

Comentarios

Reembargo de inmueble y doble adjudicación en remate: ¿cuál de los rematantes resulta protegido en su adquisición?
Comentario a la Sentencia del TS de 4 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7715)

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla*

Resumen: La sentencia que resuelve el caso enjuiciado contradice el criterio dominante en jurisprudencia y doctrina, conforme al cual la anotación de embargo no puede oponerse a quien adquiere con anterioridad a la misma el bien objeto de la traba, sino solamente a quienes adquieren con posterioridad. Tras el análisis de las particulares circunstancias concurrentes en el caso, se observa la incoherencia de la solución dada, que debiera haberse enfocado por el cauce de la aplicación del art. 34 LH con todos sus requisitos al segundo adjudicatario, para llegar a la solución contraria, esto es, a la prevalencia de la primera adjudicación frente a la segunda resultante de reembolso, por faltar la concurrencia de los requisitos necesarios para que opere la fe pública registral.

Términos significativos: Anotación preventiva de embargo. Colisión entre anotaciones preventivas de embargo. Embargo. Reembargo. Adjudicación en sentencia de remate. Tercero hipotecario. Doble venta judicial. Principio de prioridad. Cancelación de anotación preventiva de embargo.

Civil

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

- ☑ **PROPIEDAD: ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO:** improcedencia: adjudicatario judicial de bien cuya anotación preventiva de embargo se hallaba caducada: preferencia registral de la adquisición por otro en virtud de adjudicación que trae causa de otra anotación de embargo vigente cuando la primera adjudicación se produjo y tuvo ingreso en el Registro; inexistencia de doble venta.
- REGISTRO DE LA PROPIEDAD: ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO:** efectos: sujeción de la titularidad de los bienes objeto de la traba anotada al resultado del proceso en que se haya producido frente a las transmisiones y cargas posteriores: cierre registral a las posteriores inscripciones de títulos incompatibles; inoponibilidad de la anotación al adquirente anterior del bien embargado aunque no haya inscrito su derecho; prórroga: legitimación para solicitarla: asiste a cualquier interesado.
- TERCERO HIPOTECARIO:** inexistencia: acreedor con embargo anotado preventivamente: inoponibilidad a los derechos previamente adquiridos sobre la finca embargada.
-

ANTECEDENTES DE HECHO

Por su claridad y su carácter exhaustivo reproducimos los que contiene la propia Sentencia, si bien en los Fundamentos de Derecho se vuelven a resumir los hechos más significativos. Hacemos la advertencia de que los preceptos de la LECiv citados a continuación son, obviamente, los de la Ley de 1881, que eran los aplicables en la fecha en la que los hechos se produjeron.

PRIMERO.—Euroestudios, SA, a través de su representación procesal, promovió juicio declarativo de menor cuantía sobre declaración de dominio, cancelación de inscripciones y anotaciones registrales contra los demandados D. Ramón (que no compareció), D^a Nuria, Banco Bilbao Vizcaya, SA y D^a Regina, en cuyo suplico se solicitaba que se declarase que es propietaria plena y exclusiva del inmueble que identifica en la demanda, con las consecuencias inherentes a tal pronunciamiento, sin carga de gravamen alguno.

SEGUNDO.—La recurrente Euroestudios, SA había resultado adjudicataria de un inmueble en subasta celebrada el 18 de junio de 1993 en el juicio ejecutivo 594/1991, celebrado en el juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Donostia-San Sebastián incoado a instancia de Banco Guipuzcoano, SA contra los titulares del inmueble (D. Ramón y D^a Nuria), cuyo embargo había causado la anotación preventiva letra A del Registro de la Propiedad Núm. 4 de San Sebastián, la cual caducó el 31 de octubre de 1995, tras lo cual se dictó un auto de adjudicación el 9 de mayo de 1996, el cual fue inscrito con denegación de la práctica de las cancelaciones posteriores solicitada, al haber caducado la anotación letra A en que se apoyaba la ejecución. En otro juicio ejecutivo —número 432/1992—seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Donostia-San Sebastián se expidió con posterioridad a la caducidad de la anterior anotación preventiva y con anterioridad a la inscripción del auto de adjudicación, certificación de dominio y cargas a solicitud del Banco Bilbao Vizcaya, SA, en la que no se hizo constar dicha anotación preventiva, dada su caducidad. Celebrada tercera subasta en dicho proceso, se adjudicó el inmueble a D^a Regina, lo que dio lugar a un auto de adjudicación, que tuvo acceso al Registro, en virtud del cual se procedió a la cancelación de todas las inscripciones o anotaciones que contradijesen su contenido posteriores a la fecha de la certificación de cargas, entre las que se encontraba la inscripción del auto de adjudicación correspondiente al procedimiento de apremio de la anotación cancelada letra A.

TERCERO.—El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda por estimar, en síntesis, que, aun cuando la doctrina tradicional se inclina por la prevalencia del adquirente anterior sobre la anotación preventiva de un embargo posterior, por considerar que la anotación no transforma el derecho personal del acreedor en un derecho real, así como en que sólo pueden ser embargados bienes que se encuentren en el patrimonio del deudor, la doctrina actual y las últimas resoluciones de la Dirección General de los Registros parten de la equivalencia práctica de la anotación preventiva de embargo a la

hipoteca en relación con los terceros adquirentes del inmueble, en virtud de los principios de legitimación, prioridad, fe pública e inoponibilidad de lo no inscrito frente al que inscriba de buena fe, postura respaldada por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y artículo 175.2º del Reglamento Hipotecario, tras la reforma de 1992, que impone la cancelación de toda inscripción posterior a la anotación de embargo aunque se refiera a enajenaciones anteriores que no estén basados en derechos reflejados registralmente con anterioridad a la propia anotación y no afectados por ésta.

Concluye la sentencia que el derecho preferente de la demandada, protegido por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, en virtud de lo previsto en el artículo 606 del Código Civil sobre no perjuicio para tercero de los títulos de dominio y derechos reales sobre bienes inmuebles no inscritos y del contenido del art. 1473 del mismo Código sobre pertenencia de la propiedad del inmueble objeto de doble venta al adquirente que la haya inscrito con anterioridad en el registro, conduce a entender que la demandada es la única que tiene una inscripción válida registral, puesto que la que amparaba el título de la actora era provisional y debía ser cancelada por la inscripción posterior al ser contradictoria con ésta.

CUARTO.—Interpuesto recurso de apelación por la representación de la actora, la Audiencia Provincial desestimó dicho recurso y confirmó la sentencia de instancia condenando a la recurrente al pago de las costas, por entender, sustancialmente, que, al haber caducado la anotación de embargo letra A en virtud de lo que establece el artículo 78 de la Ley Hipotecaria, hecho que tuvo lugar antes de que el Registro expidiese la certificación de cargas en el juicio ejecutivo en el que se adjudicó el inmueble a D^a Regina, la inscripción del auto de adjudicación en favor de ésta, cumpliendo la orden del Juzgado dictada con base en el artículo 1518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dio lugar a la cancelación de las inscripciones posteriores a la expedición de la certificación de cargas y, en concreto, a la extinción del auto de adjudicación de la finca a favor de Euroestudios, SA, por lo que, cancelada la inscripción, de conformidad con el artículo 97 de la Ley Hipotecaria debe considerarse extinguido el derecho al que la misma se refería y, por consiguiente, la extinción de este auto no está afectada de causa de nulidad de clase alguna. En opinión de la Sala no nos encontramos ante un supuesto de doble inscripción registral de un auto de adjudicación judicial, sino ante un supuesto de nulidad de la inscripción de un auto de adjudicación como consecuencia de la inscripción posterior de otro auto de adjudicación que trae causa de una anotación de embargo inscrita que pesaba sobre el inmueble al que se refiere la adjudicación. No habiéndose acreditado que D^a Regina haya actuado de mala fe, goza de la protección registral que al tercero de buena fe otorga el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

QUINTO.—En el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Euroestudios, SA se formula un único motivo de casación, al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

(por error se dice artículo 1462.4), por infracción de los artículos 1473, 606 y 348 del Código Civil y 32 de la Ley Hipotecaria.

Sostiene la parte recurrente, en síntesis, que la argumentación de la sentencia recurrida ampara la adquisición de la demandada en la instancia en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil sobre no perjuicio a terceros de los títulos no inscritos, pero este fundamento quiebra en cuanto esta misma protección ampara a la recurrente que también adquirió la finca en subasta judicial libre de cargas y gravámenes, mientras la demandada la adquirió estando vigente la anotación de embargo letra A (posteriormente cancelada en el momento de la expedición de la certificación de cargas), si bien la parte recurrente no tuvo conocimiento de la caducidad de la anotación y no tenía posibilidad de haber conseguido su prórroga al no ser parte en el procedimiento, y la inscripción del auto de adjudicación tuvo lugar con casi tres meses de antelación a la inscripción del dictado en favor de la demandada.

En opinión de la parte recurrente, la posible doble venta previsto en el artículo 1473 del Código Civil exige la existencia de dos contratos separados válidos y consumados y esta condición no se da en la compraventa mediante auto de adjudicación en favor de la demandada, por cuanto nunca llegó a poseer el inmueble y, en consecuencia, a adquirirlo, porque éste estaba poseído desde el año 1993 por la demandante, según se reconoce en el fundamento de derecho primero de la sentencia de instancia.

Añade que ambos contendientes adquirieron la misma finca en sendas subastas judiciales, pero la recurrente lo hizo con anterioridad y adquirió su posesión estableciendo sus oficinas de forma pública, pacífica y continuada en el inmueble y obtuvo un auto de adjudicación antes que la demandada, el cual tuvo acceso al Registro también con antelación respecto del otorgado en favor de la citada señora.

Concluye la parte recurrente en la fundamentación del motivo que ambos litigantes tienen idéntica condición de terceros y la posición de la recurrente está amparada por la entrega real de la posesión y la anterior inscripción de su compra en el Registro de la Propiedad.

SEXTO.—Termina solicitando que se dicte sentencia por la que, pasando la sentencia recurrida y estimando íntegramente la demanda formulada se dicte sentencia por la que:

1. Declare que Euroestudios, SA es propietaria plena, exclusiva y excluyente del inmueble identificado y descrito en el hecho primero de la demanda, con las consecuencias inherentes a tal pronunciamiento, fundamentalmente su acceso al registro de la Propiedad si fuere preciso.

2. Declare que dicha propiedad lo es sin carga ni gravamen alguno, excepción hecha de las normas de condominio que puedan afectar a la finca.

3. Declare la nulidad de la adjudicación en subasta pública y a favor de D^a Regina, del inmueble referido, en los autos de juicio ejecutivo 432/1992,

instados por Banco Bilbao Vizcaya, SA, así como la nulidad del título en que dicha adjudicación se contenga.

4. Decrete la cancelación de la anotación preventiva letra B que grava el inmueble mencionado en el registro de la propiedad número 4 de San Sebastián, extendida a favor de Banco Bilbao Vizcaya, SA.

5. Condene a los demandados a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Para la adecuada comprensión del supuesto de hecho en relación con el cual se plantea el presente recurso de casación conviene recoger los hechos que se consideran probados por la sentencia recurrida, así como resumir lo ocurrido en ambas instancias:

1) El 10 de abril de 1987, mediante escritura pública otorgada ante D. Juan Aurelio Lázaro, notario de San Sebastián, D. Ramón y D^a Nuria compraron el semisótano segundo local NUM000 de la finca denominada «Conjunto Residencial DIRECCION000», sito en la ladera del Monte Igueldo, en San Sebastián. Dicha escritura pública fue inscrita en el Registro de la Propiedad el 16 de noviembre de 1987.

