al acreedor ejecutante en pago de su crédito o en el supuesto de subasta de bienes muebles, era el de la consumación de la venta que se asociaba a la intervención notarial mediante otorgamiento de escritura⁸⁵.

Consecuencia de ello es que la STS de 28 de junio de 1949 (*RJ* 1949, 736) concibiera que la acción de retracto se había ejercitado dentro de plazo de caducidad porque el rematante en pública subasta no había adquirido la propiedad hasta el otorgamiento de la escritura pública y, por tanto, solo a partir de entonces podía correr el plazo para el ejercicio de la acción de retracto, al sostener la resolución: «...el cuarto y último motivo del recurso para sostener que la demanda de retracto está interpuesta fuera del plazo de nueve días se basa en que este debe contarse desde el día 28 de octubre de 1943 en que el comprador pagó en el Juzgado el total importe del precio del remate (...) desconoce con esto el recurrente que el contrato queda consumado únicamente por el cumplimiento de todas las obligaciones a que da nacimiento que en la compraventa no es solo el pago del precio sino también la entrega de la cosa, y esta no tiene lugar tratándose de bienes inmuebles en los casos en que como el presente no hay una entrega especial de posesión, más que por la tradición ficta, que se efectúa precisamente con el otorgamiento de la escritura de compra-venta, y por consiguiente desde ese momento es desde el que debe contarse el plazo para ejercitarse la acción de retracto»⁸⁶.

2. LA REFORMA DE LA LEC 1881 OPERADA POR LA LEY 10/1992, DE 30 DE ABRIL

Apuntaba la exposición de motivos de la Ley 10/1992 «en la vía de apremio, además de eliminar la posibilidad de cesión del remate para quien no sea ejecutante, se encomienda la celebración de la subasta al Secretario judicial, y se establece que el documento público judicial es documento inscribible, al tiempo que se adaptan los correspondientes preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil a lo dispuesto en la legislación hipotecaria».

Esa declaración de intenciones cristalizó normativamente con la modificación del artículo 1514 LEC, que sustituyó el otorgamiento de la escritura pública por el testimonio del Auto de aprobación del remate expedido por parte del secretario. De este modo, se deja de asumir en el proceso de enajenación judicial de inmuebles la formalización de escritura al tiempo que erigía en elementos centrales de la transmisión al auto de aprobación del remate y la emisión del testimonio⁸⁷.

Como explica certeramente MONSERRAT VALERO, tras la reforma del año 1992 no podía ya seguirse con la práctica de que la aprobación del remate por el juez constase en el acta de la subasta dado que, desde aquel año, el acto de subasta no era ya presidido por el juez, sino por el secretario judicial, conforme disponía el artículo 1503 LEC 1881⁸⁸.

Por lo que refiere al tratamiento jurisprudencial de la modificación legislativa, el Tribunal Supremo dejó de reputar relevante al otorgamiento de la escritura identificando la emisión del testimonio como momento determinante de la traslación dominical.

De gran interés resulta la STS de 1 de septiembre de 1997 (*RJ* 1997, 6376) al explicar: «*En la actualidad, después de la Ley 10/1992, la modificación introducida que elimina la “escritura” y revaloriza el Auto de aprobación del remate al configurar el testimonio del mismo con las circunstancias que expresa, en “título bastante” para la inscripción registral, no significa que se trastoquen los conceptos legales a que responde el sistema; pues sigue siendo el momento en el que el adquirente entra en posesión civilísima del inmueble el que hace claudicar la oportunidad de la tercería de dominio. Así pues, promulgada la Ley 10/1992, la consumación de la enajenación se produce, conforme al artículo 1514, con la expedición del testimonio del Auto de aprobación del remate y demás requisitos (...) la expedición del testimonio en el que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica prevista en el artículo 1462.2 del Código civil análogamente a como sucedía anteriormente cuando se documentaba mediante escritura pública. Los cambios introducidos por la reforma, no han alterado el momento de perfeccionamiento y tradición. La venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce la tradición con la plasmación de la venta en un documento público que antes era una escritura notarial y ahora es un testimonio expedido por el Secretario».*

3. LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y LA REFORMA DE LA LEY 13/2009, DE 3 DE NOVIEMBRE

Aunque la necesidad de fijar el momento preciso en el que el adjudicatario adquiere la propiedad fue advertida por algunos autores al tiempo

que se preparaba el borrador de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, lamentablemente la cuestión no ha tenido una respuesta clara en la normativa vigente, lo que constituye probablemente el germen del problema que varias décadas después seguimos arrastrando⁸⁹.

La aprobación del remate se llevaba a cabo mediante Auto que se dictaba, en todo caso, antes de la consignación del precio: el rematante debía consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate (art. 670.1 LEC), considerando título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio expedido por el secretario judicial comprensivo del Auto de aprobación del remate, y en el que se expresara que se había consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria (art. 674.1.I LEC). Resulta de interés destacar que el artículo 1514 LEC solo mencionaba el Auto de aprobación del remate y no el Auto de aprobación de la adjudicación al acreedor.

Por otro lado, el artículo 691.4 LEC se remite, para la subasta de bienes hipotecados, a lo dispuesto con carácter general para la subasta de bienes inmuebles.

A partir de la reforma de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, las decisiones sobre el remate y la adjudicación pasan al letrado judicial. Los actos de transcendencia son los siguientes: primero, aunque no siempre tenga lugar, el decreto de aprobación del remate, con la condición de consignar el resto (*ex* arts. 650 y 670 LEC para muebles e inmuebles). Segundo, necesario en cualquier caso, el decreto de adjudicación, tanto si la subasta queda desierta (arts. 651 y 671 LEC), como si ha existido previo remate (arts. 651.7 y 670.7 LEC), para formalizar la postura. Finalmente, el testimonio del decreto de adjudicación que constituye el título hábil para la inscripción del derecho real adquirido en el Registro de la Propiedad (art. 673 y arts. 3 y 134 LH la LEC)⁹⁰.

VII. EL MOMENTO DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN LA JURISPRUDENCIA

1. INTRODUCCIÓN

La innecesidad de escritura pública notarial, como se dispuso a partir del año 1992, fue interpretada por algunos como el triunfo de quienes concebían los actos procesales como manifestaciones de la soberanía jurisdiccional, eran suficientes para consumar la transmisión a favor del adjudicatario, sin reputar por tanto que nada añadiera la elevación a público, al margen

de ser condición necesaria para su inscripción y publicidad registral. Sin embargo, la discusión se traslada inmediatamente a cuál es el acto procesal que implica la consumación de la transmisión, dificultad que posiblemente se encuentra tanto en la falta de una normativa —sea civil, sea procesal— explícita que así lo determine, como en la pluralidad de supuestos que cabe imaginar.

Parecería más o menos pacífico asumir que, para quienes se aproximen a la naturaleza de la subasta pública como si de una compraventa privada se tratara (con dos actos causales), el decreto de adjudicación o el testimonio conformarían la pieza clave del momento traslativo, en cuanto posibles formas de tradición que consuman el proceso. Por otro lado, quienes consideren que, tras el decreto de remate, con consignación de precio, se transfiere la titularidad del bien al nuevo adquirente, rechazarán postergar la consumación de la transmisión hasta el dictado de la referida adjudicación —o, menos aún, su testimonio— una vez se ha consignado el precio en línea con el artículo 133 de Ley Hipotecaria.

Dejando de lado, por ahora, las disquisiciones teóricas al respecto, se analizará en este apartado el estado jurisprudencial de la materia, lo que permitirá dar cuenta del vacilante criterio que vienen abrazando los tribunales⁹¹. Estos, en términos generales, suelen optar por alguna de las dos siguientes posturas: de un lado, aquella que considera que para la traslación de la propiedad resulta necesario, como modo de adquirir o *traditio*, el testimonio de la resolución que acuerda la adjudicación, tras un previo remate o adjudicación que actúa como título; y, de otro lado, aquella posición que sitúa el acto dispositivo en la consignación del precio o en el propio decreto de remate o adjudicación. La pervivencia simultánea de estas posiciones ha sido destacada tanto por la doctrina⁹² como por los propios órganos judiciales⁹³.

No se pretende, con todo, efectuar una relación exhaustiva de los pronunciamientos adoptados sobre la materia, sino de dar cuenta de algunos exponentes recientes que, aplicando la normativa procesal vigente, llegan a conclusiones dispares en torno a la determinación del momento preciso de la transmisión. Debe advertirse, no obstante, que la falta de uniformidad sobre cuándo debe entenderse transmitido el bien subastado no se ha trasladado a la aplicación del sistema del título y el modo en sede de subasta. Antes al contrario, la práctica totalidad de los precedentes judiciales —como tendrá ocasión de analizarse— reputan aplicable el sistema del título y modo a las adjudicaciones judiciales, recurriendo así a la necesidad de concurrencia de tradición, lo que ha hecho orientar la discusión, desde el punto de vista práctico, en indagar el acto procesal con valor traditorio en el proceso de subasta.

2. DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

A) *Transmisión con el testimonio del decreto de adjudicación*

La idea de que es preciso el testimonio del decreto de adjudicación para que se produzca la efectiva transmisión (puesto que antes solo existía un negocio no consumado) se asume, por ejemplo, por la reciente SAP de Alicante, Sección 5.^a, núm. 194/2020, de 21 de mayo, que se remite a la SAP de Alicante núm. 38/2020, de 28 de enero y según la cual: «*en interpretación de diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico se ha llegado a la conclusión de que la propiedad, y consecuente obligación de pago, no se produce hasta la emisión del testimonio del Decreto de adjudicación*», en un supuesto donde se discutía el momento a partir del cual las rentas de arrendamiento debían ser abonadas al adjudicatario de la finca objeto de previa subasta judicial⁹⁴.

Del mismo parecer, la SAP de Valencia, Sección 11.^a, núm. 236/2019, de 22 de mayo, que resuelve un supuesto en que una comunidad de propietarios reclama las cuotas debidas a una entidad de crédito adjudicataria. La sentencia, que aplica sin reparos la teoría del título y el modo, dispone: «*En el caso enjuiciado no hay discusión que el título está integrado por el Decreto de adjudicación, de 16 de abril de 2012 (art. 670.8 de la LEC); sin embargo, la divergencia se centra en si además de este título será necesaria la «traditio» para declarar al adjudicante propietario o el mismo ya cumple ese requisito. En nuestro derecho la entrega puede manifestarse de diversas maneras (arts. 1462 a 1464 CC), para lo que aquí nos interesa es la instrumental, mediante otorgamiento de escritura pública (art. 1462 CC). Debe recordarse que el Tribunal Supremo, en las tercerías de dominio, ha exigido que la transmisión de la cosa embargada se haya consumado en favor del ejecutante, con la concurrencia del título y el modo (art. 609 CC), de manera que la simple perfección del contrato no produce efectos (Sentencia de 6 de mayo de 2015)*». Al igual que sucedía con las anteriores SSAP citadas en el párrafo anterior, el órgano judicial no desconoce la divergencia que, en relación con el momento de la transmisión, existe en la jurisprudencia⁹⁵.

