

# Efectos registrales y sustantivos de la caducidad de la anotación preventiva de embargo

Comentario a la STS de 31 mayo 2002 (RJ 2002, 5024)

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

*Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Sevilla*

---

## *Civil*

*Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz*

*Voto particular: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete*

*EMBARGO: finalidad: traba sobre un bien que desemboca en su adquisición: alcance de su ámbito registral. PROPIEDAD: ACCIONES PROTECTORAS DEL DOMINIO: acción declarativa de dominio: inmueble adquirido por los actores mediante compraventa procedente de la ejecución de un embargo cancelado por caducidad antes de la inscripción de aquella compraventa frente al derecho sobre la misma finca adquirida por Auto aprobando la ejecución de una hipoteca inscrita antes de la subasta y aprobación de remate de los que trae causa el título de los actores: evidencia de la caducidad al consumarse el embargo por la compraventa: inexistencia de tercero hipotecario ex art. 34 LH.*

*Disposiciones estudiadas: LH, art. 34.*

*Sentencias citadas: Sentencias de 24 febrero 1995 (RJ 1995, 1642), 19 noviembre 1992 (RJ 1992, 9243) y 23 abril 1992 (RJ 1992, 3322).*

## ANTECEDENTES DE HECHO

Las partes litigantes se enfrentan en razón del derecho de propiedad sobre dos fincas. Los demandantes las habían adquirido por compraventa en escritura pública en el año 1989, inscrita en el Registro de la Propiedad en 1990; mientras que los demandados lo habían hecho por Auto de aprobación de la ejecución de hipoteca de fecha de 1992, que fue inscrito en el Registro de la Propiedad en 1993.

Para la mejor comprensión de los hechos se debe tener en cuenta el siguiente relato cronológico de los mismos.

### A. Sobre el embargo:

1º. El día 14 febrero 1986, se anotó en el Registro de la Propiedad el embargo trabado (el 11 de diciembre anterior) en juicio ejecutivo seguido por don Manuel H. A (demandado, declarado en rebeldía) contra don Joaquín G. y su esposa doña Dolores V.

2º. El día 11 febrero 1988, se dictó Auto aprobando el remate de la subasta (celebrada el 7 de diciembre anterior) a favor de don Manuel H.

3º. El día 19 de enero de 1989, tras ser requeridos (artículo 1514, antes de la reforma de 1992, de la Ley de Enjuiciamiento Civil) don Joaquín G. y doña Dolores V. otorgaron escritura de venta a favor de don Manuel H.

4º. El 19 de enero de 1989, el mismo día que la anterior, don Manuel H. vendió las fincas a

don Pedro L. y doña Dolores G. V (yerno e hija respectivamente de aquellos ejecutados), que son los demandantes.

5°. Los días 16 de febrero y 9 de mayo de 1990, se cancelaron por caducidad las anotaciones de embargo que gravaban las dos fincas litigiosas.

B. Sobre la hipoteca:

1°. El día 22 de junio de 1987, don Joaquín G. y doña Dolores V (los ejecutados en aquel juicio ejecutivo) otorgaron escritura pública de emisión de obligaciones hipotecarias, que se inscribió en el Registro de la Propiedad el 7 de septiembre de 1987.

2°. El día 12 de enero de 1990 se emitió una certificación registral en la que constaba todavía la anotación del embargo y fue entregada al letrado de los demandados.

3°. El 15 de febrero de 1990, se incoó el procedimiento del artículo 131 de la LH (en su redacción anterior a la actual) por don Argimiro A. y don Manuel G., tenedores de las anteriores obligaciones hipotecarias.

4°. El día 17 de abril de 1990, se practicó el requerimiento de pago (regla 5ª del artículo 131 LH en la redacción vigente en esa fecha) a los propietarios don Joaquín G. y doña Dolores V.

5°. El día 9 de mayo de 1990, el Registro de la Propiedad libró la certificación de titularidad y cargas a que se refería la regla 4ª del artículo 131 LH en la redacción entonces vigente y en ella ya no constaban las anotaciones de embargo, por haber sido canceladas previamente.