2) El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Donostia-San Sebastián incoó juicio ejecutivo 594 de 1991 a instancia de Banco Guipuzcoano, SA contra D. Ramón y D^a Nuria. En dicho juicio ejecutivo se produjeron las siguientes actuaciones judiciales:

a) El 9 de mayo de 1991 el Juzgado dictó providencia firme mandando que se practicase anotación preventiva de embargo sobre la referida finca en garantía del pago de 125.000.000 de pesetas de principal, más 20.000.000 de pesetas de intereses, costas y gastos. La inscripción en el Registro de la Propiedad de dicha anotación preventiva de embargo letra «A» se produjo el 8 de julio de 1991.

b) El 30 de noviembre de 1992 el Registro de la Propiedad expidió certificación de cargas de la finca referida, en virtud de mandamiento librado el 17 de noviembre de 1992 por el Juzgado.

c) El 3 de noviembre de 1992, tras ser valorada pericialmente en 6.500.000 pesetas, se acordó sacar a pública subasta la mencionada finca.

d) El 18 de enero de 1993, en la primera subasta, se ofreció por Euroestudios, SA 8.000.000 de pesetas con reserva de la facultad de ceder el remate a terceros, mostrando su conformidad.

e) El 31 de octubre de 1995 se canceló por caducidad la anotación preventiva de embargo letra «A».

f) El 9 de mayo de 1996 el Juzgado dictó auto mediante el que adjudicaba a Euroestudios, SA por el precio de 8.000.000 de pesetas la finca reseñada en el precedente apartado, cancelando y dejando sin efecto la anotación de embargo a favor de Banco Guipuzcoano, SA inscrita en el Registro de la Propiedad, así como todas aquellas anotaciones e inscripciones que hubieran podido causarse con posterioridad a la expedición de la certificación a que se refiere el ar-

título 1489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En ejecución de dicho auto expidió mandamiento de cancelación de cargas del mismo día. Dichos auto y mandamiento fueron presentados en el Registro de la Propiedad el 13 de septiembre de 1996 y fueron inscritos el 24 de septiembre de 1996, si bien se denegó la práctica de las referidas cancelaciones al haber caducado, conforme al artículo 86 de la Ley Hipotecaria, la anotación letra «A» en que se apoyaba la ejecución.

3) El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Donostia-San Sebastián incoó juicio ejecutivo 432 de 1992, a instancia de Banco Bilbao Vizcaya, SA contra D. Ramón y D^a Nuria. En dicho juicio ejecutivo se produjeron las siguientes actuaciones judiciales:

a) El 30 de junio de 1992 el Juzgado dictó providencia firme mandando que se practicase anotación preventiva de embargo sobre la referida finca en garantía del pago de 6.913.347 pesetas de principal, más 2.000.000 de pesetas de costas. La inscripción en el Registro de la Propiedad de dicha anotación preventiva de embargo se produjo el 29 de septiembre de 1992. Se prorrogó por el plazo de cuatro años en virtud de providencia firme de 22 de julio de 1996.

b) El 31 de octubre de 1995 el Registro de la Propiedad expidió certificación de cargas de la finca referida, en virtud de mandamiento librado el 13 de octubre de 1995 por el Juzgado. En esta certificación se hace constar que la titularidad dominical de la finca corresponde a D. Ramón y D^a Nuria con carácter ganancial y que la misma se halla gravada con las reglas de condominio que se relacionan en la inscripción 1^a y con un embargo anotación letra «B», con su seguida nota marginal a favor de Banco Bilbao Vizcaya, SA, sin que sobre la misma pesen más cargas o gravámenes.

c) El 10 de abril de 1996, tras ser valorada pericialmente en 5.000.000 de pesetas, se acordó sacar a pública subasta la mencionada finca para las fechas 17 de julio de 1996, 17 de septiembre de 1996 y 17 de octubre de 1996.

d) El 17 de octubre de 1996, en la tercera subasta, se ofreció por el representante de D^a Regina 2.500.000 pesetas con reserva de la facultad de ceder el remate a terceros, mostrando su conformidad.

e) El 5 de noviembre de 1996 el Juzgado dictó auto mediante el que adjudicaba a Regina por el precio de 2.500.000 pesetas la finca reseñada en el precedente apartado, cancelando y dejando sin efecto la anotación de embargo a favor de Banco Bilbao Vizcaya, SA inscrita en el Registro de la Propiedad, así como todas aquellas anotaciones e inscripciones que hubieran podido causarse con posterioridad a la expedición de la certificación a que se refiere el artículo 1489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En ejecución de dicho auto expidió mandamiento de cancelación de cargas el mismo día. Dichos auto y mandamiento fueron presentados en el Registro de la Propiedad el 26 de noviembre de 1996 y fueron inscritos el 16 de diciembre de 1996, procediéndose a la cancelación de todas las anotaciones e inscripciones posteriores a la expedición de la certificación a que se refiere el

artículo 1489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, asimismo, a la cancelación de la anotación preventiva de embargo letra «B».

SEGUNDO.—Euroestudios, SA solicitó en su demanda que se declarase que es propietaria plena y exclusiva del inmueble de referencia, con las consecuencias inherentes a tal pronunciamiento, sin carga de gravamen alguno.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda por estimar, en síntesis, que, aun cuando la doctrina tradicional se inclina por la prevalencia del adquirente anterior sobre la anotación preventiva de un embargo posterior, la doctrina actual y las últimas resoluciones de la Dirección General de los Registros parten de la equivalencia práctica de la anotación preventiva de embargo a la hipoteca en relación con los terceros adquirentes del inmueble, en virtud de los principios de legitimación, prioridad, fe pública e inoponibilidad de lo no inscrito frente al que inscriba de buena fe.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la actora por entender, sustancialmente, que, al haber caducado la anotación de embargo letra A, no nos encontramos ante un supuesto de doble inscripción registral de sendos autos de adjudicación judicial, sino ante un supuesto de nulidad de la inscripción de un auto de adjudicación como consecuencia de la inscripción posterior de otro auto de adjudicación que trae causa de una anotación de embargo inscrita que pesaba sobre el inmueble al que se refiere la adjudicación, cuyo titular goza de la protección registral que al tercero de buena fe otorga el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

TERCERO.—La parte recurrente, en un único motivo de casación, reprocha a la sentencia recurrida la infracción de los artículos 1473, 606 y 348 del Código Civil y 32 de la Ley Hipotecaria, en los cuales se sanciona el principio en virtud del cual los títulos de dominio no inscritos en el Registro de la Propiedad no perjudicarán a tercero y se atribuye la propiedad, en caso de doble venta, al adquirente que antes haya inscrito el inmueble en el Registro.

Funda su posición en que la inscripción de sendos autos de adjudicación en subasta judicial del mismo inmueble, uno en su favor y otro en favor de D^a Regina implica un supuesto de doble venta judicial que debe ser resuelta declarando la validez de la efectuada en su favor y la anulación de la contradictoria, tanto en virtud de criterios sustantivos, por cuanto la adquisición en favor del recurrente fue anterior y la única que se consumó mediante la entrega del inmueble del que se halla en posesión desde 1993, como en virtud de criterios registrales, por cuanto fue la primera que tuvo acceso al Registro de la Propiedad.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO.—El examen de los hechos aceptados como probados por el tribunal de instancia pone de manifiesto que la inscripción del auto de adjudicación del inmueble en favor de la demandada y recurrida D^a Regina, aun cuando fue posterior a la inscripción del auto de adjudicación en favor de la

recurrente, trae causa de una anotación preventiva de embargo, plenamente vigente, que se había practicado el 22 de septiembre de 1992 y, por ende, con anterioridad a producirse la traslación de dominio correspondiente a aquella adjudicación (incluso apreciando que ésta se produjo en la fecha de la subasta, celebrada el 18 de enero de 1993 o en el momento, en el mismo año, a partir de la cual dice estar en posesión del inmueble). En consecuencia, desde el punto de vista registral, no puede aceptarse la afirmación de la parte actora en la instancia en el sentido de que la adjudicación en su favor tuvo ingreso preferente en el Registro de la Propiedad, pues el principio de prioridad atribuye preferencia a la inscripción de la adjudicación en favor de la citada demandada, la cual remonta sus efectos al momento en que tuvo acceso al Registro la anotación preventiva letra B.

No cabe duda, una vez más desde el punto de vista estrictamente registral, de que la anotación preventiva de embargo, en tanto mantiene su vigencia, sujeta la titularidad de los bienes objeto de la misma al resultado del proceso en que se haya producido la traba, frente a las transmisiones o imposición de cargas y gravámenes que se hayan producido, como veremos, con posterioridad a la misma, provocando el cierre registral a las posteriores inscripciones de títulos incompatibles (la adjudicación a favor de la parte actora se inscribió a las resultas de la anotación de embargo letra B), pues así se infiere de los principios registrales de legitimación y prioridad y de razones de seguridad jurídica en el ámbito del juicio ejecutivo y del proceso de ejecución.

QUINTO.—Debe notarse que no se plantea propiamente, aunque la sentencia de primera instancia parte del examen de esta cuestión, la eficacia de la anotación preventiva de embargo respecto de los actos de disposición del inmueble trabado anteriores a su vigencia, puesto que, como se ha recalcado, la traslación de dominio en favor de la parte recurrente tuvo lugar con posterioridad a la anotación preventiva del embargo que sustenta la adjudicación verificada en favor de la parte demandada y a la cual dio prioridad el Registro.

Es cierto que la doctrina de esta Sala es unánime en el sentido de que la anotación de embargo no puede oponerse al que con anterioridad ha adquirido el objeto de la traba, aunque no haya inscrito su derecho, ya que la traba no puede recaer sobre bienes que no estén en el patrimonio del deudor, ni el acreedor embargante goza de la protección del art. 34 de la Ley Hipotecaria (sentencias de 14 de diciembre de 1968 [RJ 1968, 5859], 12 de junio de 1970 [RJ 1970, 2921], 31 de enero de 1978 [RJ 1978, 229], 19 de noviembre de 1992 [RJ 1992, 9243], 10 de mayo de 1994 [RJ 1994, 3896] y 14 de junio de 1996 [RJ 1996, 4772], entre otras, algunas de ellas invocadas por la actora en la primera instancia).

Como declara la primera de las expresadas sentencias,

«[...] el favorecido por la anotación, no goza, respecto a tales actos, de los beneficios protectores de la fe pública registral, que otorgan los arts. 32, 34 y 37

de la LH, y sólo se antepone en absoluto a los títulos otorgados con posterioridad a ella, pero sin que prevalezcan sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente aunque no están inscritos, ni atribuya por sí solo, rango preferente, al crédito objeto de la anotación respecto de los créditos o negocios obligacionales preferentes.

[...] en armonía con estos principios de nuestra legislación hipotecaria, esta Sala ha venido proclamando, con reiteración que la anotación preventiva de embargo no altera la situación jurídica existente respecto a créditos ya contraídos por el deudor embargado y, con mayor razón en cuanto a los actos dispositivos otorgados anteriormente por el mismo deudor, aunque no se hubiesen registrado, y sólo atribuye preferencia sobre las obligaciones contraídas a las enajenaciones otorgadas por el deudor con posterioridad a la fecha de la anotación, SS. de 7 marzo 1896, 28 enero 1903, 2 marzo 1910, 21 febrero 1912, 5 julio 1917, 31 octubre 1928 y 22 marzo 1943, diciéndose, en la de 29 noviembre 1962, que el embargo de bienes del deudor, sólo puede recaer "sobre los que éste realmente posea y que estén incorporados a su patrimonio en tal momento, hasta el punto de que si se solicita anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad, si se consigue, tal anotación no lesiona los derechos previamente adquiridos sobre la finca embargada, ni produce efectos contra terceros, cuyo derecho sea anterior a la anotación, pues ésta no prevalece sobre los actos dispositivos otorgados con anterioridad, aunque no estén inscritos, según los arts. 1923 del CC y 44 de la Ley Hipotecaria".