Igualmente cabe destacar el AAP de La Rioja, núm. 56/2017, de 26 de mayo, dictado en un supuesto en que la demanda de tercería se formuló cuando aún no se había expedido testimonio del decreto de adjudicación, lo que motivó que el tribunal concluyera que la adjudicación no se había consumado al faltar el modo. Sostiene la resolución «*Para la consumación de la compraventa no basta ni con la subasta, ni con la aprobación del remate, ni con el Decreto de aprobación de dicho remate o de adjudicación. Ninguno de esos actos equivale a una entrega a una tradición cuando menos instrumental de la finca a favor del adjudicatario. Es preciso la expedición material del*

testimonio del Decreto a favor del adjudicatario, pues por virtud de la doctrina del título y el modo de adquirir no deriva del mero auto de adjudicación, si no va acompañado de la ulterior tradición instrumental, la cual tiene lugar cuando se expide ese oportuno testimonio».

En ese errático razonamiento incurre también la SAP de Madrid, Sección 9.^a, núm. 192/2019, de 4 de abril que, de nuevo, recurre a la aplicación de la doctrina del título y el modo. Se trata de un litigio en el que existe una reclamación de cantidad por la comunidad de propietarios contra una entidad financiera y en el que la Audiencia Provincial, con explícita referencia a la STS 414/2015, de 14 de julio y STS de 1 de marzo de 2017, concluye: «cuando estamos ante una transmisión de un bien inmueble derivado de una subasta judicial, el decreto de adjudicación será el título en tanto que el testimonio del decreto de adjudicación emitido por el letrado de la Administración de Justicia equivale al otorgamiento de la escritura pública y, por tanto, sería considerado como la entrega o traditio del inmueble y el momento en se produce la consumación de la transmisión».

Adopta idéntico posicionamiento la SAP de La Coruña, secc. 6.^a, 203/2020, de 1 de septiembre. Por citar unos últimos precedentes, puede aludirse a la Sentencia de 30 de septiembre de 2020 dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5.^a) o de 3 de noviembre de 2020.

Pues bien, sobre esta posición, se antoja carente de operatividad —máxime si se conocen los tiempos, no siempre acelerados, y las dinámicas internas de los Juzgados— diferir la consumación del acto traslativo del dominio al momento de expedición del testimonio por el letrado de la Administración de Justicia; y lo anterior, con las trascendentales consecuencias, destacadamente económicas, que ello comporta para el adjudicatario y para el anterior propietario, tales como la legitimación para entablar acciones en defensa de la propiedad o derecho real, interponer tercerías de dominio, ejercitar retractos legales, pago de impuestos o cobro de rentas, legitimidad para realizar actos de disposición, material o jurídicos, o de gravamen, sobre el bien subastado, y ejercicio de las facultades de uso, disfrute y posesión derivadas del derecho real poseible, entre otras.

En este sentido, la asunción del criterio expuesto, equivocado a nuestro juicio, tanto en el plano doctrinal o científico como en el orden práctico, generará una relación innecesaria, superflua y lesiva —para los intereses del adjudicatario y de la exigible seguridad jurídica— de dependencia entre la transmisión efectiva de la propiedad u otro derecho real poseible y la mayor o menor celeridad del Juzgado en proveer la petición de la parte. Y, a mayor abundamiento, reforzando la crítica a esta posición, hará depender un fenómeno de orden público, como es el modo de adquirir el dominio, de la iniciativa del interesado (pues, recordemos, el proceso civil se rige por el principio dispositivo y de justicia rogada), que puede producirse o no, por

distintas razones, con los inevitables efectos disfuncionales y distorsionadores que todo ello conlleva en el tráfico jurídico.

Realizar dicha vinculación y trasladar a dicho momento la consumación de la subasta representa un problema de cierto calado para la necesaria seguridad jurídica del tráfico que exige una reformulación legal y jurisprudencial del problema.

Pensemos, en términos gráficos, en un supuesto adjudicatario —que no tiene por qué estar ni personado en el procedimiento, sino simplemente presentar un escrito instando la adjudicación y el testimonio con el mandamiento de cancelación, una vez firme aquella— que reciba a su favor el decreto de adjudicación pero, por razones de la más variada índole, incluso fiscales (prescripción del ITP), no interesa la expedición del testimonio de adjudicación, no resultando, por tanto, según la doctrina del Tribunal Supremo actual, propietario del bien subastado. Quedaría, entonces, protegido frente a cualquier tipo de perturbación de su derecho, por falta de legitimación activa y se abriría un fuerte problema interpretativo para la determinación del titular activo y pasivo de numerosas relaciones jurídicas, derechos y obligaciones, antes citadas.

Por otra parte, debe recordarse que el testimonio del decreto de adjudicación no es más que el documento auténtico o título formal legalmente exigido para el acceso al Registro de la Propiedad de la adquisición en subasta pública (y que, con la existencia de los nuevos modelos de justicia digital, con CSV y firma digital, cada vez tiene menos fundamento) y que la inscripción del dominio es meramente declarativa.

Por otro lado, es bien conocida la doctrina jurisprudencial en cuya virtud la posesión material tiene preferencia sobre las formas de tradición ficticias o instrumentales, cuando aquella tiene lugar antes que estas. Así, la STS 222/2015, de 6 de mayo ha proclamado que *«no se puede pretender la prevalencia de la ficción o tradición instrumental sobre la propia realidad»*. Aplicando dicha máxima, si la entrega de la posesión se puede instar por el incidente del artículo 675 LEC, sin necesidad de que esté expedido todavía el testimonio del decreto y con opción, por tanto, de entrada posesoria material en el bien adjudicado, la tesis expuesta en este apartado perdería virtualidad y podría modificarse con la ejecución exitosa del incidente expuesto.

B) Transmisión con el decreto de adjudicación

Frente a la anterior corriente jurisprudencial, encontramos algunos pronunciamientos minoritarios que, aplicando el sistema de título y modo, sitúan la consumación de la adquisición en el propio decreto de adjudicación. Un precedente de interés se encuentra en la SAP de Alicante, Sección 9.^a,

núm. 112/2020 de 13 de marzo (*JUR* 2020, 246931) en el que la actora, adjudicataria tras un proceso de ejecución hipotecaria, solicita el desahucio de un particular por impago de rentas con base en el contrato de arrendamiento suscrito por la anterior propietaria y/o ejecutada. La parte demandada, que niega la existencia del contrato con la actora por no haber sido notificada la subrogación, se remite a la STS de 14 de julio de 2015, de la que se sirve para concluir que el derecho a percibir las rentas del adjudicatario es desde la fecha del auto de adjudicación, sin requerir el testimonio de firmeza⁹⁶.

En similar sentido y en una suerte de posición híbrida o intermedia, cabe citar la SAP de Madrid, Sección 20.^a, 341/2019 de 15 de julio, en la que, ante el impago derivado de un arrendamiento, se interesa la resolución del contrato y reclamación de las rentas adeudadas, siendo la reclamación desestimada al ser acogida la falta de legitimación activa. En concreto, se considera que la actora no tenía legitimación desde el dictado del decreto de adjudicación, si bien introduce un interesante matiz al habilitar la legitimación del adjudicatario —y no del propietario anterior— en la aplicación analógica del artículo 1095 del Código civil, conforme al cual los frutos le corresponden al acreedor, al margen de que no tengan la posesión de la cosa⁹⁷. Es decir, la sentencia distingue entre los efectos obligacionales de la subasta y los reales. Reconociendo que ya existe título y, por tanto, efecto obligacional, legitima al adjudicatario, aun sin propiedad consumada por falta de *traditio*, para reclamar rentas y frutos, en aplicación analógica del artículo 1095 del Código civil⁹⁸.

De una situación análoga se ocupa la SAP de Barcelona, Sección 13.^a, 751/2020 de 26 de octubre (*JUR* 2020, 341233), en materia, de nuevo, de reclamación de rentas por parte de la adjudicataria: «*es doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2015; ROJ Tribunal Supremo 3210/2015) que se desprende de la propia naturaleza del contrato de arrendamiento que el pago de la renta constituye la contraprestación respecto de la cesión de uso efectuada por el propietario que, por tanto, renuncia a dicho uso, que en principio está unido al dominio, por precio; de ahí que el percibo de la renta corresponde en cada momento a quien resulte ser el propietario del bien arrendado con independencia de que se hubiera celebrado el contrato de arrendamiento por un propietario anterior (...). En este caso la adquisición de la propiedad por la demandante se produjo por el Decreto de Adjudicación, de 25 de febrero de 2014, dictado en los autos de Ejecución Hipotecaria núm. 754/2009 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santa Coloma de Gramenet, momento a partir del cual la nueva propietaria adquiere el derecho a los frutos, y entre ellos las rentas del arrendamiento».*

Por último, puede citarse la doctrina de las SSAP de Huelva, 178/2020, de 24 de junio y 214/2020, de 27 de julio, las cuales señalan que: «*no es aplicable la recomendación del Tribunal Supremo establecida para los procesos*

de ejecución hipotecaria, ya que se ha entregado la posesión mediante «traditio» instrumental con el Decreto de adjudicación, cuyo testimonio permite la inscripción del bien a favor del adquirente, así lo ha entendido el Tribunal Supremo, desde el momento en que se dicta el auto de adjudicación la hipoteca está consumada, está ejecutada. El proceso de ejecución culmina con la venta del inmueble dado en garantía que es a lo que faculta el derecho de hipoteca y la venta se consuma con el decreto de adjudicación, tal como tiene dicho desde antiguo el Tribunal Supremo, pues existiendo título (aprobación del remate) y modo (decreto de adjudicación), como ocurre con una venta en que no se exige el otorgamiento de escritura pública a efectos de tradición, por lo que la venta se entiende consumada desde el dictado del decreto de adjudicación, doctrina contenida en STS de 1 de marzo de 2017 y en la de 14 de julio de 2015, siendo además facultativo el trámite previsto en el artículo 675.1 LEC».

3. DEL TRIBUNAL SUPREMO

Previo a analizar las resoluciones en las que el Tribunal Supremo se ha ocupado del particular, deben efectuarse algunas reflexiones.

De entrada, se aprecia que las divergentes posiciones fijadas por el Tribunal Supremo sobre el momento transmisorio en subasta pública y todo el acervo doctrinal producido desde sus primeros pronunciamientos en torno a este particular lo han sido siempre, de manera accidental o secundaria, *obiter dictum*, a propósito del análisis de otras figuras jurídicas vinculadas en su ejercicio a la adquisición del dominio. Particularmente, el Alto Tribunal se ha ocupado de esta cuestión al tiempo de revisar el nacimiento de distintos retractos, el *dies ad quem* de la tercería de dominio o la legitimación para cobrar rentas de arriendos, todas dependientes de la eficaz ostensión del dominio. Por otra parte, por más que se aprecien divergencias en torno al momento efectivo de la transmisión se identifica un punto de partida común invariable que, pese a no compartir, es ineludible dejar apuntado. Se trata de la línea predominante de nuestro Tribunal Supremo que exige la concurrencia de título —bien asociada al decreto de aprobación del remate (SSTS de 4 de octubre de 2006 y 14 de julio de 2005), bien en la propia subasta (STS de 4 de abril de 2002)— y de modo —asociado en la mayoría de resoluciones al testimonio del decreto, antes Auto o, en otras a la consignación del precio o a la propia adjudicación—, para entender consumada la adquisición de la propiedad a través de una secuencia dual.