C. Sobre ejecución de embargo y de hipoteca:

1°. Los días 2 de junio de 1990 y 11 de diciembre de 1990, se inscribieron en el Registro de la Propiedad las compraventas de don Joaquín G. y doña Dolores V. a don Manuel H. y de éste a las demandantes don Pedro L. y doña Dolores G. V.

2°. El día 27 de mayo de 1992, se dictó Auto aprobando el remate a favor de los demandados don Argimiro A. y don Manuel G. en la tercera subasta en el procedimiento del antiguo artículo 131 LH.

3°. El 1 de junio de 1992, en el mismo procedimiento se dictó Auto ordenando cancelar las compraventas a favor de los demandantes don Pedro L. y doña Dolores G. V., según la regla 17ª del artículo 131 LH.

4°. El día 31 de julio de 1992, se anotó en el Registro de la Propiedad la demanda origen del presente proceso, que había sido presentada el 12 de marzo de 1992.

5°. El día 18 de febrero de 1993, se practicó en el Registro de la Propiedad el asiento de cancelación de las compraventas a favor de los demandantes y se inscribió la adjudicación a favor de los demandados.

A la vista de los hechos probados y las alegaciones de las partes, el JPI dictó sentencia estimando la demanda, mientras que la AP, estimando el recurso de apelación, la desestimó. Se interpuso recurso de casación por la parte demandante, en base a varios motivos, de los que nos interesa destacar los siguientes:

«II.—Al amparo de lo dispuesto en el art. 1692, 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, citándose como infringida la doctrina expuesta en las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1995, de 19 de noviembre de 1992, de 23 de abril de 1992, y las que en el cuerpo de las mismas se citan.

IV.—Al amparo de lo dispuesto en el art. 1692, 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate en relación con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

El TS casó la Sentencia recurrida y confirmó la de primera instancia; hay que destacar la existencia de un voto particular, que se manifestaba en contra de la solución dada al caso por el TS porque se consideraba errónea y lesiva para el derecho de propiedad de los recurridos y los principios derivados de

la protección registral inmobiliaria. Para este voto particular se debería haber desestimado el recurso de casación.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—«Se ha ejercitado en el presente litigio una acción declarativa de propiedad sobre dos fincas registrales; acción que no debe confundirse con una tercería de dominio y que no debe resolverse atendiendo exclusivamente a preceptos hipotecarios, sino que, como toda acción declarativa de dominio, cuyo objeto es la declaración de propiedad con los pronunciamientos derivados que en el presente caso se interesan, se fundamenta en el artículo 348 del Código Civil (...)

Posición de la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia:

- Cuando los demandantes don Pedro L. y doña Dolores G. V., adquirieron las fincas (19 de enero de 1989), no había obstáculo para ello; se había constituido hipoteca (7 de septiembre de 1987) y cuando ésta se ejecuta (15 de febrero de 1990) aquéllos ya eran propietarios, cuya propiedad fue inscrita más tarde (2 de junio y 11 de diciembre de 1990).
- Cuando se cancela por caducidad la anotación de embargo (16 de febrero y 9 de mayo de 1990) ya se había adquirido el derecho de propiedad por los demandantes (en 1989) que no se inscribió hasta más tarde (en 1990): a la fecha de cancelación por caducidad de la anotación de embargo, la adquisición del derecho de propiedad por los demandantes ya se había producido.

Posición de la sentencia de la Audiencia Provincial:

- La escritura se contiene en el fundamento tercero de la misma, que dice: de lo anteriormente expuesto se deduce que los actores Pedro y María Dolores compraron las fincas... y... el 19 de enero de 1989, fecha en la que constaba en el Registro de la Propiedad anotados los embargos de la letra b) en base al cual se habían subastado y aprobado el remate en el juicio ejecutivo 1020/1985 pero no llegaron a inscribir tal compraventa hasta el 11 de diciembre de 1990, en cuya fecha ya habían sido cancelados por el Registrador aquellos embargos que le daban preferencia (lo que tuvo lugar el 11 de febrero y 9 de mayo de 1990) y al mismo tiempo aparecía inscrita la escritura pública de emisión de obligaciones hipotecarias desde el 7 de septiembre de 1987, en base a la cual se habían seguido el procedimiento del artículo 131 a instancia de Argimiro y Manuel contra Joaquín y Dolores (padres de la actora y suegros del actor).
- Por ello (fundamento sexto), al haberse dejado caducar la anotación preventiva del embargo inicial antes de la inscripción de la compraventa de los demandantes, perdió su prioridad a favor de la inscripción de hipoteca anterior aquélla.