O, como dice la sentencia de 19 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9243), «en modo alguno tiene el titular del embargo la condición de tercero a los efectos del art. 34 de la Ley Hipotecaria, porque no ha adquirido en las condiciones por él definidas ningún derecho real sobre la cosa y, en consecuencia, si la cosa se demuestra que no pertenece al titular registral es posible, como en el caso de autos, que su propietario obtenga resolución judicial que le tenga por tal aun con base en documento privado, pues todo documento privado es apto para, en unión de las demás pruebas, desvirtuar la presunción de legitimación registral de que goza el titular inscrito».

No puede dejarse de poner de manifiesto que esta jurisprudencia no suscita pleno asentimiento doctrinal y puede plantear dificultades a la aplicación del artículo 175, regla 2ª, del Reglamento Hipotecario, modificado por la Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre (en cuanto, con el limitado rango que le es propio, extiende los efectos cancelatorios que derivan de la adjudicación a las inscripciones posteriores a la anotación de embargo aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores), según pone de manifiesto la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

No es menester, sin embargo, pronunciarse sobre este específico particular, puesto que basta con subrayar que, según la doctrina jurisprudencial expresada, la anotación preventiva de embargo produce una afeción de los terceros adquirentes o titulares de de-

rechos reales sobre el bien embargado, cuando sus títulos tengan fecha posterior a la anotación y que la inmunidad que se predica se refiere únicamente a los títulos de fecha anterior, aunque se inscriban con posterioridad a la anotación.

La prioridad registral de la anotación preventiva de embargo frente a la inscripción de un título de dominio de fecha posterior es proclamada, entre las más recientes, por la sentencia de 5 de octubre de 2005, la cual declara que «La demandante tercerista y recurrente en casación D^a [...] adquirió el derecho de propiedad sobre la mitad indivisa que le vendió el que fue su esposo D. [...] por compraventa otorgada en escritura pública, en fecha 17 de febrero de 1994, completada en 24 de octubre del mismo año, tras lo que accedió al Registro de la Propiedad; el embargo tuvo efecto en fecha 19 de enero de 1994 y la anotación preventiva es de 1 de marzo del mismo año. En consecuencia, dicha tercerista adquirió la propiedad de un bien ya embargado y tuvo entrada en el Registro de la Propiedad cuando ya constaba en el mismo tal embargo. No se da pues infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y se desestima el motivo séptimo».

SEXTO.—La posición de la parte recurrente únicamente tendría fundamento en el supuesto de que debiera prevalecer la realidad extrarregistral sobre la situación resultante del Registro.

Este efecto solamente podría producirse, en primer término, en el caso de que hubiera tenido lugar el acceso al Registro, dentro de ciertas condiciones, de dos asientos incompatibles sobre el mismo inmueble, único supuesto en el que puede hablarse de doble venta en sentido estricto desde el punto de vista registral, y en el que podría estar justificado, según la jurisprudencia, acudir a la realidad extrarregistral para averiguar cuál es el título de adquisición preferente en virtud, entre otros posibles criterios, de la prioridad en el tiempo de adquisición del inmueble en favor de uno u otro contendiente.

Éste no es, sin embargo, el supuesto contemplado en el proceso, en el que las dos adjudicaciones que han tenido acceso al Registro en absoluto son incompatibles, sino que la primera, efectuada en favor del recurrente, fue admitida con carácter subordinado a la eficacia de la anotación preventiva que la precedía y, en consecuencia, debe ceder su preferencia en favor de la adjudicación efectuada en el segundo juicio ejecutivo que trae causa de dicha anotación, anterior a la adjudicación que se hace valer por la parte recurrente y cuya prioridad sobre la misma es indudable. La adjudicación a favor de la recurrente no puede retrotraer sus efectos a la fecha de la anotación preventiva del embargo de que traía causa, puesto que, por imperativo legal, había caducado, como apreció el registrador al rechazar dicha retroacción de la segunda adjudicación por ser preferente (arts. 131 y 133 II RH), mientras que la prioridad de la segunda adjudicación debe fijarse en virtud de la anotación preventiva de embargo de la que traía causa, la cual ya estaba vigente cuando la primera adjudicación se produjo y cuando tuvo ingreso en el Registro.

SÉPTIMO.—No puede aceptarse la argumentación de la parte recurrente en cuanto pretende que su posición es inmune a los efectos de la caducidad de la anotación preventiva letra A, alegando que desconocía que ésta se había producido y que, en todo caso, por no ser parte en el proceso ejecutivo, no podía solicitar su prórroga, pues resulta evidente que la cancelación tiene lugar en un plazo predeterminado por la Ley (art. 86 LH), cuyo «dies ad quem» o final es susceptible de ser conocido por todos los intervinientes en el proceso de ejecución en virtud del carácter público del Registro y, por otra parte, la Ley Hipotecaria reconoce legitimación para solicitar la prórroga no a las partes en sentido estricto, sino a todos los interesados, entre los cuales no cabe duda de que figura el adjudicatario del bien inmueble en el juicio ejecutivo.

OCTAVO.—La segunda circunstancia que podría dar lugar a la prevalencia de la realidad extrarregistral sobre la situación derivada del Registro sería la decadencia de la protección en favor del tercero que establece el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (LH) en el caso de que éste no hubiese actuado de buena fe o constasen en el Registro las causas por las cuales se ve privado de su derecho. Sin embargo, esta Sala, por la vía forzosamente constreñida al examen de los preceptos invocados como infringidos en el motivo formulado, no puede entrar en el análisis de la posible falta de concurrencia de los requisitos establecidos en el referido precepto para otorgar la protección al tercero registral, pues el motivo formulado —a pesar de que la sentencia impugnada en apelación, al manifestar que no se trata de un supuesto de doble inscripción registral de un auto de adjudicación, considera implícitamente que no entra en juego el precepto específico en que el recurrente funda este motivo (el art. 1473 CC sobre los efectos de la doble venta, en relación con los demás que cita, que se refieren a la eficacia de los títulos no inscritos y a la adquisición del derecho de propiedad) y aplica la protección al tercero registral citando expresamente el artículo 34 LH como razón de su decisión, declarando que no se ha acreditado ni se ha intentado prueba sobre la mala fe de la segunda adjudicataria del inmueble D^a Regina— no ha invocado como infringido este precepto ni razonado sobre dicha infracción, impidiendo que pueda entrarse en el debate sobre la concurrencia o no de dichas circunstancias, pues otra cosa implicaría un exceso en el ejercicio de las potestades que confiere a esta Sala el recurso de casación y la quiebra de las garantías inherentes al principio de contradicción.

La sentencia impugnada, en suma, rechaza la existencia de una doble venta judicial con acceso al Registro, mediante razonamientos que guardan consonancia con la jurisprudencia aplicable al caso, y considera susceptible de ser otorgada a la recurrida, como adjudicataria cuyo título figuraba inscrito, la protección registral que brinda el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, fundándose en la inexistencia de mala fe, por lo que —resultando imposible a este tribunal el examen de la posible infracción de este precepto por indebida apreciación de las circunstancias cuya concurrencia es exigible para la protección del tercero re-

gistrar— no puede estimarse producida la vulneración de los preceptos legales que se le imputa.

NOVENO.—La desestimación íntegra del recurso de casación da lugar a la imposición de las costas la parte recurrente y a la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo que ordena el artículo 1715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en la redacción aplicable a este precepto por razones temporales.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

1º No ha lugar al recurso de casación interpuesto

por Euroestudios, SA, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Donostia-San Sebastián de 18 de marzo de 1999 en recurso de apelación 1455/1998, por la que se confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Donostia-San Sebastián de 18 de marzo de 1999 dictada en juicio de menor cuantía 814/1996, sobre desestimación de demanda sobre declaración de dominio y cancelación de inscripciones y anotaciones registrales a instancia de Euroestudios, SA contra D. Ramón (no comparecido), D^a Nuria, Banco Bilbao Vizcaya, SA y D^a Regina.

2º Se imponen a la parte recurrente las costas de este recurso y la pérdida del depósito constituido.

COMENTARIO

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO
- II. EL EMBARGO COMO AFECCIÓN REAL Y EL SIGNIFICADO DE SU ANOTACIÓN PREVENTIVA
- III. LOS EFECTOS DE LA CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO EN EL ÁMBITO REGISTRAL Y EN EL SUSTANTIVO
- IV. POSIBILIDAD, EN EL CASO QUE NOS OCUPA, DE UNA ADQUISICIÓN A *NON DOMINO* POR PARTE DEL SEGUNDO REMATANTE

I. PLANTEAMIENTO

La materia del embargo de inmuebles resulta en extremo interesante para el estudioso al presentarse en ella una confluencia de cuestiones civiles, registrales y procesales cuya adecuada coordinación no resulta siempre fácil, pero constituye un reto apasionante por la necesidad de coordinar todos los principios normativos que afectan al problema, llegando a una decisión final justa y coherente con el sistema, a pesar de que éste no esté formulado con todo el detalle que sería deseable.

Por otra parte, ese interés crece al advertirse que estamos ante materia en la que el casuismo es inagotable, y abre en cada supuesto horizontes inexplorados. La Sentencia que nos disponemos a comentar es un ejemplo de ello, pues, según nos parece, trata de un problema rigurosamente nuevo en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (solamente recordamos un caso bastante parecido, pero no absolutamente similar —porque en él no se trataba de una acción declarativa del dominio, sino de una tercería de dominio ejercitada por los adjudicatarios del segundo embargo, contra el primer embargo— que fue resuelto por la Sentencia de 16 de junio de 1998 [RJ 1998, 4898], comentada en esta misma *RdP* por ARANDA RODRÍGUEZ, «Embargo y reembolso: Naturaleza y efectos. Anotación preventiva en el Registro. Comentario a la Sentencia del TS de 16 junio 1998», núm. 2, pgs. 377 y ss.).

Precisamente por tratarse de un supuesto nuevo, resulta muy de agradecer que la Sentencia sea generosa en la reproducción de los hechos probados, ya que así se facilita enormemente entender bien la doctrina que mantiene, lo cual es independiente de que discrepemos de ella de forma radical como puede deducirse de cuanto ya hemos expuesto explícita o implícitamente en algunas obras anteriores sobre esta materia (una serie de Comentarios de Jurisprudencia en esta revista y, sobre todo, en nuestra monografía *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2005). No obstante, el hecho de que nos encontremos ante un supuesto muy original, así como la excentricidad de la doctrina sostenida por la Sentencia, que se sitúa claramente fuera de la dirección dominante, y, por último, el hecho de que se llegue a una solución que nos parece injusta, nos han impulsado a tomar de nuevo la pluma para manifestar, o más bien reiterar, nuestra opinión, de forma que nuestras palabras puedan servir de advertencia sobre los

aspectos criticables de la solución a la que se llega y de la argumentación que pretendidamente la apoya. No es, tampoco, de menor interés el hecho de que la Sentencia obligue a repasar todos los grandes temas jurídico-civiles que el embargo suscita.