Sentado lo anterior y ya en lo que se refiere al momento de transmisión, se aprecia una notable falta de claridad y rigor en su establecimiento. Exponente claro de lo dicho viene dado por el reconocimiento que la propia Sala Primera del Tribunal Supremo efectuó en la STS de 10 de junio de 1994,

reconociendo que «*La doctrina de esta Sala no ha sido constante a través del tiempo, pues un cuerpo de sentencias antiguas mantuvo el criterio de hacer necesario el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, para que se produzca la consumación de la transmisión (...) pero más recientemente esta jurisprudencia ha sufrido un proceso evolutivo, en el sentido de que con la aprobación judicial del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada, se opera la consumación del contrato (venta judicial)*».

Evidencia de ello es la existencia de resoluciones con tesis dispares desde antiguo. Así, mientras algunas sentencias venían admitiendo que la transmisión se producía con la aprobación del remate, al margen de que para la posterior inscripción fuera necesario la obtención del testimonio de firmeza (SSTS de 22 de marzo de 1946 [*RJ* 1946, 273]; 30 de octubre de 1990 [*RJ* 1990, 8268]⁹⁹ o 24 de junio de 1997¹⁰⁰), para otras la consumación de la subasta obligaba a la expedición del testimonio que servía a la vez de título para la inscripción registral: es el caso de las SSTS de 1 de septiembre de 1997; 29 de julio de 1999; o, por último, la de 14 de diciembre de 2007 (*RJ* 2007, 8929)¹⁰¹.

Por lo que se refiere a resoluciones más recientes, dictadas tras las importantes reformas procesales del año 1992 y 2013, resultan de obligada cita las siguientes.

En primer término, la Sentencia de Pleno (Sala de lo Civil), 842/2013, de 21 de enero (*RJ* 2014, 2498), para la que «*más recientemente se ha entendido que la consumación se produce desde la plena aprobación judicial del resultado de la subasta, pues existiendo título (aprobación del remate) y modo (adjudicación al rematante) el otorgamiento de la escritura pública no se requiere a los efectos de tradición (SSTS de 1 de julio de 1991, 11 de julio de 1992, 25 de mayo de 2007, 26 de febrero de 2009), y ni siquiera resulta ya necesaria a efectos de inscripción (art. 674 LEC)*». Se adelanta así, el modo o *traditio*, a la adjudicación judicial, si bien incorpora un importante matiz: «*En la mayoría de los supuestos no es sino tras el auto de adjudicación cuando se conocen los términos concretos de la venta judicial, pero en casos como el presente ya se obtuvo la información íntegra, en el momento de la mejora de la postura (art. 670. 4 LEC), tras la que se consignó el precio. En definitiva, el recurrente postula que no podía ejercitarse la acción sino tras la consumación de la venta judicial, y por esta entiende la que ha de entenderse verificada tras el decreto de adjudicación dictado por el secretario judicial. (...) Esta Sala manteniendo la doctrina ya citada, consistente en que la venta judicial se entiende consumada desde el dictado del decreto de adjudicación por el secretario judicial (art. 674 LEC), debe declarar que el retraso en el dictado del referido decreto no ha de perjudicar al arrendatario, en tanto que la consumación de la venta judicial debió efectuarse cuando todavía era arrendatario, dado que el retrayente ostentaba el derecho a un proceso*

sin dilaciones indebidas, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 de la Constitución)»¹⁰². Es decir, la sentencia citada, con los matices señalados, parece identificar, como momento transmisivo, el del dictado del decreto de adjudicación, sin parecer exigir testimonio de firmeza del mismo.

Asume la misma línea la STS de 18 de marzo de 2009 (Rec. 1566/2005), según la cual la «*venta en una ejecución forzosa se perfecciona con la pública subasta, pero se consuma con el auto de adjudicación (hoy Decreto), y solo desde este último puede contarse el plazo de nueve días para el ejercicio del retracto legal de comunes*».

A distinta conclusión llegan otras sentencias, como la STS de 14 de enero de 2015, que defiende la consumación del proceso mediante la consignación del precio. Dicha sentencia establece que «*el fenómeno adquisitivo que se deriva del ejercicio de adquisición preferente del arrendatario de vivienda o local de negocios se produce cuando se realiza el pertinente pago a través de la consignación, según lo previsto en los artículos 1518 y 1521 del Código civil*». Debe advertirse, en todo caso, que la sentencia no examina el momento transmisivo mediante subasta, sino la adquisición de la propiedad a través del retracto (cuestión distinta), fijándolo, dados los efectos subrogatorios del retracto, en la consignación del precio. A propósito de la cuestión, como se dejó apuntado, no creemos deba establecerse parangón con la subasta pública porque los derechos aplicados no guardan rasgos en común (al caso, subasta pública y retracto arrendatario), amén de que existen transcedentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional (SSTC de 8 de junio de 2015 y 27 octubre de 2008), que liberan al retrayente de la consignación, al ser requisito material a cumplir una vez dictada sentencia¹⁰³.

Asume un posicionamiento distinto un nutrido grupo de sentencias, de corte mayoritario, que anuda la consumación, con categoría de tradición, al testimonio de la adjudicación o al anterior testimonio del auto de remate. Destaca, por la contundencia de sus pronunciamientos, la STS 414/2015, de 14 de julio, que declara lo siguiente: «*En nuestro sistema se hacia coincidir la consumación de la venta de bienes inmuebles en subasta con el otorgamiento de la escritura pública, porque el otorgamiento de dicha escritura equivale a la entrega de la cosa, en virtud de la transmisión instrumental a que se refiere el artículo 1.462 del Código civil (sentencia, entre otras, de 10 de diciembre de 1991), pero una vez sustituida la necesidad de otorgar la escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (art. 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre), este será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil*

Igualmente, aunque antes de la reforma 13/2009, la STS 755/2009, de 2 de diciembre, declaraba que «*en las enajenaciones forzosas mediante subasta judicial la tradición de la compraventa se produce con la entrega del testimonio del auto de aprobación del remate*». Interpretando la LEC de 1881, tras la reforma de 10/1992, la STS de 7 de diciembre de 1998 alcanzaba la misma conclusión al sostener que «*la consumación se produce por la entrega a la parte del testimonio del auto*». Pareja hipótesis mantiene la STS de 4 de octubre de 2006, al afirmar que «*en el supuesto de subasta de bienes inmuebles la aprobación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación, en tanto que la escritura pública otorgada según lo previsto en el artículo 1514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y después de la reforma operada por la Ley 10/1992, el testimonio del Auto de aprobación del remate, conforman la operación de consumación del acto procesal enajenatorio*». En idéntica dirección, el ATS de 17 de junio de 2020.

Puede citarse, como exponente de interés de este bloque de sentencias, la STS 139/2017, de 1 de marzo, que, recogiendo la doctrina de la STS de 14 de julio de 2015, considera que la transmisión de la propiedad del bien subastado «*se produce mediante el otorgamiento del auto o decreto de adjudicación*». Sin embargo, a pesar de declarar que la transmisión se produce con su dictado y sin necesidad, por tanto, *prima facie*, de testimonio, acto seguido reproduce y aplica la doctrina de la STS 414/2015 y vincula la transmisión a dicho testimonio, generando importantes dudas sobre su alcance.

Esa falta de precisión se puede advertir también de la STS de 18 de marzo de 2009, en cuya virtud «*lo relevante será la consumación de la venta pues solo entonces se producen los efectos traslativos de dominio que dicha consumación lleva aparejada, lo cual acontece cuando se adjudica al adquirente el bien subastado, esto es, en el momento en que se dicta auto de adjudicación, siendo la fecha de este auto el instante a tomar en cuenta para el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción, fijado en 9 días, salvo que se desconozca, en cuyo caso habrá de estarse a la fecha en que se libra testimonio y se notifica al retrayente*». Como puede observarse, tan pronto parece otorgarse el efecto traslativo al auto de adjudicación (decreto ahora), como al testimonio. Y, en idéntica dirección, las SSTS de 14 de diciembre de 2007 y 26 de marzo de 2009.

A los enfrentados criterios y ausencia de claridad en el tratamiento de la cuestión se le une problema adicional, a saber: falta de precisión en la identificación del acto procesal concreto, de entre los integrantes de la subasta, determinante de la transmisión, atribuyendo en numerosas ocasiones el efecto traslativo al acto de «*adjudicación de la finca*», sin saber realmente qué concreta resolución o decisión procesal se quiere hacer corresponder con esa rúbrica.

El problema expuesto parece revelarse en la STS de 25 de mayo de 2007 que trata indistintamente las categorías de consumación y perfección y celebración de subasta y adjudicación del bien: «*la aprobación judicial de la subasta, al entrañar la perfección del contrato o la consumación del mismo, determina el nacimiento de la acción de retracto, a lo que puede agregarse (...) que con la aprobación del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada, se opera la consumación del contrato (venta judicial), pues a la referida adjudicación que el Juez hace al rematante no hay obstáculo legal alguno en atribuirle el carácter de tradición simbólica o «ficta», al no ser «numerus clausus» la enumeración de formas espiritualizadas de tradición que hacen los artículos 1462. 2.º a 1464 del Código civil, con lo que consumada ya la venta por la concurrencia de título (aprobación del remate) y modo (adjudicación al rematante de la finca subastada), el posterior otorgamiento de la escritura pública (...) no será necesaria para que a los efectos aquí estudiados concurra el requisito de la tradición (...) al haberse producido ya la misma con anterioridad en la forma «ficta» o simbólica antes expresada, por lo que con arreglo a dicha doctrina, que es la que mantiene esta Sala, la acción de retracto en caso de subasta judicial, nace desde la celebración de dicha subasta».*

A la vista del pasaje transcritto, surgen inmediatamente dudas sobre el acto que efectivamente representa la aprobación de la subasta, sobre si la aprobación de la subasta perfecciona o consuma la adquisición o si, en fin, la acción de retracto nace con la consumación o con la perfección y, en especial, si la transmisión surge con la aprobación del remate (título) o con la adjudicación (modo), cuando evidentemente sin modo no hay transmisión según la doctrina citada; el embrollo jurídico creado es monumental.

La última sentencia a que se acaba de hacer alusión (STS 139/2017), y otras muchas analizadas y citadas, tanto del Alto Tribunal como de la denominada jurisprudencia menor, revelan la nebulosa conceptual padecida sobre la comprensión de los diferentes actos o momentos de la subasta (materia ajena al ámbito jurisdiccional, competencia de los letrados judiciales) y, concretamente, la disociación entre la adjudicación y el testimonio de esta, categorías que se emplean a veces como indistintas, dificultando el discernimiento del proceso de subasta y sus actos constitutivos.

En definitiva y como colofón del presente apartado, la doctrina jurisprudencial imperante sobre la aplicación del sistema del título y el modo resulta, a nuestro juicio, equivocada, en la medida que aplica disfuncionalmente el sistema del título y modo en la forma ya argumentada en el apartado IV; y, en segundo término, aun admitida la eficacia de dicho sistema, el análisis de los precedentes arroja un estado jurisprudencial vacilante y oscuro, con tratamiento desigual de problemas equivalentes, dando lugar a un escenario inseguro para el tráfico legal causado por la disparidad de posiciones.

Por ello, la inexistencia de criterios claros respecto del momento de transmisión junto a las dudas interpretativas sobre el alcance, más o menos amplio, de la doctrina sentada en las sentencias no contribuye, desde luego, a dotar de la exigible transparencia a un fenómeno de tanta envergadura, que atraviesa el orden público, como la adquisición del derecho de propiedad, consagrado en nuestra Constitución.