Planteamiento de la Sala:

En 1989 los demandantes don Pedro L. y doña Dolores G. V. adquieren el derecho de propiedad sobre las fincas por título, que es el contrato de compraventa que procede de la ejecución de un embargo, que había sido anotado en el Registro de la Propiedad en 1986, y modo, *traditio ficta*, que es la escritura pública, que se inscribe en 1990. En 1992 los demandados don Argimiro A. y don Manuel G. adquieren las mismas fincas por Auto que aprueba el remate de la tercera subasta en procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que se inscribe en el Registro de la Propiedad en 1993.

De lo que se deduce que no se trata 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 [RJ 1999, 6771] que destaca que nada tiene que ver con las maquinaciones y el engaño): las demandadas tuvieron conocimiento —así consta en autos— del embargo que dio lugar a la adquisición por los demandantes, desde enero de 1990».

SEGUNDO.—«El recurso de casación que ha interpuesto la parte demandante en la instancia, debe ser

estimado. Se estiman los motivos segundo y cuarto, perdiendo interés los restantes, fundados en el núm. 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se considera infringida la jurisprudencia que cita (sentencias de 23 de abril de 1992, 19 de noviembre de 1992 y 24 de febrero de 1995) sobre la naturaleza del embargo (motivo segundo) y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en el sentido de que los demandados no son terceros hipotecarios (motivo cuarto).

El embargo, desde el punto de vista procesal, es la traba sobre un bien que desemboca en su adquisición, a los efectos de realización de valor para cumplir la obligación dineraria que fue objeto del proceso donde se produjo el embargo. Desde el punto de vista registral, es una garantía que constituye, en perjuicio de posteriores adquirentes del bien embargado, una afección de tipo hipotecario en seguridad de la obligación que dio lugar al mismo, responde a la antigua hipoteca judicial; como tal asiento registral, carece de carácter constitutivo.

En el presente caso, la adquisición del derecho de propiedad sobre las fincas por los demandados se produce (en 1989) estando vigente la anotación del embargo de que trae causa. Después de tal adquisición se cancela el embargo (en 1990), que ya no tenía sentido ni debía tener vigencia, pues ya se había ejecutado. A su vez, la constitución de hipoteca es anterior (en 1987), pero la ejecución hipotecaria (se inicia en 1990) es posterior a la adquisición por los demandados. La adquisición por éstos es también posterior (en 1992). La inscripción en el Registro de la Propiedad de la adquisición por los demandantes (en 1990) es muy anterior a la de los demandados (en 1993). Todo el problema se plantea en que tras la adquisición por los demandantes y su inscripción en el Registro de la Propiedad se había cancelado por caducidad el embargo: caducidad evidente, como se ha dicho, pues aquél se había ejecutado por la adquisición por los demandantes. Tal cancelación por caducidad en modo alguno, puede dar lugar a que se pretenda la ineficacia de la compraventa que consumó el embargo. Esto es lo que ha hecho la sentencia de la Audiencia Provincial, infringiendo la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza del embargo.

Por otra parte, la adquisición, en virtud de la ejecución hipotecaria, de las fincas por los demandados (en 1992) se produce cuando éstas ya habían sido adquiridas por los demandantes (en 1989). Podría ser una adquisición *a non domino* mantenida por mor del principio de fe pública registral que proclama el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Pero, como se ha dicho, no puede aplicarse porque los mismos tenían conocimiento y así consta, desde antes (desde 1990) del embargo que dio lugar a la adquisición por los demandantes. Con lo que la solución que da la sentencia de la Audiencia Provincial infringe el artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

TERCERO.—«En consecuencia, al estimarse los dos motivos (segundo y cuarto) del recurso de casación, carece de interés el análisis de los restantes y procede, tal como dispone el artículo 1715.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil resolver lo que corresponda, dentro de los términos en que aparece planteado el debate. Y, como se desprende de lo expuesto hasta ahora, procede confirmar lo resuelto por la sentencia de primera instancia».