Si tuviéramos que sintetizar de algún modo el significado de la doctrina mantenida por la Sentencia que ahora nos ocupa, nos veríamos en un cierto aprieto, porque tras los argumentos que aparecen en ella se pueden advertir construcciones teóricas algo diferentes. En primer lugar, no cabe duda de que asoma tras la Sentencia la minoritaria orientación doctrinal que pretende la asimilación del embargo a la hipoteca, también llamada tesis innovadora sobre el embargo y su anotación preventiva, doctrina propuesta por algunos autores desde hace unos veinte años (aunque con algún antecedente previo), y que se alza frente a la tesis clásica sostenida por la mayoría de la doctrina y que resulta acogida también por la Jurisprudencia. De todos modos, a nuestro juicio, esta tesis innovadora no resulta admitida explícitamente por la Sentencia comentada, aunque parece ser que sí lo había sido por la del Juzgado de Primera Instancia, a tenor de las noticias que sobre ella nos ofrecen los diferentes Fundamentos de Derecho de la Sentencia de casación. No obstante lo cual, de algún modo el Tribunal Supremo insinúa la posibilidad de que la doctrina clásica debiera ser revisada.

En segundo lugar, cabe ver en la Sentencia, una inspiración más o menos directa en algunos pronunciamientos doctrinales que sin compartir los postulados principales de la tesis innovadora sí que comparten cierta preocupación por los mismos temas. En este sentido, nos parece ver en los Fundamentos de Derecho, un cierto reflejo de las opiniones de SARMIENTO RAMOS (*En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, Madrid, 1993, pgs. 211 y ss.) y de REY PORTOLÉS («El tercer poseedor de bienes embargados: su posibilidad legal y no sólo real y sus facultades tras las reformas de la Ley de enjuiciamiento civil y del Reglamento hipotecario», en: *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Madrid, 1995, pgs. 511 y ss.), aunque ciertamente las afirmaciones de estos autores tampoco se pronuncian en el contexto en que la actual Sentencia lo ha de hacer, sino más bien en cuanto al problema de las enajenaciones no inscritas anteriores a la fecha del propio embargo. Cabe ver, no obstante, en la Sentencia un cierto reflejo de la tesis de SARMIENTO, en cuanto que para este autor la inscripción tardía de una transmisión preferente al embargo, de admitirse, «deberá extenderse con absoluta subordinación a las resultados del pleito que la anotación de embargo refleja, de modo que si éste culmina en el remate, su inscripción determinará inequívocamente la cancelación de aquélla» (op. cit., pgs. 233-234). Asimismo, para REY PORTOLÉS, tal titular preferente debe reaccionar oportunamente mediante la tercería de dominio si no quiere verse expulsado del folio en virtud de la cancelación propiciada por el art. 175.2 RH, expulsión que él propugna que será normalmente definitiva, en aplicación del principio de inoponibilidad, para sostener lo cual tiene que reducir a la delgadez más absoluta la exigencia de buena fe en el adquirente, como veremos posteriormente.

Ni qué decir tiene, que uno de los principales problemas que a nuestro juicio presentan estas otras «alternativas» doctrinales, y con ella la Sentencia que comentamos, es su falta de coherencia con la doctrina jurisprudencial «clásica» consolidada, e incluso con el significado y el auténtico ámbito del principio de inoponibilidad en nuestro Derecho registral. Ello lo pensamos pese a que la Sentencia, en su FD 5º, diga con razón que la doctrina jurisprudencial clásica se había pronunciado sobre casos diferentes al que ahora le ocupa. Es cierto, no se plantea propiamente, aunque la sentencia de primera instancia así lo hubiera considerado, la duda sobre la eficacia de la anotación preventiva de embargo respecto de los actos de disposición del inmueble trabado *anteriores* al mismo, puesto que, la transmisión del dominio en favor del recurrente tuvo lugar con posterioridad a la anotación preventiva del embargo que sustenta la adjudicación verificada en favor de la parte demandada. Pero eso es una cosa y otra que la solución propugnada deba estimarse correcta.

En efecto, en el FD 5º la Sentencia señala correctamente la novedad del supuesto que se plantea en el caso, que no puede ser reconducido a los grandes temas de la jurisprudencia anterior:

«debe notarse que no se plantea propiamente, aunque la sentencia de primera instancia parte del examen de esta cuestión, la eficacia de la anotación preventiva de embargo respecto de los actos de disposición del inmueble trabado anteriores a su vigencia, puesto que, como se ha recalcado, la traslación de dominio en favor de la parte recurrente tuvo lugar con posterioridad a la anotación preventiva del embargo que sustenta la adjudicación verificada en favor de la parte demandada y a la cual dio prioridad el Registro».

Y sobre este particular tiene que seguir recordando cuál es la jurisprudencia consolidada:

«es cierto que la doctrina de esta Sala es unánime en el sentido de que la anotación de embargo no puede oponerse al que con anterioridad ha adquirido el objeto de la traba, aunque no haya inscrito su derecho, ya que la traba no puede recaer sobre bienes que no estén en el patrimonio del deudor, ni el acreedor embargante goza de la protección del art. 34 de la Ley Hipotecaria».

Pero a pesar de ello, se añade que quizá esa jurisprudencia deba ser revisada a la luz de nuevas normas y de las críticas doctrinales a que se ha visto sometida:

«no puede dejarse de poner de manifiesto que esta jurisprudencia no suscita pleno asentimiento doctrinal y puede plantear dificultades a la aplicación del artículo 175, regla 2ª, del Reglamento Hipotecario, modificado por la Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre (en cuanto, con el limitado rango que le es propio, extiende los efectos cancelatorios que derivan de la adjudicación a las inscripciones posteriores a la anotación de embargo aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores), según pone de manifiesto la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia».

No obstante lo cual la Sentencia vuelve a señalar que considera innecesario revisar dicha doctrina, pues el supuesto al que se enfrenta es novedoso:

«No es menester, sin embargo, pronunciarse sobre este específico particular, puesto que basta con subrayar que, según la doctrina jurisprudencial expresada, la anotación preventiva de embargo produce una afectión de los terceros adquirentes o titulares de derechos reales sobre el bien embargado, cuando sus títulos tengan fecha posterior a la anotación y que la inmunidad que se predica se refiere únicamente a los títulos de fecha anterior, aunque se inscriban con posterioridad a la anotación».

Siendo todo esto cierto, en los términos en que lo plantea la Sentencia, no puede ocultarse que el criterio utilizado para resolver el supuesto no es fácil de armonizar con esa doctrina jurisprudencial mayoritaria, ni mucho menos con los principios normativos en los que esa doctrina se inspira y apoya que siguen vigentes tras la nueva LECiv/2000; es verdad que las enajenaciones del bien embargado posteriores al embargo quedan sujetas al mismo, pero eso, que es cierto para el caso en que se trate de una enajenación voluntaria, no tendría por qué serlo cuando el choque de titularidades se plantea entre los rematantes en dos embargos diferentes. En esta materia, la condición subordinada del segundo embargo respecto del primero evita, o debe evitar, que el adjudicatario en el primero deba quedar sujeto al segundo. La solución es otra: al ejecutante en el segundo embargo sólo se le garantiza la percepción del sobrante de la primera subasta o bien, si él ejecuta antes que el primer embargante, debe entenderse subsistente dicho primer embargo (cfr., hoy art. 610 LECiv, y normas concordantes que aceptan la solución propugnada por la doctrina en la anterior legislación; sobre la materia, vid. VEGAS TORRES, *El reembolso*, Madrid, 2004, esp. pgs. 46 y ss.; para el sistema anterior carecemos de referencias legales, pero ello no significó que se estimara imposible el reembolso, para cuyo régimen puede verse todavía la clásica exposición de CARRERAS, *El embargo*, Barcelona, 1957, pgs. 79 y ss.). Precisamente por ello nos parece muy inconveniente la solución dada al supuesto sobre todo si se tiene en cuenta que las pretendidas razones que la apoyan no son nada convincentes, tal como trataremos de explicar a lo largo de estas páginas. Ciertamente se evita el choque frontal con la doctrina preexistente, pero a costa de introducir un nuevo criterio que muestra escasa coherencia con ella.

Yendo al núcleo del supuesto problemático, diríamos que la sustancia final del caso se resuelve con base en dos consideraciones. La primera relativa al valor de la caducidad de una anotación preventiva de embargo; la segunda, la eficacia que pueda tener la cancelación de un asiento registral realizada por orden del juez ejecutor. Y, por sintetizar el supuesto de hecho para el que esos criterios deben dar respuesta, se trataría de resolver el litigio entre el adjudicatario en el remate fruto de un primer embargo, cuya adquisición se inscribió en el Registro de la Propiedad tras la caducidad de la anotación preventiva de dicho embargo, frente al adjudicatario en otro remate, consecuencia del reembolso, que pudo conocer antes de la subasta la existencia del remate anterior puesto que en ese momento ya había accedido esta adquisición al Registro. Este segundo embargo o reembolso estaba asimismo anotado preventivamente, antes del primer remate, y, a su vez, la segunda adjudicación pudo acceder al Registro de la Propiedad, a pesar de la inscripción de la primera, mediante la cancelación de esta primera adjudicación (por la vía del art. 175.2 RH vigente a partir de la reforma procesal de 1992).

Y consignando brevemente el criterio de solución del litigio en el que se muestran coincidentes todos los Tribunales que conocieron del caso, diremos que dicho criterio viene a cifrar la resolución del problema litigioso en dos hechos: primero, haber caducado la primera anotación

preventiva de embargo; segundo, el haber sido cancelado el asiento relativo a la primera adjudicación en virtud del mandamiento obtenido en la segunda. Entendemos que de estos fundamentales datos extrae la Sentencia el criterio de protección de la adquisición efectuada por el segundo rematante, en detrimento de la realizada por el primero de ellos. De lo que se trata es de ver si esa solución es correcta desde el punto de vista de nuestro sistema.

Para nosotros, adelantando sucintamente nuestro juicio, toda la argumentación conducente a esa solución se apoya en ideas sobre el embargo y su anotación preventiva que no pueden admitirse ni para la legislación vigente en el momento en que se produjo el litigio del caso, ni tampoco en el estado actual de nuestro ordenamiento, tras la entrada en vigor de la LECiv/2000. Ciertamente esas ideas pueden legítimamente defenderse por algunos, no ciertamente por nosotros, como más convenientes *de lege ferenda*, pero no son las que *de lege lata* cuentan con los mejores argumentos. Así, como paradigmas de estas ideas (incorrectas a nuestro juicio) sobre el sentido de nuestro sistema, podemos citar los argumentos del Juzgado de Primera Instancia, reproducidos en el FD 2º de la STS: «aun cuando la doctrina tradicional se inclina por la prevalencia del adquirente anterior sobre la anotación preventiva de un embargo posterior, la doctrina actual y las últimas resoluciones de la Dirección General de los Registros parten de la equivalencia práctica de la anotación preventiva de embargo a la hipoteca en relación con los terceros adquirentes del inmueble, en virtud de los principios de legitimación, prioridad, fe pública e inoponibilidad de lo no inscrito frente al que inscriba de buena fe»; pero, sin necesidad de llegar a tan extremas conclusiones, la Sentencia comentada llega también a conclusiones criticables.