VIII. EL EVENTO TRASLATIVO EN LA DOCTRINA ESPECÍFICA

Resulta conveniente hacer una referencia sucinta a determinados autores que, de forma específica, han analizado el momento traslativo en las subastas judiciales.

Teóricamente, existen diversos momentos en los que podría entenderse que se produce el cambio de titularidad en la subasta pública¹⁰⁴: (i) conforme al artículo 670 o 650 de la LEC, el dictado del decreto de aprobación del remate (ii) cuando el rematante ingresa el resto de la cantidad por la que ha pujado; (iii) el del dictado del decreto de adjudicación (iv) la expedición del testimonio (v) el momento en el que el nuevo adquirente pasa a tener la posesión del bien.

La primera opinión que merece la pena destacar es la de MONDÉJAR PEÑA. Advierte la citada autora que la transmisión debe operar cuando se dicta el auto aprobatorio del remate o adjudicación, si bien el pago del precio o la entrega del testimonio pueden constituir, según los casos, condiciones suspensivas de la adquisición del dominio¹⁰⁵. En una línea similar parece también alinearse VERDERA SERVER, que vincula el momento de adquisición al pago del resto del importe de la postura una vez ha sido dictado el decreto de aprobación de remate, a modo de condición suspensiva, tras descartar la aplicación del sistema del título y el modo¹⁰⁶. A su juicio, la posibilidad de hipotecar el derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial conforme al artículo 107. Duocéimo de la Ley Hipotecaria permite cuestionar que el decreto de aprobación del remate sea suficiente para adquirir la propiedad¹⁰⁷.

Esta posición subraya como momento traslativo el del pago o consignación de la totalidad del precio, sobre los porcentajes mínimos fijados por la ley procesal (arts. 670 y 650 LEC) y una vez aprobado el remate del mejor postor. De esta manera, sin necesidad de exigir mayores garantías ni adiciones posesorias y una vez descartada la vigencia de la *traditio* en el marco de la subasta, se fija en el desembolso de la totalidad del importe el momento traslativo, con efectos retroactivos a la fecha del dictado del decreto de aprobación del remate, por el efecto consustancial de toda condición suspensiva¹⁰⁸. No parece aludir a la necesidad de someter a condición sus-

pensiva alguna la transmisión, en cambio, GIMÉNEZ ROIG, que identifica el momento de la transmisión con la entrega del dinero¹⁰⁹.

Sin embargo, dicho sistema podría ser defendible con anterioridad a la reforma de la Ley de 2009, pero no creemos pueda serlo con la norma vigente, pues en la actualidad es el decreto de adjudicación el que formaliza el fenómeno adquisitivo. Por lo demás, la tesis que vincula la adjudicación del dominio al decreto de aprobación del remate no parece considerar que, en la práctica, son mayoría las subastas judiciales públicas que terminan siendo declaradas desiertas, entrando entonces en juego la regla de la adjudicación en pago de la deuda contemplada por el artículo 671 LEC para bienes inmuebles y por el artículo 651 del mismo texto para bienes muebles. Así las cosas, no existirá en estos procedimientos el decreto de remate al que alude la tesis referida, sino, únicamente, decreto de adjudicación. Asimismo, aunque existiera decreto de aprobación del remate podrían ocurrir dos vicisitudes que enervarán el derecho ya consumado del rematante, a saber: que el rematante ceda el remate/adjudicación a un tercero y que, una vez dictado el preceptivo decreto de adjudicación a favor del rematante *ex* artículo 670 LEC, este sea revocado.

En este sentido afirma con acierto MONTSERRAT VALERO que «cuando se adjudica la finca al acreedor por un precio inferior a la cuantía de su crédito, como no tiene que consignar ninguna cantidad, bastaría con que se dictase un solo Decreto, el Decreto de adjudicación del artículo 670.8 y así consta al autor del presente artículo que, según cierta práctica judicial, solo se dicta este Decreto»¹¹⁰.

De otro parecer es MURGA FERNÁNDEZ, quien viene a recoger un variado elenco de momentos transmisivos en función de los diferentes resultados que puede arrojar una subasta. Y, en concreto, diferencia los siguientes momentos traslativos, a saber: (i) en caso de inexistencia de postores o mejor postura inferior al setenta por ciento del valor de salida del bien, fija la traslación en la petición del ejecutante de adjudicación del bien; se considera que el decreto de adjudicación solo servirá para dar constancia de que se dieron las circunstancias procesales necesarias que legitiman al acreedor para solicitar la adjudicación¹¹¹; (ii) si existe una cesión del remate a una tercera persona, la transmisión se producirá cuando se verifique la cesión por parte del juzgado del remate¹¹²; (iii) si la subasta cuenta con posturas inferiores al setenta por ciento, presentando el deudor ejecutado a un tercero que mejore la postura, en el momento de transmisión será cuando sea aprobado el remate; (iv) si se han presentado posturas superiores al setenta por ciento del valor de salida del bien, se considera que el momento de transmisión es el de aprobación del remate al mejor postor¹¹³.

A diferencia de MONDÉJAR PEÑA o VERDERA SERVER, el autor arriba citado parece otorgar al pago del resto del precio una condición re-

solutoria, no suspensiva¹¹⁴. No puede negarse, desde luego, el interesante esfuerzo de sistematización efectuado por MURGA FERNÁNDEZ que, con gran rigor intelectual, toma en consideración la complejidad del fenómeno traslativo. Sin embargo, debe reconocerse acto seguido que tal desarrollo de propuestas dispares sobre el momento de la transmisión, desde una perspectiva enteramente práctica, no parece pueda dotar de claridad y seguridad a una cuestión que, no se olvide, no viene siendo tratada precisamente con uniformidad y nitidez¹¹⁵. Por ello, fijar cuatro diferentes momentos transmisivos en supuestos de subasta, aunque en puridad resulte riguroso por atender correctamente a la fenomenología de la subasta, perturba sobremanera el intento de dotar de seguridad y sencillez a la cuestión, siquiera como punto inicial de partida a la vista de la situación jurisprudencial actual.

Existe otro motivo con respaldo legal para rechazar las conclusiones del autor que no es otro que el contenido en el artículo 670.7 LEC. Dicho precepto permite la liberación del bien en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o adjudicación, si el deudor paga lo que se deba al ejecutante. En este supuesto, el letrado de la Administración de Justicia acordará mediante decreto la suspensión de la subasta o dejar sin efecto la misma.

Pues bien, partiendo de tal facultad, deben inmediatamente declinarse algunas de sus propuestas doctrinales: si antes del decreto de aprobación del remate o adjudicación puede el ejecutado/deudor liberar el bien, manteniendo la propiedad del mismo, ninguna mutación jurídico real definitiva podrá ocurrir con anterioridad a dichos supuestos. Igualmente, bien puede ocurrir que manifestada por el ejecutante su voluntad de adjudicarse el bien en los términos del artículo 671 LEC, se ejercite por este su derecho a la cesión de la adjudicación. Así, no parece razonable mantener la adquisición de la propiedad por la simple manifestación de voluntad del interesado si, posteriormente, se libera el bien en el primer caso o se cede el derecho de adjudicación a un tercero, en el segundo caso.

Más sencilla resulta la opinión de ALONSO SÁNCHEZ que, si bien efectuada antes de la entrada en vigor de la LEC, consideraba la consumación debería tener lugar cuando le hubiere sido entregada al acreedor adjudicatario la posesión y disposición de los mismos bienes¹¹⁶. En sentido contrario, resulta obligado considerar la acertada y uniforme tesis de MONTSERRAT VALERO que, observando la reforma de 2009, propugna (aunque aplicando la *traditio*) que «*no tiene sentido aplazar el momento de la tradición, y consiguiente adquisición de la propiedad de la finca, al momento de la expedición, por el Secretario, del testimonio (art. 673 LEC) del Decreto de adjudicación (art. 670.8 LEC). El Decreto de adjudicación del artículo 670.8 ya opera como tradición instrumental (art. 1462 CC), pues se dicta una vez consignado, en su caso, el precio*»¹¹⁷.

IX. CONCLUSIONES Y PROPUESTA CLARIFICADORA

I. No parece que pueda discutirse la importancia del momento traslativo en subasta pública a la vista de las múltiples e importantes implicaciones que ello conlleva. Entre otras, determinar cuando el adjudicatario puede ejercitar acciones protectoras de su derecho, ejecutar actos de disposición sobre el bien subastado, disfrutar de la posesión y uso de este, fijar el término para la interposición de tercerías de dominio, establecer el nacimiento de distintos retractos legales, distinguir los supuestos de venta de cosa ajena y doble venta, identificar el momento en que el adjudicatario puede reclamar rentas de arriendos, constituirse en deudor de gastos de comunidad o sujeto pasivo de impuestos, etc.

II. Sin embargo, la transcendencia de la cuestión no ha servido para que el legislador haya dotado de claridad a la cuestión, inseguridad que se ha visto incrementada con el dictado, desde hace décadas, de resoluciones contradictorias entre sí acerca del momento determinante de la transmisión. Existe, ciertamente, una posición dominante —que no compartimos por los motivos expuestos— que postula la aplicación a la subasta pública del esquema propio del título y el modo por asimilación entre venta privada y subasta judicial que, en lo que más interesa, no ha servido para dotar al problema sobre el momento específico de transmisión de la claridad deseable. De hecho, si la remisión a esos criterios civiles clásicos hubiera implicado alcanzar un cierto consenso en torno al acto procesal generador de tradición, se reconocería el claro avance que ello implicaría, pero no siendo así, no se nos ocurren razones de índole práctica que obliguen a seguir asumiendo los postulados de la venta privada en el ámbito de las realizaciones judiciales.

III. Sentado lo anterior, y por lo que concierne a nuestra propuesta, las premisas centrales son las siguientes:

a) La falta de regulación explícita sobre una cuestión de tanta transcendencia como la analizada, debiera obligar a la clarificación legislativa del problema, visto que la falta de uniformidad se revela como un importante problema en el tratamiento jurisprudencial que sobre la cuestión impera desde hace décadas.

b) No se entiende adecuado postergar el momento de la transmisión al testimonio de firmeza de la adjudicación, pues ello podrá depender de múltiples vicisitudes que podrían resultar completamente ajenas a las partes y contrarias al derecho e intereses del nuevo adquirente, amén de que no siempre debe darse por sentado que vaya a existir una solicitud de parte para la expedición del testimonio por las más variadas razones, ya que la inscripción es declarativa.

c) Se considera necesario abrazar una propuesta lo más simple y diáfana posible, lo que aconseja descartar fórmulas complejas de individualización del momento de transmisión en función de las circunstancias concurrentes. Esas propuestas, sin duda de gran rigor técnico pero también de elevada sofisticación, difícilmente pueden contribuir —al menos, en este momento y a la vista de la confusión reinante— a clarificar la disparidad de criterios existente sobre la cuestión.

IV. Consideradas las anteriores conclusiones y prescindiendo de los problemas que pueden derivarse de establecer condiciones asociadas a la entrega del precio en la transmisión de la propiedad —si es que hubiera, por no declararse desierta— se entiende conveniente fijar el momento de transmisión del derecho en el dictado del decreto de adjudicación (arts. 650.7 y 651 y 670.8 y 671 LEC).