## VOTO PARTICULAR

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—«En esencia la cuestión clave que se dilucida en el proceso es la relativa a si debe prevalecer, como preferente, la titularidad dominical civilmente adquirida, con acceso tardío al Registro de la Propiedad, o la obtenida y registrada por los recurridos en "procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria" (según las circunstancias fácticas y temporales que detalla, pormenorizadamente, la sentencia objeto de recurso): 1) El 14 de febrero de 1986 se anotó el embargo practicado en el juicio ejecutivo 1020/1985 planteado por don Manuel H. A. contra don Joaquín G. G. y su esposa doña Dolores V. B., en el que se habían embargado el 11 de diciembre de 1985 las fincas... y... del Registro de la Propiedad número cinco de Murcia; 2) El 22 de junio de 1987 los ejecutados (don Joaquín y doña Dolores) otorgaron escritura pública de emisión de obligaciones hipotecarias que fue inscrita con el número tres en el Registro de la Propiedad el 7 de septiembre de 1987; 3) El 11 de febrero de 1988 se dictó auto aprobando el remate de la subasta celebrada el 7 de diciembre de 1987 en la que el ejecutante señor A., ofreció por las fincas el precio en el que se habían tasado las costas pendientes de abonar; 4) El 19 de enero de 1989 los ejecutados venden en escritura pública al señor A. las fincas en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el mismo día el señor A. las vende a los hoy actores Pedro L. y Dolores G. V. (hija y yerno); 5) El 12 de enero de 1990 el Registro entregó al

Letrado de los demandados una certificación de la situación registral de las fincas, cuya propiedad se cuestiona en este procedimiento, donde aparecía subsistente la anotación del embargo realizado en el juicio ejecutivo; 6) El 15 de febrero de 1990 don Argimiro y don Manuel plantean en Madrid el procedimiento hipotecario del artículo 131 como tenedores de las obligaciones hipotecarias emitidas en su día por los ejecutados don Joaquín y doña Dolores; 7) El 17 de abril de 1990 el Juzgado requiere de pago a don Joaquín y doña Dolores al amparo del artículo 131.5ª de la Ley Hipotecaria; 8) El 9 de mayo de 1990 el Registrador libra la certificación prevista en el artículo 131.4ª de la Ley Hipotecaria pedida por el Juzgado de Madrid en la que ya no aparece la anotación del embargo practicado con la letra b) sobre ambas fincas en el juicio ejecutivo 1020/1985 puesto que había sido cancelada por caducidad, al amparo del artículo 353 del Reglamento Hipotecario, con fecha 16 de febrero de 1990 para la finca núm.... y el mismo 9 de mayo de 1990 para la finca núm...., anotándose en el Registro el libramiento de dicha certificación (en ese momento, 9 de mayo de 1990, aún aparecían los ejecutados don Joaquín y doña Dolores como titulares de las fincas); 9) El 2 de junio de 1990 se inscribe la venta de la finca núm.... por los ejecutados don Joaquín y doña Dolores al rematante señor A.; 10) El 11 de diciembre de 1990 se inscribe la posterior venta de la misma finca núm.... por el señor A. a los ahora actores Pedro y Mª Dolores así como las sucesivas transmisiones de la finca núm.... de don Joaquín y doña Dolores al señor A. y de éste a don Pedro y doña Mª Dolores; 11) El 12 de marzo de 1992 se plantea por don Pedro y doña Mª Dolores el presente juicio de menor cuantía contra don Argimiro y don Manuel para cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores al embargo efectuado en el juicio ejecutivo (entre las que se encuentra la Hipoteca 4ª derivada de las obligaciones hipotecarias base del procedimiento del artículo 131), pidiendo que se anote la demanda en el Registro de la Propiedad, lo que no se produce hasta el 31 de julio de 1992; 12) El 27 de mayo de 1992 se dicta auto aprobando el remate ofrecido por don Argimiro y don Manuel en la tercera subasta celebrada el 17 de marzo de 1992 en el Juzgado de Madrid adjudicándose a ellos las fincas en litigio; 13) El 1 de junio de 1992 se dicta auto en el procedimiento del artículo 131 por el que se acuerda cancelar, entre otras, las inscripciones de las ventas efectuadas a los hoy actores con motivo del juicio ejecutivo 1020/1985 al amparo de la regla 17 del artículo 131; 14) El 31 de julio de 1992 se anota en el Registro la demanda del presente juicio de menor cuantía; 15) El 14 de diciembre de 1992 se intenta lanzar a los ejecutados don Joaquín y doña Dolores, consiguiendo éstos un aplazamiento hasta el 23 de febrero de 1993; 16) El 9 de febrero de 1993 el demandante don Pedro L. solicita ante el Juzgado de Madrid en el Procedimiento del artículo 131 la suspensión del lanzamiento, lo que es denegado por resolución de 5 de marzo de 1993 en la que se le remite al declarativo correspondiente en base al artículo 132 de la Ley Hipotecaria; 17) El 18 de febrero de 1993 el Registro cancela las ventas derivadas del ejecutivo e inscribe la adjudicación en favor de don Argimiro y don Manuel con lo que los ahora actores don Pedro y doña Mª Dolores dejan de ser titulares registrales pasando a serlo don Argimiro y don Manuel; 18) El 4 de octubre de 1993 el ejecutado don Joaquín G. G. entrega las llaves de la vivienda situada sobre las fincas litigiosas tomando posesión de ellas don Argimiro y don Manuel; y 19) El 3 de octubre de 1994 son emplazados don Argimiro y don Manuel en el presente procedimiento de menor cuantía».