Nuestra opinión coincide con la mayoritariamente aceptada, y derecha y resumidamente manifestada es que la anotación preventiva de embargo en nuestro sistema no se hace acreedora de los efectos benéficos de los principios hipotecarios mencionados, pues su única virtualidad es la de impedir el juego de la fe pública registral del adquirente posterior al mismo. Por tanto, ni el principio de legitimación, ni el de fe pública ni el de inoponibilidad pueden jugar en beneficio del anotante de embargo ni como juegan en la hipoteca ni en ninguna otra forma. En cuanto al principio de prioridad habría que matizar algo más las cosas, lo que dejaremos para después, pero baste aquí decir que la prioridad que la anotación preventiva puede ganar para el embargo es la simplemente libraria, pero no la prioridad con efectos sustantivos que se termina traduciendo en la inoponibilidad de lo inscribible y no inscrito. Principio de prioridad, pues, sin eficacia sustantiva sino simplemente adjetiva, lo que impide que la cancelación, obtenida en la segunda adjudicación, de la inscripción de la titularidad obtenida en la primera pueda alcanzar para el segundo rematante la condición de tercero protegido.

El hecho de que reduzcamos el objeto de nuestro interés a las cuestiones anteriormente consignadas obedece a nuestro convencimiento de que en ellas se cifra la verdadera sustancia del caso. Dejamos por ello de lado otros problemas también interesantes pero que se plantean en la Sentencia más incidentalmente: de estas cuestiones que dejamos al margen destaca la interpretación del art. 86 LH, efectuada por la Sentencia, y todas las cuestiones que suscita, en general este precepto. Para la Sentencia (FD 7º):

«No puede aceptarse la argumentación de la parte recurrente en cuanto pretende que su posición es inmune a los efectos de la caducidad de la anotación preventiva letra A, alegando que desconocía que ésta se había producido y que, en todo caso, por no ser parte en el proceso ejecutivo, no podía solicitar su prórroga, pues resulta evidente que la cancelación tiene lugar en un plazo predeterminado por la Ley (art. 86 LH), cuyo dies ad quem o final es susceptible de ser conocido por todos los intervinientes en el proceso de ejecución en virtud del carácter público del Registro y, por otra parte, la Ley Hipotecaria reconoce legitimación para solicitar la prórroga no a las partes en sentido estricto, sino a todos los interesados, entre los cuales no cabe duda de que figura el adjudicatario del bien inmueble en el juicio ejecutivo».

A nuestro juicio, efectivamente es correcto lo que dice la Sentencia en el sentido de que la prórroga de la anotación preventiva puede ser instada por cualquier interesado, y no debe serlo necesariamente por el ejecutante; lo cual no quita que en el supuesto práctico enjuiciado sería bastante absurdo imponer al rematante la carga de solicitar la prórroga de una anotación preventiva de embargo cuando se había llegado al remate, pago y entrada en posesión del bien objeto del embargo, con mucha antelación a la caducidad de la anotación preventiva (la subasta y el remate se realizaron el día 18 de enero de 1993, la caducidad de la anotación preventiva no se produjo hasta el 31 de octubre de 1995). En realidad si la inscripción de la adjudicación no se produjo antes de la caducidad de la anotación preventiva fue porque hasta el 9 de mayo de 1996

el Juzgado no dictó el auto de adjudicación a favor del rematante. Es fácil suponer que la respuesta del ejecutor ante una petición de prórroga de la anotación preventiva a partir de la subasta hubiera sido negativa, por lo que la tesis de la Sentencia abocaba al primer adjudicatario a un callejón sin salida: ni podía inscribir en tanto no se aprobara el auto de adjudicación, ni podía solicitar la prórroga de una anotación de un embargo ya extinguido. Apoye esta última consideración todo lo que más adelante se dirá sobre la que hubiera sido, a nuestro juicio, la solución correcta del supuesto.

Finalmente, queremos dejar constancia de algunos datos y coincidencias que nos han resultado llamativos en el análisis de los hechos probados del supuesto que estamos analizando. En primer lugar, debemos destacar que ambos procedimientos ejecutivos se realizaron ante el mismo órgano jurisdiccional. En segundo lugar, llama la atención el lapso de tiempo tan largo que separó la primera subasta y el auto de adjudicación, tal como acabamos de ver. En tercer lugar, resulta sorprendente la coincidencia de fechas que se produce entre la caducidad de la primera anotación de embargo y la certificación de cargas emitida por el Registro para el segundo procedimiento de apremio.

II. EL EMBARGO COMO AFECCIÓN REAL Y EL SIGNIFICADO DE SU ANOTACIÓN PREVENTIVA

Es bien sabido que, de acuerdo con la orientación doctrinal más moderna y extendida (que se ha plasmado finalmente en el art. 587 LECiv/2000, actualmente vigente), el embargo existe desde que se decreta por la autoridad judicial competente, y, por consiguiente, desde ese momento afecta de forma real los bienes embargados a las resultas del proceso de ejecución. Por eso la publicación registral del embargo mediante su anotación preventiva es una medida que sólo tiene alcance publicitario; practicándola se evita la posible aparición de terceros adquirentes que, ignorantes de la existencia de la ejecución sin tacha de culpa, puedan llegar a contar con la plenitud de la protección registral, por la vía del art. 34 LH, de manera que quedara frustrado el resultado pretendido por el ejecutante al iniciar el procedimiento de ejecución forzosa. Ciertamente estas afirmaciones, que son indudables a la vista del precepto procesal actualmente vigente citado más arriba, también resultaban admitidas por la doctrina y la jurisprudencia dominante bajo la normativa procesal anterior, que es la que resultaba de aplicación al supuesto litigioso objeto de nuestro comentario. Si se sostuviera que la anotación preventiva debe producir algún otro efecto, como deduce la Sentencia objeto de nuestra atención, sería necesario realizar una argumentación detenida que ni la Sentencia ofrece, ni tampoco nuestra legislación, la anterior y la actual, permite fácilmente fundamentar.

A las consideraciones anteriores resultaría necesario añadir que existe una importante peculiaridad de la anotación preventiva respecto al asiento de inscripción que resulta decisiva para la resolución del presente caso: radica esta conocida particularidad en que la anotación preventiva tiene una vigencia limitada en el tiempo, por lo que transcurrido el plazo legalmente previsto para su caducidad sin que se haya efectuado la prórroga de dicho asiento, los efectos que el asiento está llamado a producir decaen. Ahora bien, esa decadencia de efectos debe quedar referida a los auténticos efectos que la anotación está llamada a producir, pues si se pensara que tiene otras consecuencias, ello debería fundamentarse en algún criterio sólidamente argumentado.

En cualquier caso, por el motivo acabado de alegar, o bien el ejecutante solicita la prórroga de la anotación preventiva que publicara la existencia de un embargo todavía pendiente (no es el problema en nuestro supuesto, puesto que en él el embargo terminó con la adjudicación del bien más de dos años antes de caducar la anotación preventiva), o, como resulta más procedente en nuestro caso, debe el eventual adjudicatario de la finca en el remate apresurarse a inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad, para hacerlo antes de que la anotación preventiva caduque. Si no se hiciera así, en ambos casos podría surgir eventualmente un adquirente protegido: *protegido* frente al embargo cuya anotación caducó, o, como podría haber sucedido en el supuesto que comentamos, frente a la adquisición del adjudicatario en la subasta. Cuando la inscripción de este adjudicatario se demora en el tiempo y caduca la anotación preventiva, queda la finca, desde el punto de vista de la publicidad del Registro, libre de cargas, con el peligro que ello supone de aparición de terceros adquirentes protegidos por el Registro.

De hecho en el caso que comentamos se produjo un retraso considerable en la inscripción de la adjudicación al primer rematante que permitió que caducara la anotación preventiva sin que todavía figurara en el Registro la adquisición realizada por éste años antes. La particularidad del supuesto es que dicho retraso en la inscripción, inscripción que –finalmente– se produce sin más incidencias, no procede siquiera del actuar ligero o negligente del rematante, sino de un injustificable retraso, por parte del órgano judicial ejecutor, en la aprobación del auto de adjudicación, aprobación que no realiza hasta mucho tiempo después de la caducidad de la anotación preventiva, impidiendo así que el rematante inscribiera bajo la vigencia de ésta. Y, asimismo sucede en nuestro caso que en el tiempo que va desde la caducidad de la anotación preventiva hasta la inscripción por el rematante, se emite una certificación de cargas del inmueble a petición del ejecutor en el segundo procedimiento de embargo. Aquí quedarían las cosas, si no fuera porque ese segundo procedimiento de ejecución también termina con el remate de la misma finca y no sólo con la inscripción de esa adjudicación, sino también con la cancelación de la inscripción causada por la primera adjudicación.

Por otra parte, se debe tener en cuenta, por lo que pueda servir para iluminar la solución del caso, que el simple retraso en inscribir no perjudica de suyo al adquirente que es remiso en realizar esa inscripción; sino que para que ese perjuicio se produzca es necesario que un tercero realice una adquisición confiando en lo que el Registro publica y que, a su vez, este nuevo adquirente se adelante al primero en su inscripción. Pero en el supuesto de la Sentencia que comentamos realmente el adquirente en el segundo procedimiento de ejecución (el demandado en el procedimiento que conduce a la Sentencia comentada) no se adelantó al primer rematante, por lo que dicho segundo adquirente no sólo pudo conocer la existencia de un embargo anterior, que causó a su vez una anotación preventiva practicada antes que la del reembargo de la que trae causa su propia adjudicación en remate, sino que también conoció la subsistencia posterior del embargo e, incluso, cuando se celebró la subasta en la que adquirió, ya figuraba en el Registro la titularidad contradictoria del demandante (cosa que, por tanto, también pudo conocer aunque no constara en la certificación de cargas aportada al procedimiento de apremio).

También es conclusión segura, aunque ciertamente no sea de aplicación a nuestro supuesto, que, si se produce la adquisición del bien embargado con posterioridad a la fecha del embargo, dicho adquirente debe soportar la carga sobre el inmueble que representa el embargo; salvo, claro está, que pueda quedar liberado de dicha carga si le fueran de aplicación las normas de protección de los terceros (cfr. art. 34 LH). Por tanto será de todo punto imposible la protección registral del adquirente de un bien embargado cuando su negocio adquisitivo se produjo vigente ya la anotación preventiva o cuando la inscripción de dicha adquisición fue realizada cuando constaba en el Registro la anotación del embargo: justamente éste es el sentido de la práctica de la anotación preventiva.

El problema sobre el que nuestra atención se debe centrar no se puede resolver con la anterior consideración, que sólo sería aplicable si hubiera aparecido un adquirente en un negocio voluntario otorgado por el titular registral: entonces sería evidente la pertinencia de los anteriores principios que impondrían al adquirente estar y pasar por los efectos de ambos embargos. En cambio nuestro problema radica en la relación que existe entre el primer y el segundo embargo; es decir, lo que deba suceder con el segundo embargo (reembargo) cuando, habiendo nacido supeditado al primero por la existencia de la anotación preventiva del mismo, dicha primera anotación caduque con posterioridad a la práctica de la anotación del segundo embargo, pero después de la adjudicación al rematante del primer embargo. La cuestión es, pues, la relativa a los efectos de la caducidad de la anotación de embargo.

A nuestro juicio, para responder a lo anterior, debería ser aceptado sin discusión que el reembargante, cuyo derecho nació supeditado al primer embargo, no podría ver mejorada su posición, quedando inmune frente a dicho primer embargo, por el solo hecho de la caducidad de la anotación preventiva que garantizaba dicho primer embargo. En este sentido, pues, no podría mejorar de rango por el simple hecho de la caducidad de la primera anotación preventiva ya que, en buena lógica, si la anotación preventiva no tiene efectos sustantivos, tampoco los podrá tener su caducidad. Lo que sí podría suceder es que el segundo embargo motivara una adjudicación posterior a la caducidad, y entonces el adjudicatario quedara protegido frente a los resultados del primer embargo si reúne los requisitos precisos para ello (cfr. art. 34 LH): justamente eso es lo que es

preciso analizar si se plantea o no en el supuesto de la Sentencia que comentamos para analizar con detalle si la segunda adquisición debe quedar protegida frente al titular anterior.