El establecimiento del momento de transmisión en la fecha de dictado del decreto de adjudicación tiene a su favor, en nuestra opinión, tantas disposiciones legales vigentes que así parecen establecerlo —los artículos 650.5, 670.6 y 7 LEC, en concordancia con el artículo 107. 12.^º Ley Hipotecaria— como la conveniencia de fijar un acto procesal unitario posterior a la consignación de la totalidad del precio (en caso de haberla) que está en condiciones de desgajarse, inequívocamente, del esquema propio del sistema del título y el modo, inaplicable en sede de subasta pública, por circunscribirse en su ámbito objetivo de aplicación a las adquisiciones por contrato.

Tiene además para mayor respaldo, la virtud de abarcar en un solo acto procesal (decreto de adjudicación), todos los escenarios potenciales de una subasta y sus posibles resultados, absorbiéndolos en unidad de actuación. Dicho decreto debe ser dictado siempre, sin exclusión, en cualquier tipo de subasta concluida y en todo supuesto viable admitido por la ley, sea cuales fueren sus vicisitudes y la forma de terminación de esta; con postores o sin ellos, con cesión del remate o sin él, en el trámite del artículo 670 o del artículo 671, ambos de la LEC (lo que no ocurre, por el contrario, con el decreto de aprobación del remate o pago del precio restante, que no se dicta o se consigna, respectivamente, en casos, muy numerosos en la práctica judicial, de subasta desierta).

El decreto de adjudicación cierra el proceso de subasta pública, fija las condiciones esenciales de la adquisición y aparece dotado, por ministerio de la ley, sin necesidad de extrapolación del sistema causalista contractual de los artículos 609 y 1095 del Código civil, de la fuerza necesaria para adjudicar el dominio o derecho real subastado al adjudicatario, *ope legis*.

V. Quedaría por resolver qué sucede en aquellos supuestos en el que decreto de adjudicación sea recurrido por parte del ejecutado y/o terceros

debidamente legitimados y, por tanto, no adquiera inmediata firmeza. En tales supuestos, creemos perfectamente posible estar a la tesis expuesta, esto es, entender que la transmisión de la propiedad se produce con la adjudicación judicial, si bien sometida a la condición resolutoria de la revocación de la propia adjudicación. Del modo descrito, se confirma la regla expuesta, esto es, la transmisión desde el dictado del decreto de adjudicación, entendido que si la adjudicación fuera revocada —supuesto poco habitual en la práctica— se cumpliría entonces la condición resolutoria que haría perder su eficacia. En tal situación, lógicamente, deberían restituirse las cosas al estado anterior a la adjudicación, si es que de ello se han derivado derechos y obligaciones para las partes implicadas. Dicha posición resuelve con eficacia los problemas e incidentes que pudieran surgir en ese *interim* condicional y que representan grandes conflictos de someterse a condición suspensiva, pues en el primer caso, con condición resolutoria, el derecho ya está adquirido y en el segundo pende su nacimiento.

El eventual cumplimiento de la condición resolutoria no requerirá plasmación registral en la forma dispuesta por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, que entendemos inaplicable, por dos motivos: a) el citado artículo comprende en su ámbito objetivo actos o contratos de origen convencional, no actos decretados por autoridades públicas, que por su propia definición, no incluyen causas resolutorias sino revocatorias por recurso y b) cuando el Decreto de Adjudicación, aun considerando aplicable el artículo referido, acceda al Registro de la Propiedad, habrá alcanzado firmeza (673 LEC) y la condición resolutoria perdido vigencia.

Por último, resulta plenamente aplicable, conforme a la doctrina vigente del Tribunal Supremo (STS de 7 de marzo de 2007), el principio de fe pública registral a las adquisiciones en subasta pública, otorgando eficacia a las adquisiciones a *non domino*.

X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 28 de junio de 1949.
- STS de 20 de octubre de 1990.
- STS de 10 de junio de 1994.
- STS de 18 de septiembre de 1996.
- STS de 13 de marzo de 1997.
- STS de 1 de septiembre de 1997.
- STS de 29 de julio de 1999.
- STS de 14 de febrero de 2002.
- STS de 20 de marzo de 2007.
- STS de 25 de mayo de 2007.

- STS de 18 de marzo de 2009.
- STS de 13 de noviembre de 2009.
- STS de 2 de diciembre de 2009.
- STS del Pleno de 21 de enero de 2013.
- STS de 14 de enero de 2015.
- STS de 6 de mayo de 2015.
- STS de 7 de mayo de 2015.
- STS de 14 de julio de 2015.
- STS de 1 de marzo de 2017.
- STS de 5 de marzo de 2017
- STS de 18 de marzo de 2019.
- SAP de Cantabria, Sección 3.^a, de 3 de mayo de 2000.
- SAP de Madrid, Sección 9.^a, de 4 de abril de 2019.
- SAP de Madrid, Sección 20.^a, de 15 de julio de 2019.
- SAP de Alicante, Sección 5.^a, de 28 de enero de 2020.
- SAP de Alicante, Sección 5.^a, de 21 de mayo de 2020.
- SAP de Valencia, Sección 11.^a, de 22 de mayo de 2020.
- SAP de La Coruña, Sección 6.^a, de 1 de septiembre de 2020.
- SAP de Barcelona, Sección 13.^a, de 26 de octubre de 2020.

XI. BIBLIOGRAFÍA.

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1987). Comentario al artículo 609 del Código civil, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VIII, vol. 1.^º, Madrid, Edersa.
— *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*. Madrid: Edisofer. 2016.
- CAPILLA RONCERO, F. (2001). La comunidad de bienes. En: M. Clemente Meoro (coord.), *Derecho Civil. Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*. 2.^a Edición, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V. (2010). *Derecho Procesal Civil*. Parte especial, 4.^a Edición, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1956). Los llamados contratos forzados. *ADC*. Vol. 9. N.^º 1. 556-573.
— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*. Quinta Edición, Navarra: Thomson Civitas. 2008.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2002). *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid: Tecnos.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2012). Transmisión y adquisición de la propiedad en la compraventa: el problema de la adquisición en los procesos de ejecución. En: Gómez Laplaza (coord), *Cuestiones sobre la compraventa en el código civil: principios europeos y Draft*. Madrid. Madrid: Dykinson (32-49).
- GARCÍA CANTERO, G. (1991). Comentario a los artículos 1462 a 1464, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIX, dirigidos por M. Albaladejo. Madrid: Edersa.

- GARCÍA GARCÍA, J.M. (1999). Comentario al artículo 34 LH. En M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Madrid: Edersa. 1978.
- GÓMEZ GALLIGO, F.J. (2021). Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 784, 965-987.
- GOMEZ LINACERO, A. (2021). Subasta en disolución de cosa común. Especialidades procesales y registrales y efectos frente a terceros. *Práctica de los Tribunales*. mayo-junio. 1-28.
- GORDILLO CAÑAS, A. (2001). La inscripción en el Registro de la Propiedad. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 54, núm. 1. enero-marzo. 5-257.
- El principio de fe publica registral. *ADC*. Tomo LXI, fasc. III, 1058-1216.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1968). *Derecho inmobiliario registral*. Barcelona, Bosch.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1972). Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español. *Revista de Derecho Privado*. Vol. 57. Núm. 5. 1-39.
- LAPEIRA TELLEZ, A. (1996). Ensayo sobre la naturaleza de la venta judicial inmobiliaria. *Diario La Ley*, Sección Doctrina, tomo 1, 1-22.
- MONDÉJAR PEÑA, M.ª I. (2008). *Las subastas judiciales forzosas*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 320-324.
- MONSERRAT VALERO, A. (2019). El momento de la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en las enajenaciones forzosas en subasta judicial, según la jurisprudencia. *Revista Aranzadi Doctrinal* num.7/2019, 1-17.
- MORAL DEL MORO, M.ª J. (2000). *La subasta judicial de bienes inmuebles*. Barcelona: J.M. Bosch
- MURGA FERNÁNDEZ, P. (2015). *Subasta pública y transmisión de la propiedad*. Pamplona: Aranzadi.
- OSSORIO SERRANO, J.M. (2004). *Curso de Derecho civil*, II, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo I, Madrid: Editorial Centro de Estudios Registrales.
- SALAS CARCELLER, A. (2008). El ejercicio del retracto legal en los supuestos de venta en subasta pública, *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 7/2008.
- VELA SÁNCHEZ, A J. (2007). La controversia jurisprudencial sobre la concurrencia de título y modo en las ventas judiciales: ¿cuál es su relevancia práctica? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. núm. 703, 2189-2231.
- La doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria. *Diario La Ley*. 9018/2009, 1-11.
- VERDERA SERVER, R. (2010). Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial. *Revista de Derecho Patrimonial*. núm. 25/2010, 1-38.

NOTAS

¹ Elenco más desarrollado de cuestiones en los que se antoja relevante determinar con precisión el momento de la transmisión, puede verse en MONDÉJAR PEÑA, M.^a I. (2008). *Las subastas judiciales forzosas*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 320-324.

² Tratándose de un procedimiento administrativo de apremio la adjudicación de la propiedad viene regulada en el plano material por el artículo 104.bis del Reglamento General de Recaudación 939/2005, de 29 de diciembre y sus presupuestos registrales en los artículos 25 a 29 RH, siendo título inscribible en el Registro de la Propiedad la certificación del acta de adjudicación. De encontrarnos ante deudas derivadas del régimen de la seguridad social, que se regirán registralmente por los artículos antes citados, la regulación de la subasta se contiene en los artículos 120 y sigs. RD 1415/2004, de 11 de julio, cuyo artículo 122.2 otorga a la certificación emitida por el Director Provincial de la TSS valor de «*título suficiente para la inscripción o inmatriculación de la adquisición*».

³ Sobre la última, puede verse GÓMEZ LINACERO, A. (2021). Subasta en disolución de cosa común: especialidades procesales y registrales y efectos frente a terceros. *Práctica de los Tribunales*, mayo-junio, 1-28.

⁴ Aunque usualmente se emplea la expresión «*teoría del título y el modo*» nos parece más acertado referirnos al «*sistema del título y el modo*» por la connotación abstracta o dogmática de la primera y el significado vinculante del segundo, con mayor alcance y vigor terminológico.

⁵ Existe, desde luego, un indudable interés por parte de la comunidad, más allá del interno de los sujetos participantes de la relación jurídica privada, basado en razones de paz social y estabilidad comercial, en conocer, como afirman DÍEZ-PICAZO y GULLÓN «*por medio de qué signos ostensibles o por hechos indubitados, quién es en un momento dado el propietario de una cosa o el titular de derechos reales sobre ella*», en DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2019). *Sistema de Derecho Civil. Derechos reales en General*. Volumen III. Tomo I. Madrid: Tecnos. Pág. 230.

⁶ La *traditio* requería: *El corpus o entrega material, el animus*, o intención de transmitir y adquirir la propiedad y la *iusta causa traditionis*. El sistema del título y el modo descansaba esencialmente, en lo que a textos legales se refiere, en el Codex y el Digesto.

⁷ La exigencia de que la tradición descansase en una justa causa procede de los textos romanos. Así, PAULO o ULPIANO hacen referencia expresa a la *iusta causa praecesserit*, entendida y difundida desde entonces como *iusta causa traditionis*.

⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J. (1941). *Derecho Civil español común y foral*, Tomo I. 8.^a Edición. Madrid: Reus. 404-405.

⁹ Afirman dichos autores que «*el sistema español está basado en la teoría del título y del modo*». En DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1997). *Sistema de Derecho Civil. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*. Volumen III. Sexta edición. Madrid: Tecnos. 66.