SEGUNDO.—«En el caso de autos –razona la sentencia recurrida– nos encontramos con una compraventa derivada de la subasta judicial llevada a cabo para la realización de un crédito reconocido en sentencia con lo que el contrato se consuma con la aprobación judicial del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada pues con ello se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil, razón por la cual inicialmente es correcta la tesis recogida en la sentencia recurrida; pero al haberse dejado caducar la anotación preventiva del embargo inicial, antes de la inscripción de aquella compraventa perdió su prioridad en favor de la inscripción de la hipoteca, en garantía de la emisión de obligaciones hipotecarias que había tenido acceso al Registro, antes de la subasta y aprobación de remate de los que trae causa el título de los actores; en consecuencia, el Juez de Primera Instancia de Madrid, actuó correctamente al ordenar la cancelación de las inscripciones de venta en favor del rematante y los actores en base a la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria pues de la certificación de cargas exigida por la regla 4ª del mismo artículo no aparecía ningún derecho preferente. La consiguiente pérdida de los derechos adquiridos por los actores y recurrentes en favor de los ejecutantes del procedimiento hipotecario solamente es atribuible a su propia pasividad pues no se comprende cómo los compradores de unas fincas que gozaban de la protección de una anotación de embargo preferente no acudieron inmediatamente al Registro de la Propiedad a inscribir su título de propiedad de 19 de enero de 1989 cuando conocían que sus padres y suegros habían constituido e inscrito el 7 de septiembre de 1987 una hipoteca sobre las fincas, como garantía de la emisión de obligaciones, dando lugar a que transcurriera el plazo de cuatro años y se produjera la cancelación de aquella anotación por caducidad con la consiguiente pérdida de su preferencia frente a terceros, lo que supuso que la hipoteca alcanzara un rango preferente y, por tanto, que tuvieran que soportar las consecuencias de su ejecución por los tenedores de las obligaciones