Precisamente, repetimos, el problema debatido en la Sentencia, a nuestro juicio, depende de forma directa y en buena parte de la solución que se dé a la duda teórica planteada por los efectos sustantivos y procesales que pueda producir la caducidad de una anotación preventiva de embargo. A la explicación de cuáles sean esos efectos en nuestro sistema se dedica el apartado siguiente.

En cualquier caso para la Sentencia comentada, la prioridad registral ganada por la anotación y perdida por la caducidad, sería la determinante de la solución que procede dar al caso, y sin que para la Sentencia deba argumentarse más o quepa siquiera cuestionarse esa solución: «*No cabe duda, una vez más desde el punto de vista estrictamente registral, de que la anotación preventiva de embargo, en tanto mantiene su vigencia, sujeta la titularidad de los bienes objeto de la misma al resultado del proceso en que se haya producido la traba, frente a las transmisiones o imposición de cargas y gravámenes que se hayan producido, como veremos, con posterioridad a la misma, provocando el cierre registral a las posteriores inscripciones de títulos incompatibles (la adjudicación a favor de la parte actora se inscribió a las resultas de la anotación de embargo letra B), pues así se infiere de los principios registrales de legitimación y prioridad y de razones de seguridad jurídica en el ámbito del juicio ejecutivo y del proceso de ejecución*» (FD 4º, los subrayados son nuestros).

No creemos que las cosas sucedan en nuestro sistema como sostiene la Sentencia. No sólo porque la anotación preventiva no produzca cierre registral de ningún tipo como errónea e innecesariamente se afirma en el texto acabado de citar, sino también porque la anotación preventiva no es la que provoca la sujeción de los bienes al proceso, sino que ese papel lo asume el embargo, como hemos explicado en este apartado y admite la doctrina generalizada. Por tanto, si esto es así, y no creemos que la Sentencia lo quiera cuestionar, por simple coherencia es insostenible que la caducidad de la anotación preventiva deba comportar efectos sustantivos; quedaría por ver, pues, si la afirmación de la Sentencia puede quedar salvada por su referencia a que sólo se refiere al «punto de vista estrictamente registral», pero ello lo tendremos que dejar para el último apartado de este comentario.

III. LOS EFECTOS DE LA CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO EN EL ÁMBITO REGISTRAL Y EN EL SUSTANTIVO

La cancelación de un asiento constituye una presunción de que el derecho publicado se ha extinguido (art. 97 LH); pudiera pensarse, pues, que la cancelación de una anotación preventiva por caducidad de la misma supone asimismo el cese de los efectos del embargo. A nuestro juicio la conclusión sería equivocada o acertada según qué se quiera significar con la locución *cese de los efectos del embargo*, aunque, desde luego, en sentido absoluto y literal esta expresión no es correcta.

En primer lugar: si se admite, como se suele admitir mayoritariamente, que el nacimiento del embargo no depende de la práctica de la anotación preventiva; difícilmente se puede sostener con coherencia que la vida o subsistencia del embargo sí depende de la vigencia de la misma.

Ahora bien, en segundo lugar, no cabe duda de que la cancelación de un asiento sí que produce una presunción de extinción del derecho o situación jurídica a la que el asiento se refiere. ¿Cuál es el ámbito y cuáles son los efectos de dicha presunción y cómo nos afecta esa presunción en nuestro caso? A nuestro juicio resulta claro, y probablemente nadie lo discuta, que dicha presunción de extinción no puede beneficiar ni perjudicar definitivamente a los que son parte interesada en lo publicado en el asiento cancelado, pues el juego que se da a la presunción del art. 97 LH en la doctrina unánime se mueve dentro del ámbito propio del principio de legitimación registral, que admite prueba en contrario (es decir, permite que en la práctica se mantengan los efectos del derecho publicado por el asiento cancelado, salvo que aparezca un tercero protegido). Nos parece obvio, por ello, que el deudor embargado no podría pretender liberarse del embargo por el simple hecho de que su anotación haya sido cancelada por caducidad.

Pero el problema que ahora más nos afecta no es tan simple de resolver: la duda radica en responder a la pregunta de qué supone la caducidad de la anotación preventiva no para el deudor, sino para los posibles titulares de algún derecho real sobre la cosa que haya sido adquirido con-

tando ya con la existencia del gravamen representado por el embargo. A nuestro juicio, la solución también se debe imponer con evidencia: produciéndose la adquisición de un inmueble gravado por el embargo, y faltando aquí *ab origine* una adquisición liberatoria por parte del adquirente, éste debe estar a las resultas del mismo porque adquirió contando o pudiendo contar con su existencia.

A este supuesto cabe añadir también el caso representado por el reembargo o segundo embargo de una cosa ya embargada; a nuestro juicio el problema del valor de ese reembargo en el supuesto de que la primera anotación preventiva caduque deberá resolverse similarmente al problema anterior, por identidad de razón (hoy, además, contaríamos con el argumento del art. 610.1 LECiv en el que parece claro que el reembargo nace supeditado en su contenido al embargo anterior). En este sentido, pues, discrepamos *a radice* de la tesis de la Sentencia comentada para la cual la caducidad de la anotación preventiva del primer embargo hace ganar prioridad al segundo de ellos. Y discrepamos, porque esa afirmación no puede alegar a su favor ningún argumento normativo, y porque no es coherente con los principios que gobiernan nuestro sistema registral de protección, como acabamos de comprobar comparando este supuesto con lo que sucede en el caso de las adquisiciones de derechos reales sobre inmuebles ya embargados. No parece, pues, sensato hacer de mejor condición al embargo que a otro derecho real.

A nuestro juicio, únicamente podría beneficiar la cancelación de la anotación preventiva por caducidad al adquirente de la cosa cuya adquisición sea de fecha posterior a la misma cancelación, y siempre que dicho adquirente reúna los demás requisitos de protección de los terceros hipotecarios. Frente a este adquirente protegido, la caducidad del asiento de anotación preventiva hace que el bien aparezca libre de cargas por lo que frente a él puede presumirse la extinción del embargo, de manera que el Registro puede propiciar una adquisición de la cosa sin dicho gravamen, siempre que, además, ese tercero cuente con todos los demás requisitos de protección que se exigen por la LH, en particular la buena fe. Éste es el único ámbito en el que cabe decir que un embargo válidamente trabado *cesa en sus efectos* a causa de la caducidad de su anotación preventiva, aunque es obvio que la simple caducidad no es la que obra ese cese de efectos.

Ciertamente la Sentencia comentada sostiene una tesis diametralmente opuesta, porque para ella la caducidad de la primera anotación preventiva obra de forma automática el milagro de hacer preferente al segundo embargo, liberando los bienes, frente a ese segundo embargo, de los efectos de la traba anterior. Así hay que deducirlo no sólo de la solución a la que llega, sino de afirmaciones muy repetidas en sus Fundamentos de Derecho; seleccionamos, como ejemplo, las siguientes palabras del FD 4º:

«No cabe duda, una vez más desde el punto de vista estrictamente registral, de que la anotación preventiva de embargo, en tanto mantiene su vigencia, sujeta la titularidad de los bienes objeto de la misma al resultado del proceso en que se haya producido la traba, frente a las transmisiones o imposición de cargas y gravámenes que se hayan producido, como veremos, con posterioridad a la misma (...) pues así se infiere de los principios registrales de legitimación y prioridad y de razones de seguridad jurídica en el ámbito del juicio ejecutivo y del proceso de ejecución».

Quizá la tesis de la Sentencia hubiera podido invocar a su favor, aunque no lo hace directamente, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el valor de la caducidad de la anotación preventiva; si bien, a nuestro juicio no procedería en absoluto esa invocación. En efecto, en el ámbito de la llevanza del Registro se ha planteado con frecuencia cuál debe ser el criterio de solución aplicable a dos problemas que tienen relación con los efectos de la caducidad de la anotación preventiva: el primero si es posible inscribir en el Registro, una vez producida esa caducidad, la adjudicación del bien embargado si se da el caso de que el deudor embargado ya no es el titular registral del bien porque se ha producido una enajenación posterior al embargo; el segundo problema si, en esa misma hipótesis, es posible cancelar los asientos registrales que sean posteriores a la anotación preventiva caducada mediante el mandamiento del propio Juez que conoce de la ejecución.

Es obvia la respuesta positiva para ambas cuestiones si la adjudicación pretende acceder al Registro mientras sigue vigente la anotación preventiva del embargo; la duda se produce en el caso de la caducidad de la misma. La respuesta de la Dirección General, eso supuesto, viene siendo negativa para ambas preguntas, pues según una doctrina consolidada, la caducidad del asiento de anotación comporta una mejora del rango registral de todos los asientos posteriores al mismo. Ahora bien, aun aceptando, como aceptamos, que ésta sea la solución correcta desde el punto de

vista del funcionamiento práctico del Registro, ¿debe tener la doctrina examinada alguna influencia en los aspectos «sustantivos» del embargo, o, mejor dicho, debe tener la caducidad de su anotación preventiva algún tipo de eficacia en ese ámbito sustantivo, ajeno a la pura mecánica registral? Es decir, el hecho de que no se pueda inscribir en el Registro la adjudicación solicitada o el de que no se puedan cancelar determinados derechos, ¿implica que la adjudicación no ha conducido a la válida adquisición de la propiedad del bien objeto de la misma, o que dicha propiedad se encuentra sometida al gravamen de los derechos cuya cancelación se denegó?

A nuestro juicio, como ya hemos explicado en otras obras, y se deduce también de algunas ideas expuestas en este comentario, la doctrina de la Dirección General no comporta, ni quiere comportar, ninguna consecuencia en lo puramente sustantivo pues la negativa a realizar la operación registral que en estos casos se solicita no prejuzga la solución que los conflictos debían merecer desde el punto de vista sustantivo. Está claro que una cosa es que la adjudicación hecha en el proceso de ejecución pueda o no acceder automáticamente al Registro, y otra, qué interés vaya a quedar protegido en la hipótesis en que se suscite la contienda judicial entre los varios adquirentes de la misma cosa.

Hemos llegado, pues al punto verdaderamente central: si la caducidad de la anotación preventiva de embargo implica que los derechos reales sobre la cosa que se constituyeron teniendo en cuenta la existencia del embargo se van a ver libres de él por el solo hecho de la cancelación del asiento por caducidad. En el caso concreto del que nos ocupamos, en realidad no se producía inicialmente un conflicto entre adquirentes de diversos derechos reales, sino entre los sucesivos embargos. La primera duda que hay que resolver, pues, se situaría en el punto relativo a si desde el punto de vista procesal y sustantivo el reembolso mejora de posición si la anotación preventiva del primer embargo caduca. No nos lo parece, pues ello exigiría dar la vuelta a toda la teoría del embargo comúnmente admitida, que, no se olvide, no obedece a las simples elucubraciones teóricas de los autores, sino al intento de sistematizar los efectos sustantivos que el embargo tiene reconocidos legalmente.

Si se sostiene, con sólidos fundamentos, que la eficacia del embargo nace desde que es decretado judicialmente, sería contradictorio ahora hacer depender sus efectos de la vigencia o no del asiento de anotación preventiva, que, como dijimos antes sólo tiene por fin impedir el juego normal de la fe pública registral, en lo que pudiera afectar a la eficacia del embargo frente a terceros.