¹⁰ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1972). Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español. *Revista de Derecho Privado*. Vol. 57. N.^o5, 383-419.

¹¹ GARCÍA GARCÍA, J.M. (1993). *Derecho Inmobiliario Registral o hipotecario*, Tomo II, Madrid.

¹² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo I, Madrid: Editorial Centro de Estudios Registrales, 99.

¹³ ALBALADEJO GARCÍA, M. (2016). *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*. Madrid: Edisofer.

¹⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L. (1968). *Derecho inmobiliario registral*. Barcelona, Bosch.

¹⁵ ROCA SASTRE, R.M (1979). *Derecho hipotecario*, T.I. Barcelona.

¹⁶ Por lo que ocupa a la jurisprudencia del TS, puede citarse la STS 106/2002, de 14 de febrero, que proclama «*hay que decir que reiteradamente esta Sala ha proclamado que el Código civil, en cuanto a la adquisición del dominio, se basa en la teoría del título y el modo...*». Del mismo tenor, las SSTS de 14 de mayo de 2009, 13 de noviembre de 2009 y 2 de diciembre de 2010.

¹⁷ La RDGRN de 7 de febrero de 2005 asevera que «*La transmisión del dominio en el Derecho español se produce por la suma de título y modo*».

¹⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1966). La tradición y los acuerdos traslativo en el Derecho Español. *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 19, núm. 13, 556.

¹⁹ GORDILLO CAÑAS, A. (2001). La inscripción en el Registro de la Propiedad. *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, 184-185.

²⁰ En relación con esta cuestión, señala LACRUZ «*el requisito de la tradición solo opera en la venta y transmisión de derechos reales (posedibles, además); no para la venta de derechos de crédito y otros no poseidos*», en LACRUZ BERDEJO, J.L. (1995). *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, vol. 2.º, Barcelona: Bosch, 37. Y, como precisamente no son susceptibles de posesión ni comportan la facultad de inmediato disfrute de los mismos, los derechos reales no poseidos no admiten la usucapición liberatoria del artículo 36.4 del Código civil.

²¹ ALBALADEJO, M. (1991). *Derecho De Bienes*. Volumen 1.º. Barcelona: José María Bosch, 145.

²² La STS de 10 de julio de 1997 considera que dicho sistema es aplicable «*a la adquisición derivativa, no solo del derecho de propiedad, sino también de los derechos reales que sean poseibles, es decir, aquellos en los que «quepa entrega»*».

²³ CUENA CASAS, M. (2007). Alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la venta de cosa ajena llevada a cabo por titular registral. STS de 5 de marzo de 2007. *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*. Año 2005-2007. Núm. 1. Madrid: Dykinson, BOE. 364.

²⁴ A tal respecto, debe tenerse en consideración la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el alcance de los artículos 1278, 1279 y 1280 del Código civil, marcadamente este último, que según el Alto Tribunal y la doctrina mayoritaria no impone formas documentales preceptivas, como recuerda la STS de 5 de febrero de 2014: «*las normas del artículo 1280 del Código civil y de los dos que le preceden no comportan exigencias de formalidades "ad solemnitatem", sino tan solo "ad probationem"*».

²⁵ SABATER SABATÉ, J.M. (2017). *La venta judicial de inmuebles*. Barcelona: Editorial Bosch. 35. Recientemente, tras la promulgación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, es cauce para la venta judicial de bienes o derechos realizables de forma voluntaria.

²⁶ Para un análisis detenido de ambas posiciones: MORAL DEL MORO, M.ª J. (2000). *La subasta judicial de bienes inmuebles*. Barcelona: J.M. Bosch y LAPEIRA TELLEZ, A. (1996). Ensayo sobre la naturaleza de la venta judicial inmobiliaria. *Diario La Ley*, Sección Doctrina, tomo 1, 1-17.

²⁷ GUASP DELGADO, J. (1977). *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 480

²⁸ En efecto, jurisprudencialmente, el Tribunal Supremo —por todas, STS 509/2013, de 22 de julio— admite la aplicación del retracto legal entre comuneros, colindantes y arrendatario, entre los más destacados, a la venta procedente de subasta pública, equi-parando a efectos del retracto ambas modalidades traslativas. En este sentido, dispone la STS de 8 de junio de 1995, al admitir el retracto derivado de subasta que «*no solo porque estas segundas ofrezcan respecto a las primeras notoria semejanza, sino debido, principalmente, a la correlación substancial que existe entre los efectos y consecuencias de las adquisiciones verificadas por uno u otro mecanismo*».

²⁹ En efecto, según las STS de 5 de marzo de 2007; 16 de marzo de 2007 y 20 de marzo de 2007, la doctrina de la doble venta y venta de cosa ajena, construida sobre los

artículos 1473 y 34 LH, es aplicable también a la venta judicial inmobiliaria, extendiendo la protección de la fe pública registral a la subasta pública.

³⁰ La Ley de Enjuiciamiento Civil, de una manera muy decisiva para los partidarios de esta teoría contractualista, establece expresamente en el artículo 643.1 LEC que la subasta «tendrá por objeto la venta de uno o varios bienes»; el artículo 652.1 LEC se refiere a «precio de la venta»; el artículo 558.1 LEC habla de «venta de bienes»; el artículo 653.1 LEC se refiere al precio y venta. También el Código civil se refiere a la subasta pública como venta pública o judicial en distintos preceptos (464, 1489, 1493, 1640, 1955 y 1962 CC).

³¹ Según el cual: «*La primera (venta en subasta) es igual a la segunda (venta privada) una vez acordada, porque genera también la transmisión de bienes o derechos*». CUBELLS ROIG, E. (1993). La subasta y el retracto *ex lege*. *Revista General de Derecho*, núm. 584, 4378.

³² Para PLAZA «*la legislación española no ofrece dudas en cuanto a la naturaleza de la venta judicial, estimando que se trata de una venta en la que el vendedor no es el deudor, ni tampoco el acreedor, sino que es el Estado representado por el órgano jurisdiccional*». PLAZA, M. (1955). *Derecho Procesal Civil Español*, Vol. II. Madrid, 558.

³³ HERCE QUEMADA, V (1976). *Derecho procesal civil*, Vol. II, Madrid, 274 y 278. El autor viene a entender que con el embargo se expropia al deudor la facultad de disponer de los bienes, sustituyendo el juez su voluntad del deudor; no hay representación sino sustitución, siendo la subasta un verdadero contrato de compraventa que además está caracterizado por la intervención del órgano jurisdiccional.

³⁴ MOLINA GARCIA, A. (1975). *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*. Madrid: Montecorvo.

³⁵ MANRESA y NAVARRO, J.M. (1969). *Comentarios al Código civil Español*. Tomo X, Vol. I, Madrid: Reus.

³⁶ PUIG BRUTAU, J. (1956). *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II, Barcelona: Bosch.132.

³⁷ ALONSO SÁNCHEZ, B. (1999). *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procedimientos de ejecución*, Madrid: Edersa, 72.

³⁸ FRANCO ARIAS, J. (1987). *El procedimiento de apremio*, Barcelona: Ed. Bosch. 234.

³⁹ Así, ALVÁREZ- OSSORIO «*no puede afirmarse que la enajenación forzosa tenga la naturaleza de un contrato de compraventa celebrado por el deudor, entre otras razones y como fundamental, porque falta el elemento de voluntariedad imprescindible en el sujeto que resulta obligado a transmitir*». Más templada resulta el posicionamiento de MÓNDEJAR PEÑA que, defendiendo más bien una tesis ecléctica, destaca sin embargo «*la imposibilidad de aplicar directamente la normativa sustantiva ante la falta de voluntariedad en el ejecutado*». MONDÉJAR PEÑA, M.^a I. (2008). *Op. cit.*, 138.

⁴⁰ Así concluye tras el análisis de la cuestión DOMINGUEZ LUELMO, A. (2012). *Transmisión y adquisición de la propiedad en la compraventa: el problema de la adquisición en los procesos de ejecución*. En: Gómez Laplaza (coord), *Cuestiones sobre la compraventa en el código civil: principios europeos y Draft*. Madrid: Dykinson, 34.

⁴¹ Nuestro Centro Directivo, actualmente denominado Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP), parece, sin embargo, acoger la tesis contractualista, aunque como una modalidad especial de venta. Así, la RDGRN de 3 de julio de 2013 razona que «*es doctrina clásica de este Centro Directivo (vid. a modo de ejemplo la Resolución de 20 de noviembre de 1987) que, como tesis de principio, la ejecución forzosa de finca está comprendida en el concepto amplio de compraventa. De ahí que el Código civil al referirse a ellas les llame venta pública (cfr. art. 464 CC o venta en subasta pública o judicial, entre otros los arts. 1459, 1489 y 1493 CC)*». Destacan, a mayor abundamiento, en el plano registral las siguientes RRDGRN: 17 de septiembre de 1985, 16 de julio de 1987, 15 de julio de 1988 y 12 de junio de 1989.

⁴² Afirma igualmente la sentencia: «*La enajenación forzosa, y con ella la simultánea adjudicación del dominio desde la aprobación del remate, es esencialmente un acto procesal*,

en el que el Juez es el verdadero protagonista; las demás personas que intervienen directa o indirectamente en la formación del mismo lo hacen, de forma voluntaria o involuntaria» y que resulta «imposible conceptualizar la enajenación forzosa (sobre todo la judicial) como un contrato de compraventa en que concurra un consentimiento libre y espontáneo del sujeto transmisor y propietario del bien enajenado, pues falta el consentimiento».

⁴³ Véase DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2012). *Op. cit.*, 36, con cita de la SAP de Cantabria, Sección 3.^a, de 3 de mayo de 2000 que se adscribe a la tesis privatista al sostener «*tan semejantes son las naturalezas de esas dos figuras, que el legislador, al regular el procedimiento de apremio, utiliza los términos propios del negocio jurídico, y concretamente los del negocio de compraventa*».

⁴⁴ SAP de Barcelona de 16 de octubre de 1991 (que dio lugar a la STS de 3 de marzo de 1995).

⁴⁵ Además, existen innumerables preceptos de la venta privada inaplicables de plano, por incompatibilidad, a las subastas públicas, destacadamente los siguientes: a) el artículo 1454 del Código civil, relativo a las arras penitenciales o de desistimiento, b) el artículo 1453 del Código civil, concerniente a la venta a ensayo y *ad gustum*, c) artículos 1457, 1458 y 1459 del Código civil, reguladores de la capacidad para celebrar el contrato habida cuenta de la regulación específica de la capacidad para ser parte y comparecer en juicio de los artículos 6 y 7 LEC, d) artículos 1462 y sigs. del Código civil relativos a las obligaciones del vendedor; no existe vendedor en la subasta pública, el Estado no es vendedor, el ejecutado tampoco, e) el artículo 1501 del Código civil, relativo a los intereses del precio en determinados casos y f) los artículos 1502, 1503 y 1504 del Código civil sobre la resolución por perturbación, pérdida o incumplimiento del precio aplazado, respectivamente.

⁴⁶ NAVARRO CASTRO, M. (1998). La adquisición de la propiedad por subasta en los procesos de ejecución. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 24 de junio de 1997. *Revista de Derecho Privado*, 1998,978. Sostiene el autor con agudeza que «*existe una cierta contradicción entre la posición de la doctrina procesalista actual a la hora de calificar la adjudicación como un acto jurisdiccional y, al mismo tiempo, exigir que se den todos los requisitos de una transmisión onerosa por contrato, contradicción que se ha visto reflejada en la redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*».

⁴⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1956). Los llamados contratos forzados. *ADC*. Vol. 9, núm. 1, 85-117.

⁴⁸ Acto de constitución se utiliza por DÍEZ-PICAZO —o así lo entendemos— aplicado no tanto en el sentido de constituir *ex novo* el derecho de propiedad, pues compraventa y subasta son modos de adquirir derivativos, sino para expresar el acto, negocio, hecho, causa o fenómeno jurídico creador de una determinada relación jurídica civil, con independencia de que tenga efectos traslativos o constitutivos desde un punto de vista de eficacia jurídica real.

⁴⁹ LAPEIRA TELLEZ, A. (1996). *Op. cit.*, 17.

⁵⁰ Dicha doctrina se contiene, además, en las SSTS de 5 de enero de 1899, 28 de junio de 1949, 17 de febrero de 1956, 29 de febrero de 1960, 20 de febrero de 1975, 16 de julio de 1982, 10 de diciembre de 1991, 1 de septiembre de 1997 y 6 de abril de 1999.

⁵¹ La doctrina más reputada admite indiscutiblemente la extensión del sistema causalista romano; PIETRO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, SOLCHAGA LOITEGUI, CACHÓN CADENAS o DÍAZ FRAILE, entre otros.

⁵² SOLCHAGA LOITEGUI, J. (1986). *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles*. Navarra: Aranzadi.

⁵³ LUQUE TORRES, G. (1999). *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios*. Granada: Comares.

⁵⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO sostiene que si bien inicialmente «*no se puede hacer sobre la base de conceptos procedentes del Derecho civil, que a lo sumo podrán utilizarse a título de simple afinidad o analogía. Se trata de un supuesto de adquisición por ministerio de la Ley a los que se refiere con carácter general el artículo 609 del Código civil*», admite,

en definitiva, la aplicación del sistema causalista, afirmando que «*la venta forzosa se perfecciona con la aprobación del remate (que sería el «equivalente al título) y se consuma con la entrega del bien o con la expedición del testimonio donde se documenta la adjudicación (que haría las veces y tendría la misma finalidad que el modo)*». En DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2012). *Op. cit.*, 36.

⁵⁵ VERDERA SERVER, R. (2010). Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial. *Revista de Derecho Patrimonial*. núm. 25/2010.

⁵⁶ En concreto, sostiene —a nuestro juicio con acierto— que no «*tiene sentido distinguir en el marco de las subastas judiciales entre una fase obligacional (identificada con el título) y otra jurídico-real (a partir de la concurrencia del modo)*». MURGA FERNÁNDEZ, P. (2015). *Subasta pública y transmisión de la propiedad*. Pamplona: Aranzadi, 208.

⁵⁷ GUTIERREZ DE CABIEDES, E. (1966). *La enajenación forzosa*. Pamplona, 102.

⁵⁸ El artículo 609 del Código civil limita la aplicación del juego de la causa remota y próxima a la adquisición de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes como consecuencia de ciertos contratos; como advierte DOMÍNGUEZ LUELMO «*para los supuestos en que la adquisición y transmisión se producen con carácter voluntario, cuando el enajenante decide libremente transmitir su derecho a un tercero*». En DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2012). *Op. cit.*, 36.

⁵⁹ LAPEIRA TELLEZ, A. (1996). *Op. cit.*, 17.

⁶⁰ NAVARRO CASTRO, M. (1998). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2002. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2002, núm. 60, 98

⁶¹ Apunta VERDERA SERVER, sobre la cuestión: «*Esta supresión constituye un indicio que puede hacernos replantear una cuestión de carácter general cual es la determinación de hasta qué punto sigue siendo adecuada la equiparación absoluta entre la adquisición mediante subasta judicial y la compraventa*» VERDERA SERVER, R. (2010). *Op. cit.*, 3.

⁶² GORDILLO CAÑAS, A. (2008). El principio de fe pública registral. *ADC*, 1064.

⁶³ GARCÍA GARCÍA, J.M. (1999). Comentario al artículo 34 LH. En M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Fiscales*. Madrid: Edersa. 1978.

⁶⁴ GORDILLO CAÑAS, A. (2006). El principio de fe pública registral. *ADC*, 2006, 509 y sigs.; Adquisición en procedimiento de embargo y protección registral. *Actualidad Civil*. Núm. 6, marzo de 2007, 2 y sigs.; Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007. *CCJC*, núm. 75, 2008, 1413 y sigs.

⁶⁵ La adquisición debe estar consumada mediante la *traditio* (STS de 12 de noviembre de 2003 y 12 de febrero de 2008).

⁶⁶ CUENA CASAS, M. (2007). *Op. cit.*, 364.

⁶⁷ VELA SÁNCHEZ, A.J. (2009). La doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria. *Diario La Ley*. 9018/2009. Pág. 1.

⁶⁸ LÓPEZ FRIAS, A. (2010). Embargo de inmuebles, transmisión del dominio y publicidad registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 721. Pág. 2087.

⁶⁹ CLEMENTE MEORO, M. (2002). Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 673, 186 y sigs.

⁷⁰ VELA SÁNCHEZ, A.J. (2007). La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios. *ADC*. Vol. 60, núm. 1.

⁷¹ Existe, incuestionablemente, una «*segunda línea de configuración*» de la buena fe, siguiendo la expresión acuñada por ORDUNA en la STS de 12 de enero de 2015, «*que requiere la convicción de no lesionar legítimos derechos o intereses ajenos, la noción de buena fe responde a una actuación diligente conforme a unos criterios o pautas de comportamiento que resulten socialmente aceptados; de ahí que, a diferencia de la anterior concepción, no sea suficiente padecer cualquier tipo error, sino solo el error que, según las circunstancias, sea excusable, esto es, que no se hubiera vencido actuando diligentemente*».

⁷² Según la STS Pleno, 465/2014, de 12 de enero de 2015, y como condiciones generales predicables del tercero hipotecario «*debe partirse de que la buena fe constituye uno de los presupuestos de la protección registral, pues justifica que el tercero adquirente resulte*

protegido en la medida en que ha contratado confiando en la información ofrecida por el Registro. Si esta razón quiebra, y el tercero es conocedor de la inexactitud del Registro respecto a la realidad jurídica, la especial protección registral carece de justificación».

⁷³ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2007). La buena fe requerida por el adquirente en remate a debitore non domino. *Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado*. Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial. Núm. 19. 339-414.

⁷⁴ VALLET DE GOYTISOLO, J. (1973). *Estudios sobre Derechos de Cosas*. Madrid, 363.

⁷⁵ LÓPEZ FRÍAS, A. (2010). *Op. cit.*, 2102.

⁷⁶ GARCÍA GARCÍA, J.M. (1999). Comentario al artículo 34 LH. *Op. cit.* 55. Sostiene el autor que «la buena fe, al ser un hecho intelectivo o de formación del conocimiento, ha de tenerse en el momento del otorgamiento del título inscribible, que es el momento en que aparece formada la voluntad del adquirente».

⁷⁷ VELA SÁNCHEZ, A.J. (2007). *Op. cit.*, 1.

⁷⁸ LÓPEZ FRÍAS, A. (2010). *Op. cit.*, 2102.

⁷⁹ GÓMEZ GÓMEZ, M. (1952). Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 571 y 572.

⁸⁰ GOÑI RODRÍGUEZ ALMEIDA, M. (2005). Comentario a la STS de 17 de febrero de 2004. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 687. Págs 294-295.

⁸¹ ROCA SASTRE, R. (1968). *Derecho Hipotecario*. T. I. Págs. 739 y 740.

⁸² La STS de 31 de enero de 1975 declara que «Ha de hallarse referido el conocimiento de la inexactitud registral al momento de la adquisición del inmueble, o sea, a aquel en que se efectúe la tradición».

⁸³ GARCÍA GARCÍA, J.M. (1999). Comentario al artículo 34 LH. *Op. cit.*, 56.

⁸⁴ Previa a la formalización de la compraventa y según disponía el artículo 1503 LEC 1881, el acto del remate era presidido por el juez, terminando cuando, por no haber sujeto que mejorara la última postura, el juez lo estimara conveniente. A continuación, se anunciaba al público el precio del remate y el nombre del mejor postor, cuya conformidad y aceptación se consignaban en el acta suscrita por el juez: una vez aprobado el remate, tras la liquidación de cargas, se mandaba al comprador que consignara el precio.

⁸⁵ MANRESA y NAVARRO, J.M (1981). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Reformada*. Madrid: Reus.

⁸⁶ La sentencia cita, en el mismo sentido, las SSTS de 19 de junio de 1920; 8 de julio de 1946 y 29 de febrero 1960.

⁸⁷ El artículo 1514 queda redactado de la forma siguiente: «Será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio expedido por el Secretario, con el visto bueno del Juez, comprensivo del auto de aprobación del remate, y en el que se exprese que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria».

⁸⁸ MONSERRAT VALERO, A. (2019). El momento de la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en las enajenaciones forzosas en subasta judicial, según la jurisprudencia. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 7/2019.

⁸⁹ ORTIZ NAVACERRADA, S. (1998). La protección del crédito en la nueva ordenación de la ejecución forzosa que articula el borrador del Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento civil elaborado por el Ministerio de Justicia. *Actualidad Civil*. 1998.214.

⁹⁰ Como explica VALERO, «Este esquema era el mismo que existía en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH: un primer Auto de aprobación provisional del remate o de la adjudicación al ejecutante, antes de la consignación del precio; un Auto de aprobación definitiva del remate o de la adjudicación al acreedor ejecutante en pago de su crédito (Auto de adjudicación), posterior a la consignación del precio (regla 17); y, finalmente, el testimonio del Auto de adjudicación expedido por el Secretario para la inscripción en el Registro (también regla 17)». MONSERRAT VALERO, A. (2019). *Op. cit.*, 10.

⁹¹ Una exposición de las tendencias jurisprudenciales sobre la exigencia de título y modo en las ventas judiciales inmobiliarias en VELA SÁNCHEZ, A.J. (2007). La contro-

versia jurisprudencial sobre la concurrencia de título y modo en las ventas judiciales: ¿cuál es su relevancia práctica? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 703, 2190-2231.

⁹² En tal sentido, MONSERRAT VALERO, en la obra arriba citada, quien en relación con las tercerías de dominio —pero en una consideración perfectamente trasladable a otros fenómenos como los aludidos en la introducción— sostiene: «el análisis de los conflictos vinculados con la tercería de dominio permite poner de manifiesto que, aunque existe un criterio predominante, el Tribunal Supremo mantiene de forma simultánea criterios contradictorios en orden a determinar cuándo se produce la adquisición de la propiedad derivada de subasta, sin que pueda predecirse de manera razonable cuáles son los elementos que impulsan al Tribunal a inclinarse por una u otra solución».

⁹³ Es un ilustrativo exponente la SAP de Alicante, Sección 5.^a, 194/2020, que se hace eco de las divergencias jurisprudenciales en torno a la cuestión.