El problema de los posibles efectos de la caducidad de la anotación preventiva, por tanto, sólo se va a poder producir cuando se añada a ella la fe pública registral; por tanto la simple caducidad de la anotación preventiva no produce por sí efectos sustantivos, pero puede permitir de nuevo el juego de este principio cuya exclusión se había producido a partir de la práctica de la anotación y, entonces, propiciar la adquisición de un tercero con efectos liberatorios para éste del embargo trabado; pero eso ya sería otra cuestión que, ciertamente, es necesario examinar en el supuesto que nos ocupa, pero que debemos dejar para un apartado posterior.

Ahora lo que interesa poner de manifiesto es que frente a todo lo dicho, para la Sentencia comentada la caducidad de la anotación preventiva asume el peso determinante de la resolución del litigio, pues se acepta en su argumentación, sin siquiera pretender argumentarlo, el juego automático de una prioridad ganada por la referida caducidad. Así se manifiesta en el 4º FD:

«El examen de los hechos aceptados como probados por el tribunal de instancia pone de manifiesto que la inscripción del auto de adjudicación del inmueble en favor de la demandada y recurrida Dª Regina, aun cuando fue posterior a la inscripción del auto de adjudicación en favor de la recurrente, trae causa de una anotación preventiva de embargo, plenamente vigente, que se había practicado el 22 de septiembre de 1992 y, por ende, con anterioridad a producirse la traslación de dominio correspondiente a aquella adjudicación (incluso apreciando que ésta se produjo en la fecha de la subasta, celebrada el 18 de enero de 1993 o en el momento, en el mismo año, a partir de la cual dice estar en posesión del inmueble). En consecuencia, desde el punto de vista registral, no puede aceptarse la afirmación de la parte actora en la instancia en el sentido de que la adjudicación en su favor tuvo ingreso preferente en el Registro de la Propiedad, pues el principio de prioridad atribuye preferencia a la inscripción de la adjudicación en favor de la citada demandada, la cual remonta sus efectos al momento en que tuvo acceso al Registro la anotación preventiva letra B».

Para nosotros semejante juego de la prioridad no sólo no tiene fundamento alguno en nuestro Derecho sino que contradice en su resultado práctico otras muchas normas y principios de nuestro

sistema por lo que claramente constituye una interpretación que debe rechazarse en aras de la coherencia en la interpretación normativa.

IV. POSIBILIDAD, EN EL CASO QUE NOS OCUPA, DE UNA ADQUISICIÓN A *NON DOMINO* POR PARTE DEL SEGUNDO REMATANTE

En el supuesto de hecho que nos ocupa el problema que debemos resolver se ubica en la correcta aplicación del art. 34 LH, puesto que ambos embargos llegaron a la adjudicación a dos diversos rematantes, y en consecuencia se producía un conflicto entre los dos diferentes adquirentes; uno de ellos traía causa de un procedimiento de embargo en el que había caducado la anotación, y el otro adquirente había adquirido en el procedimiento de ejecución que había nacido subordinado al primer embargo (por tratarse de reembolso). El primer adquirente alegaba ser el primero en el título, la posesión y la inscripción, mientras que el segundo alegaba su preferencia basándose en que en virtud de la caducidad de la primera anotación preventiva de embargo, previa a la inscripción de la primera adjudicación, el segundo embargo había ganado prioridad y, por consiguiente, la primera adquisición debía quedar supeditada a la suya.

Para la Sentencia aunque la inscripción del auto de adjudicación del inmueble en favor de la demandada fuese posterior a la inscripción del auto de adjudicación en favor de la recurrente, la segunda adjudicación desde el punto de vista temporal trae causa de una anotación preventiva de embargo, plenamente vigente, que se había practicado antes de la primera adquisición, por lo que el principio de prioridad le atribuiría preferencia. No se planteaba, pues un problema de falta de eficacia de la anotación preventiva de embargo respecto de los actos de disposición del inmueble anteriores a la traba, puesto que la parte recurrente adquirió con posterioridad a la anotación preventiva del reembolso, y, por tanto, no es de aplicación la doctrina jurisprudencial relativa a ese supuesto. En cambio se trataría de un caso de adquisición, en virtud de remate, de un bien ya embargado (por el reembolso), por lo que, al decir de la Sentencia, a las resultas del reembolso debe estar el primer rematante.

Es decir, que para la Sentencia:

«las dos adjudicaciones que han tenido acceso al Registro en absoluto son incompatibles, sino que la primera, efectuada en favor del recurrente, fue admitida con carácter subordinado a la eficacia de la anotación preventiva que la precedía y, en consecuencia, debe ceder su preferencia en favor de la adjudicación efectuada en el segundo juicio ejecutivo que trae causa de dicha anotación, anterior a la adjudicación que se hace valer por la parte recurrente y cuya prioridad sobre la misma es indudable. La adjudicación a favor de la recurrente no puede retrotraer sus efectos a la fecha de la anotación preventiva del embargo de que traía causa, puesto que, por imperativo legal, había caducado, como apreció el registrador al rechazar dicha retroacción de la segunda adjudicación por ser preferente (arts. 131 y 133 II RH), mientras que la prioridad de la segunda adjudicación debe fijarse en virtud de la anotación preventiva de embargo de la que traía causa, la cual ya estaba vigente cuando la primera adjudicación se produjo y cuando tuvo ingreso en el Registro» (FD 6^º).

Ya dijimos en su momento que la explicación nos recordaba la postura de SARMIENTO RAMOS (*En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, Madrid, 1993, pgs. 211 y ss.) sobre las enajenaciones no inscritas anteriores a la fecha del propio embargo. Para este autor la inscripción tardía de una transmisión preferente al embargo, de admitirse, cosa que él rechaza, «deberá extenderse con absoluta subordinación a las resultas del pleito que la anotación de embargo refleja, de modo que si éste culmina en el remate, su inscripción determinará inequívocamente la cancelación de aquella» (op. cit., pgs. 233-234). Añadiendo, incluso, que «para que no quedase ninguna duda de esta supeditación, el Registrador, de oficio, habría de hacer constar en el propio asiento que refleje esa enajenación anterior a la traba ya anotada, tal supeditación a las resultas del pleito en que se decretó el embargo. Igual advertencia habría de recogerse en la nota al pie del propio título inscrito, a fin de evitar incómodas sorpresas a quien confiado en la inscripción de su derecho, se creyere al abrigo de ese embargo» (op. cit., pg. 234).

En realidad la tesis de la Sentencia nos parece insostenible; para nosotros no es la primera adjudicación la que debe considerarse subordinada a la segunda porque dicha primera adjudicación trae causa de un primer embargo (es decir, embargo anterior en el tiempo, y, por si hubiera dudas, anotado antes que el segundo embargo), y la segunda adjudicación trae causa de un reembolso del mismo bien (es decir, embargo posterior en el tiempo y anotado también con posteriori-

dad al primero). Lo correcto sería decir otra cosa: en el caso litigioso es el reembolso el que estaba supeditado a los efectos del primer embargo, como muy claramente dispone hoy el art. 610.1 LECiv, por lo que el reembargante debía conformarse con obtener el remanente obtenido en la primera subasta en caso de que lo hubiera. De hecho que esto es lo que debe suceder en buena lógica se demuestra por el hecho de que la primera adjudicación obtuviera también el mandamiento de cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores, aunque dicha cancelación no se lograra en relación con el reembolso en razón de haber caducado la anotación preventiva del primer embargo. Se había producido así la llamada mejora registral de rango, mejora que ya dijimos que no tiene en nuestro sistema otras consecuencias que las simplemente librarias o de llevanza del Registro. Es, por ello, este simple hecho el que impidió que el natural curso de las cosas acabara con la cancelación del segundo embargo, lo que hubiera impedido también la inscripción de la segunda adjudicación. Nada más lejos, pues, de la realidad que decir que la adjudicación en el primer remate nació supeditada al reembolso.

De hecho la afirmación de que la primera adquisición nace supeditada al segundo embargo quizá no sea expresión auténtica del pensamiento de la Sentencia, sino un exceso verbal. Así lo sostenemos porque si se tratara de algo que en realidad piensa la Sentencia no se entendería bien que considere que en el caso hay un problema relativo a la aplicación del art. 34 LH a favor del adquirente en la segunda subasta. Efectivamente: si este artículo resulta de aplicación es porque se considera, ahora correctamente a nuestro juicio, que existe algún defecto en la titularidad del transmitente, en este caso el deudor ejecutado, defecto que la inscripción de la adquisición protegida que reúna los demás requisitos de este precepto está llamada a sanar. Pues bien, la Sentencia, en abierta contradicción con la afirmación anteriormente realizada según la cual la titularidad del primer adquirente estaba subordinada al segundo embargo, sostiene con toda claridad que al supuesto litigioso le es de aplicación el art. 34 LH, aunque no entre en la consideración de si se daban o no en el caso los presupuestos concretos para su correcta aplicación, ya que su infracción no había sido denunciada en casación:

«La segunda circunstancia que podría dar lugar a la prevalencia de la realidad extrarregistral sobre la situación derivada del Registro sería la decadencia de la protección en favor del tercero que establece el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (LH) en el caso de que éste no hubiese actuado de buena fe o constasen en el Registro las causas por las cuales se ve privado de su derecho. Sin embargo, esta Sala, por la vía forzosamente constreñida al examen de los preceptos invocados como infringidos en el motivo formulado, no puede entrar en el análisis de la posible falta de concurrencia de los requisitos establecidos en el referido precepto para otorgar la protección al tercero registral, pues el motivo formulado –a pesar de que la sentencia impugnada en apelación, al manifestar que no se trata de un supuesto de doble inscripción registral de un auto de adjudicación, considera implícitamente que no entra en juego el precepto específico en que el recurrente funda este motivo (el art. 1473 CC sobre los efectos de la doble venta, en relación con los demás que cita, que se refieren a la eficacia de los títulos no inscritos y a la adquisición del derecho de propiedad) y aplica la protección al tercero registral citando expresamente el artículo 34 LH como razón de su decisión, declarando que no se ha acreditado ni se ha intentado prueba sobre la mala fe de la segunda adjudicataria del inmueble D^a Regina– no ha invocado como infringido este precepto ni razonado sobre dicha infracción, impidiendo que pueda entrarse en el debate sobre la concurrencia o no de dichas circunstancias, pues otra cosa implicaría un exceso en el ejercicio de las potestades que confiere a esta Sala el recurso de casación y la quiebra de las garantías inherentes al principio de contradicción.

La sentencia impugnada, en suma, rechaza la existencia de una doble venta judicial con acceso al Registro, mediante razonamientos que guardan consonancia con la jurisprudencia aplicable al caso, y considera susceptible de ser otorgada a la recurrida, como adjudicataria cuyo título figuraba inscrito, la protección registral que brinda el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, fundándose en la inexistencia de mala fe, por lo que –resultando imposible a este tribunal el examen de la posible infracción de este precepto por indebida apreciación de las circunstancias cuya concurrencia es exigible para la protección del tercero registral– no puede estimarse producida la vulneración de los preceptos legales que se le imputa» (FD 8^o).