⁹⁴ Continúa afirmando la SAP de Alicante, Sección 5.^a, 194/2020, que «También resulta así de una aplicación analógica de lo dispuesto por el artículo 1095 del Código civil cuando establece que «el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada». En este caso cabía entender, además, que la entrega de la cosa al nuevo propietario se había producido en virtud del auto de adjudicación pues a estos efectos se equipara a la escritura pública (art. 1462 CC), que aquí resulta innecesaria. En nuestro sistema se hacia coincidir la consumación de la venta de bienes inmuebles en subasta con el otorgamiento de la escritura pública, porque el otorgamiento de dicha escritura equivale a la entrega de la cosa, en virtud de la tradición instrumental a que se refiere el artículo 1462 del Código civil (Sentencia, entre otras, de 10 de diciembre de 1991), pero una vez sustituida la necesidad de otorgar escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (art. 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por Ley 13/2009 de 3 de noviembre, este será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil».

⁹⁵ «No desconociendo la tendencia a mantener que con la aprobación judicial del remate y la subsiguiente adjudicación se opera la consumación del contrato, dando a esta última la condición de entrega simbólica (art. 1462 CC), subsiste el criterio de que “.... la tradición se produce con la plasmación de la venta en un documento público que antes era una escritura notarial y ahora es el testimonio del auto de aprobación expedido por el secretario” (Tribunal Supremo, Sentencia de 20 de julio de 2006)».

⁹⁶ «El derecho del primitivo arrendador quedo por tanto extinguido el 27 de febrero de 2017, fecha del auto de adjudicación, a partir de cuyo momento y a todos los efectos la mercantil demandante es la propietaria-arrendadora de la finca con derecho al percibo de la renta».

⁹⁷ En cualquier caso, y aunque quiera discutir la recurrente el hecho de si la actora devino propietaria o no de la vivienda arrendada, y si estaba o no legitimada para percibir las rentas reclamadas ante la falta de «modo» o de entrega de la vivienda, tal cuestión carece absolutamente de relevancia. Y no ya porque como se expuso en la STS de 14 de julio de 2014, «la entrega de la cosa al nuevo propietario se había producido en virtud del auto de adjudicación pues a estos efectos se equipara a la escritura pública [art. 1462 CC (LEG 1889, 27)] que aquí resulta innecesaria», sino porque como continua estableciendo, el percibo de la renta desde ese mismo momento le corresponde al adjudicatario, además, como consecuencia de una aplicación analógica de lo dispuesto por el artículo 1095 del Código civil, cuando establece que «el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla», y aunque no adquiera derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada.

⁹⁸ Mostramos nuestro desacuerdo con esta posición, que desdobra de nuevo la adquisición en subasta pública, además de aplicar el artículo 1095 del Código civil a una relación

procesal no contractual en que no existe obligación de entregar la cosa. El artículo 1095 del Código civil se aplica exclusivamente cuando existe un previo vínculo convencional entre comprador y vendedor. Identificar al acreedor del artículo 1095 del Código civil con el adjudicatario nos resulta una forzada interpretación del artículo 1095 del Código civil.

⁹⁹ «...no es posible compartir el criterio de la Sala “a quo” de que, por proceder la adquisición de la cosa retraída de un previo proceso de adjudicación judicial, haya de entenderse que esa adjudicación deviene compraventa hasta que la misma no se consuma por el otorgamiento de la escritura pública, ya que ... ha de subrayarse que, en el plano sustantivo en que ha de ubicarse esta decisión, la disociación entre esa perfección y esa “consumación” no puede tener acogida porque ... dicha venta o dicho contrato de compraventa existe desde que el mismo se perfecciona y la perfección ... ha de ceñirse a cuando se da la concurrencia de los elementos esenciales del contrato, esto es, la existencia de ese mero consentimiento o cuando se haya convenido sobre la cosa objeto del contrato y el precio, y a lo que, sin más, equivale que después de la subasta se efectúa la cesión y correspondiente adjudicación al Banco demandado en la fecha calendada, en cuyo caso o desde entonces es, pues, cuando existen o acontecen, aquellos presupuestos determinantes de la constitución o perfección del contrato, y ello con independencia de que la llamada “consumación” del mismo (que no es, en rigor, más que la observancia de la forma adecuada por el art. 1280 CC) no tenga lugar hasta posteriormente el momento de la suscripción de la escritura de compraventa...».

¹⁰⁰ Para un comentario de la misma puede leerse a NAVARRO CASTRO, M. (1998). *Op. cit.*

¹⁰¹ Dispone la resolución: «la sentencia objeto de este recurso parte de la idea (equivocada) de que la acción de retracto tiene el dies a quo del breve plazo de caducidad en el conocimiento de la celebración de la subasta; concretamente, conoció la sociedad demandante el expediente en que se produjo el embargo, la tasación de las fincas objeto del mismo, el anuncio de la subasta y la celebración de esta y, asimismo, hubo conversaciones en torno a ella. Pero en ningún momento habla del conocimiento de la escritura de compraventa que es la verdadera venta no antes». Un comentario breve a la sentencia se contiene en SALAS CARCELLER, A. (2008). El ejercicio del retracto legal en los supuestos de venta en subasta pública, *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 7/2008.

¹⁰² Previo a la reforma, la STS (Sala de lo Civil) 20 de julio de 2006 (ROJ STS 5686/2006) recuerda que tras la reforma de la Ley 10/1992, la consumación de la enajenación se producía con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos que habilitaban para la inscripción en el Registro de la Propiedad y que la expedición del testimonio en el que se documentaba la venta judicial producía la tradición simbólica (art. 1462.2 CC). Asume la sentencia que la venta se perfeccionaría con la aprobación del remate y la tradición se produciría con la plasmación de la venta en un documento público que, en la LEC 1881 era una escritura notarial y ahora el testimonio del auto de aprobación expedido por el secretario judicial.

¹⁰³ En idéntica dirección, cierta jurisprudencia menor, por todas, la SAP Barcelona, Sección 13.º, 312/2008. Debe advertirse, no obstante, que el Tribunal Supremo, en censurable doctrina, interpretando el artículo 266.2º LEC, si exige la consignación previa como requisito procesal de admisibilidad (por todas, STS de 4 de noviembre de 2008), de modo análogo a lo exigido por la LEC 1881.

¹⁰⁴ VERDERA SERVER, R. (2010). *Op. cit.*, 33.

¹⁰⁵ MONDÉJAR PEÑA, M.ª I. (2008). *Op. cit.*, 330.

¹⁰⁶ Propugna el referido autor, tras apuntar que las decisiones judiciales han contribuido a aumentar la confusión que: «En nuestra opinión, la adquisición del adjudicatario se produce con el decreto de aprobación del remate, sometido a la condición suspensiva del abono del resto del precio».

¹⁰⁷ Continúa el autor señalando: «Más todavía, conforme al artículo 670.6 LEC, cuando se le reclame para constituir la hipoteca a que se refiere el número 12.º del artículo 107 LH, el Secretario Judicial expedirá inmediatamente testimonio del decreto de aprobación

del remate, aun antes de haberse pagado el precio, haciendo constar la finalidad para la que se expide. La solicitud suspenderá el plazo para pagar el precio del remate, que se reanudará una vez entregado el testimonio al solicitante. Nos encontramos, por tanto, con una situación en la que ya existe decreto de aprobación del remate y testimonio de ese decreto, pero la falta de pago del resto del precio impide que produzca los efectos que se le asignan en situaciones normales»

¹⁰⁸ Su posicionamiento sobre el momento traslativo es, desde luego, minoritario y se aparta de la doctrina históricamente dominante para defender un sistema adquisitivo público, *ex lege*, de la adjudicación judicial. El decreto de aprobación del remate sería, por tanto, el acto procesal —los decretos tienen naturaleza procesal según consolidada doctrina constitucional y comunitaria— atributivo del derecho una vez comprobado el cumplimiento de los presupuestos imperativos fijados por nuestra ley procesal relativos al importe de la puja y demás requisitos. Este sistema es, en realidad, el que mejor representaría la esencia del proceso de realización mediante subasta, voluntaria o forzosa, por el principio de legalidad del proceso transmisor y las connotaciones propias de la subasta pública expuestas en los apartados que preceden. Aprobado el remate a favor del mejor postor mediante la formalización de la oportuna resolución procesal y satisfecho el importe legalmente el proceso traslativo público culminaría su finalidad y el adquirente asumiría la titularidad del derecho subastado; se ha aprobado su postura, ha pagado el precio fijado y no se exige *traditio* de ningún tipo.

¹⁰⁹ GIMÉNEZ ROIG, E. (1991). Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa (condicionada legalmente a la adquisición por el comprador de la posesión en concepto de dueño de la cosa mediante la tradición por el vendedor o supletoriamente mediante la puesta en posesión por el Juez, e incondicionada cuando está desposeído. *Centro de Estudios Registrales*.408.

¹¹⁰ MONSERRAT VALERO, A. (2019). *Op. cit.*, p.17.

¹¹¹ En tal caso, se sostiene por el autor que el decreto de adjudicación «una vez firme, solo dará constancia de que se dieron las circunstancias procesales necesarias (ausencia de postores o puja inferior al setenta por ciento del valor de salida del bien), que han legitimado al acreedor para solicitar la adjudicación del bien». MURGA FERNÁNDEZ, P. (2015). *Op. cit.*,208.

¹¹² Sostiene el autor «el caso en que el acreedor ejecutante ceda el remate a una tercera persona (siendo el primero rematante al haber concurrido con más licitadores, o bien cuando se le llegue a adjudicar el bien subastado en atención en las condiciones legales previstas para ello, *ex artículo 647. 3 de la LEC*), la transmisión de la propiedad tendrá lugar en el mismo momento en que se verifique y acepte por el cesionario la cesión del remate mediante comparecencia ante el Secretario Judicial responsable de la ejecución».

¹¹³ Sostiene el autor: «De nuevo, la firmeza del decreto solo declarará que ante la ausencia de posturas superiores al setenta por ciento, el ejecutado quedó legitimado para presentar a un tercero que la mejoró y por ello se convirtió en el propietario del bien objeto de subasta».

¹¹⁴ No en vano, sostiene el autor: «El Decreto de Adjudicación sería, por tanto, para dicho autor, la constatación formal de un fenómeno que se ha producido con anterioridad, mediante la consignación del resto del precio, en caso de existencia de postores (670 LEC) o mediante la petición de adjudicación en pago, en caso de subasta desierta (671 LEC), por lo que, razona dicho autor, «deberá retrotraerse el efecto traslativo de la venta judicial al momento en que los actos procesales constitutivos de la adjudicación se han verificado». MURGA FERNÁNDEZ, P. (2015). *Op. cit.*, 258.

¹¹⁵ Desde un punto de vista netamente científico la propuesta de MURGA resulta estimulante, pero si pretende dotarse a la cuestión de una claridad que, por ahora, resulta inexistente a la vista de las divergentes opiniones judiciales sobre la cuestión, creemos deberían explorarse fórmulas más diáfanas que, al menos, sirvieran a la fijación de una regla general para la determinación del momento determinado de la transmisión.

¹¹⁶ ALONSO SÁNCHEZ, B.: *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procedimientos de ejecución*. Madrid: Edersa. 1999.

¹¹⁷ MONSERRAT VALERO, M. (2019). *Op. cit.*, 16. No se comparte el criterio de la autora, según el cual, resulta de entera aplicación a la transmisión judicial el sistema del título y el modo, remitiéndonos en relación con la cuestión a lo que fue expuesto páginas arriba, si bien la proposición de la autora trasciende con éxito el vacilante tratamiento jurisprudencial imperante, del que se hace eco también en su estudio.

(Trabajo recibido el 3 de junio de 2021 y aceptado para su publicación el 4 de octubre de 2021)