La solución de la Sentencia que ahora comentamos, al omitir tomar en consideración el tratamiento de los requisitos de protección del adquirente, quizá pueda escudarse en la falta de denuncia de su infracción por el recurrente, pero ello constituye un argumento muy débil a la vista de que se había alegado la infracción de los arts. 1473 CC y 32 LH y que esos preceptos están muy próximos en su significado al 34 LH, de tal forma que muchos autores identifican su contenido normativo, aunque sea erróneamente a nuestro juicio. En cualquier caso, la Sentencia se sitúa muy lejos en su planteamiento de la doctrina aplicada por la STS de 31 de mayo de 2002, que resultaba mucho más acertada (RJ 2002, 5024), que tuvimos ocasión de comentar en esta misma Revista, y que nos parece mucho más correcta y coherente con nuestro sistema de protección de los adqui-

rentes de buena fe: «Efectos registrales y sustantivos de la caducidad de la anotación preventiva de embargo», RdP, 2004, núm. 13, pgs. 377 y ss.

En este último caso el conflicto se planteaba entre dos adjudicatarios: uno que lo era en procedimiento de embargo (primero en el tiempo), y otro que adquirió en un procedimiento de ejecución de hipoteca constituida con posterioridad al embargo, por lo que el supuesto no era idéntico al nuestro. En cualquier caso aquella Sentencia, muy correctamente a nuestro juicio, apreció que no se trataba «de una cuestión de prioridad registral entre el embargo y la hipoteca, sino de que cuando los demandados adquieren las fincas, éstas ya eran propiedad de los demandantes, que habían, incluso, inscrito su derecho. El problema fue que, antes de su adquisición, había caducado en el Registro de la Propiedad la anotación preventiva de embargo de que traía causa la compraventa. Tal cancelación no puede ser decisiva, por cuanto la cuestión no es la preferencia de embargo o hipoteca, sino la posible adquisición “a non domino” por los demandados: esto lo contempla la sentencia de primera instancia, que la rechaza, y lo ignora la de segunda que se fija sólo en la cancelación, por caducidad, del embargo. Cuya adquisición “a non domino” no puede ser mantenida, por falta de la buena fe que exige el artículo 34 de la Ley Hipotecaria; buena fe en el sentido de conocimiento de la situación real (como expone con detalle la sentencia de 17 de julio de 1999, que destaca que nada tiene que ver con las maquinaciones y el engaño): las demandadas (sic) tuvieron conocimiento –así consta en autos– del embargo que dio lugar a la adquisición por los demandantes, desde enero de 1990».

Para nosotros es ésta la doctrina que permite resolver correctamente nuestro problema, y no la de la Sentencia que ahora comentamos. Por tanto, el hecho de la cancelación por caducidad de la primera anotación preventiva de embargo no es un fenómeno jurídico que haga mejorar la posición ni de los titulares de derechos reales sobre la cosa que ya se hubieran constituido con anterioridad al momento en que esa caducidad se produce (caso de la STS de 31 de mayo de 2002 acabada de citar); ni mucho menos puede mejorar la posición de los embargantes posteriores al embargo cuya anotación caduca, pues el segundo embargo nació supeditado al embargo anterior (caso de nuestra Sentencia). En este sentido, pues, la caducidad de la anotación preventiva carece de efectos sustantivos como hemos explicado antes. Los efectos sustantivos que se puedan producir requieren una nueva adquisición tras la caducidad, pues entonces se podrá alegar haber adquirido un derecho cuyo gravamen no publicaba el Registro. Por tanto, los efectos sustantivos que eventualmente se puedan producir en un supuesto de caducidad no derivarían directa y exclusivamente de la cancelación por caducidad, sino de ésta en relación con los demás requisitos necesarios para la protección de los terceros adquirentes.

El criterio correcto de solución pasa, en consecuencia, por aplicar de modo ordinario el artículo 34 LH; forma de resolver el problema adoptado por la Sentencia de 31 de mayo de 2002. Entonces, volviendo a nuestro caso, sería evidente que el segundo adjudicatario no puede alegar haber realizado su adquisición confiando en la titularidad del deudor embargado, sencillamente porque cuando esa adquisición se produce el bien ya figura en el Registro a nombre de otra persona diferente del deudor. Frente a ello no se puede alegar que la certificación de cargas obrante en los autos del segundo procedimiento de apremio nada advirtiera sobre ello.

Ciertamente que, respecto a este último punto, es decir, en cuanto al valor de la certificación de cargas, existe cierta vacilación en la doctrina actual, aunque a nuestro juicio no es posible que quepa la duda: puesto que la adquisición del segundo adjudicatario es una adquisición *a non domino*, mientras que no se completen todos los requisitos que permitan su protección (es decir, hasta que él mismo inscribe), una eventual inscripción de la adquisición del *verus dominus* está llamada a perjudicarlo.

Es, pues, el análisis de la concurrencia o no de buena fe en el adquirente, junto con la de los demás requisitos de protección del art. 34 LH, lo que permite decidir este tipo de litigios. No resulta aceptable en nuestro ordenamiento hacer depender drásticamente la oponibilidad de los efectos del primer embargo del hecho de la subsistencia de la anotación preventiva; para admitir esto, dicha anotación debería ser una especie de requisito formal constitutivo de los efectos del embargo, pero esta exigencia no parece impuesta en ninguna norma de nuestro sistema. A nuestro juicio, pues, esta visión tan formalista del embargo no tiene cabida en nuestro ordenamiento, pues terminaría por propiciar la protección registral en beneficio de adquirentes que carezcan de buena fe.

¿Es acaso aceptable la idea de que el conocimiento de la existencia de una adjudicación en otro procedimiento de embargo anterior no implica mala fe en el adjudicatario en la segunda subasta, en virtud de la caducidad de la anotación preventiva del mismo? Pensamos que no, pues el objeto de la publicidad lograda por la inscripción de la primera adjudicación abarca también al procedimiento en que se adquiere y, por tanto permite conocer a los que concurran a la segunda subasta la preferencia de dicho procedimiento de embargo sobre el reembolso en el que ellos pretenden adquirir el mismo bien. Frente a esta evidencia, la suerte final del conflicto no puede quedar en las caprichosas manos de la caducidad de la anotación, cuando el mismo Registro ha prestado la información adecuada para que el segundo adquirente que ahora pretende protección pueda conocer sin duda que no está adquiriendo del auténtico titular del bien.

Por tanto no podrá quedar protegido aquel adquirente que en el momento del negocio adquisitivo o en el de su inscripción tenía conocimiento de la existencia de una titularidad preferente a la suya, por previa. Sólo se podría aceptar una solución favorable al adquirente que trajera causa del segundo procedimiento (el reembolso) en el caso de que este otro adquirente estuviera completamente ajeno a la existencia del primer embargo, e ignorara también la existencia de la primera adjudicación.

La Sentencia comentada se situaría en una línea afortunadamente muy minoritaria en nuestra jurisprudencia, postura para la que la exigencia de buena fe queda por completo desvirtuada. No obstante pueden encontrarse algunos otros ejemplos de esta criticable dirección. Así, por ejemplo, la Sentencia 18 diciembre 2001 (RJ 2001, 9363): vid. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., en «Comentario», CCJC, núm. 59, *passim*. En este caso, tras la práctica del embargo y de su anotación preventiva, el propietario embargado enajenó la finca a un tercero; el adquirente de la misma esperó a que fuera cancelada por caducidad la anotación del embargo, sólo entonces inscribió y se apresuró a interponer tercería de dominio en el procedimiento de embargo. Ante una conducta tan manifiestamente maliciosa, tanto la Sentencia de Primera Instancia como la de apelación consideraron que «ese embargo que estaba inscrito cuando el tercerista adquirió la finca, no pierde en absoluto virtualidad cuando se cancela su inscripción por caducidad con los efectos de liberalización (sic) que el apelante pretende, más aún cuando él conocía y sabía perfectamente de la existencia de esta traba y de la vigencia de la misma, ya que inmediatamente de inscribir la finca acudió al juicio ejecutivo donde pedía ese embargo y solicitó que el mismo se dejase sin efecto, por lo que ni siquiera podía admitirse que estuviese guiado por la buena fe dada la situación registral de la finca». A pesar de que parece evidente que ésta era la respuesta correcta, teniendo en cuenta el significado que tienen en nuestro ordenamiento el embargo y su anotación preventiva, el Tribunal Supremo, casó la Sentencia de la Audiencia Provincial con el argumento de que «la caducidad de los asientos que nacen con duración predeterminada actúa de modo automático, llegado el día prefijado, que es lo que ocurre con la anotación preventiva de referencia». La solución nos parece inaceptable, pues lleva al completo olvido la exigencia de que el adquirente cuente con buena fe para lograr la protección registral y supone resolver el conflicto con el criterio meramente mecánico de la caducidad de los asientos, lo cual no resulta nada coherente con el sistema registral español tal como resulta estar diseñado por nuestra Ley Hipotecaria.

Todavía quizá se pudiera alegar en defensa de la solución de nuestra Sentencia, el hecho de que en la segunda adjudicación se hubiera obtenido la cancelación de la primera. En efecto, para un caso parecido, así lo ha defendido REY PORTOLÉS («El tercer poseedor de bienes embargados: su posibilidad legal y no sólo real y sus facultades tras las reformas de la Ley de enjuiciamiento civil y del Reglamento hipotecario», en: *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Madrid, 1995, pgs. 511 y ss.). Para este autor, incluso un titular preferente frente al embargo (porque haya adquirido el bien embargado antes de la fecha del embargo) debe reaccionar para hacer valer esa preferencia mediante la tercería de dominio, sin que le baste inscribir su adquisición si no quiere verse expulsado del folio en virtud de la cancelación propiciada por el art. 175.2 RH. Para él, aunque la titularidad sea preferente desde el punto de vista sustantivo, desde el punto de vista registral la purga producida con ocasión del remate debe comportar la expulsión de la misma del Registro, que será normalmente definitiva. El argumento que a su juicio apoya esta tesis sería la aplicación del principio de inoponibilidad, en cuyo ámbito la exigencia de buena fe en el adquirente, quedaría reducida en el mejor de los casos a la ausencia de fraude. No podemos entrar en todas las implicaciones de esta opinión (por ejemplo, la falta de fundamento de una tal reducción del significado de la buena fe): baste a nuestros efectos actuales, descartar que en este punto

pueda apreciarse la existencia de juego autónomo del principio de inoponibilidad, pues estamos ante ese campo en el que dicho principio resulta absorbido por el de fe pública, y son de aplicación todos sus requisitos específicos.

Ciertamente esta última consideración es la que hace altamente criticable la solución propiciada por el art. 175.2 RH, pues siendo jurídicamente imposible la definitiva protección registral del rematante, se propicia la expulsión del Registro de una titularidad contraria al mismo sin propiciar la defensa por parte de dicho titular en un procedimiento contradictorio. Frente a eso no nos parece argumento la posibilidad que ha tenido ese titular de haber entablado en su tiempo una tercería de dominio; posibilidad inexistente, por otra parte, en nuestro supuesto, en el que el titular expulsado no hubiera podido vencer nunca en una tercería de dominio planteada en la segunda ejecución puesto que su adquisición no era previa al reembargo, sino posterior al mismo.

Volvemos a aducir, por tanto, la necesidad de que la interpretación normativa realizada en el ámbito de la resolución de un caso práctico conduzca a resultados justos y armónicos con el conjunto del sistema. Siendo así que la buena fe del adquirente debe fundamentar siempre, entre otros requisitos, la posible adquisición *a non domino*, y siendo ésta la única posibilidad para el segundo rematante de nuestro caso, no llegamos a entender que pueda llegarse a la solución propugnada por la Sentencia: mantener en su adquisición a quien conocía, o podía fácilmente conocer, la existencia de una titularidad diferente a la de su transmitente, el deudor ejecutado.