hipotecarias. En este punto no debe olvidarse –añadimos– que la carga de la cancelación de la anotación de embargo viene impuesta al “comprador” rematante, de manera indubitada por el artículo 1518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (anterior a la vigente, pero que era la aplicable al asunto) y que no es lo mismo que el embargo anotado se cancele en virtud de mandamiento librado al Registro por el Juzgado que hubiera dado lugar a la adjudicación con determinación, además, de las “cargas” posteriores a que estuviese afecta la finca, que, se cancele de oficio, por el transcurso del plazo de caducidad. Citamos, a efectos ilustrativos, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de julio de 2000 respecto de las cancelaciones de anotaciones preventivas de embargo, sea por error o por caducidad, como ocurre en el caso, “para los que se ha sentado la doctrina de que operada la misma desaparece del Registro la constatación de la existencia del procedimiento y con ello la preferencia registral de que gozaba llegado el momento de proceder a la inscripción de la adjudicación y cancelaciones de asientos posteriores derivados del mismo, preferencia que es sustituida por la mejora de rango que experimentan los posteriormente inscritos o anotados. En este caso, el derecho de cuya ejecución se deriva la transmisión a inscribir y los efectos cancelatorios sigue publicado en el Registro a través de la inscripción de la hipoteca, y frente a él ninguna mejora de rango registral pueden experimentar los registrados con posterioridad”. Quien no libera la carga (se emplea el término en sentido procesal, no hipotecario) de cancelar la anotación en el supuesto concreto, ha de pechar con las consecuencias, o dicho con otras palabras, utilizando expresiones del refranero, “cada palo ha de aguantar su vela”».

TERCERO.—«El segundo motivo del recurso (el primero fue inadmitido) contra la sentencia objeto del mismo, que concluye desestimando la demanda y revocando la dictada en primera instancia, esto es, negando frente a la propiedad tabular, el reconocimiento preferente de la civil, inscrita, tardíamente, una vez iniciado el proceso de ejecución hipotecario, con adjudicación del inmueble (cuando ya constaba la caducidad de la anotación del embargo, que, en su día, fue origen de otra adjudicación de la que los propietarios civiles traen causa), se ampara (artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil precedente) en la que supone infracción de la doctrina expuesta en las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1995, 19 de noviembre de 1992, 23 de abril de 1992 y otras. El examen de la primera sentencia citada, conduce a resultados distintos de los pretendidos por los recurrentes, pues destaca la dicha sentencia que lo que dice, se entiende dejando a salvo “al adquirente de buena fe que apoyó su adquisición en la ausencia de cargas registrales actuándose en este supuesto a través del instituto del tercero hipotecario”, o sea, justamente lo que acontece en el presente caso, sin que los recurrentes parezcan enterarse. Las disquisiciones jurídicas sobre la naturaleza jurídica del embargo, de las que no se infiere ninguna denuncia concreta contra la argumentación de la sentencia recurrida, no empaña el hecho jurídico cierto de que la anotación preventiva de embargo es un asiento de duración temporal, cuya eficacia respecto de terceros depende de su subsistencia, de manera, que, si, en su día, el embargo anotado fue utilizado como medio para obtener en ejecución la adjudicación del inmueble embargado, no puede pretenderse, que la continuidad formal de la anotación, vacía ya de contenido, pero engañadora por su apariencia y subsistente, gracias a la voluntad del comprador-recurrente y de los que de él traen causa, que no procuraron pudiendo hacerlo su cancelación, reviva una vez caducada, cuando no se usaron temporáneamente los instrumentos adecuados para buscar la concordancia del Registro con la realidad, en perjuicio de terceros. Tampoco, las otras sentencias que específicamente se citan (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1992 y 23 de abril de 1992) suman nuevas razones a lo ya expuesto pues el problema no radica en la prioridad de la obligación asegurada sobre los derechos reales que se constituyan sobre la cosa embargada, con posterioridad del embargo, sino en qué medida los terceros pueden verse afectados por anotaciones de embargo caducadas y, en este caso, no canceladas en forma por quienes podían hacerlo. En definitiva, el motivo perece».

CUARTO.—«El motivo tercero (artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil antigua) reitera la misma técnica de exposición difusa que el anterior, invocando la infracción de la doctrina expuesta en las sentencias que cita (24 de febrero de 1995, 7 de enero de 1992 y las “que en el cuerpo de las mismas se citan”) pero sin determinación y precisión, en el argumentario, de las razones concretas que justifican la violación pretendida. Obsérvese que la primera de las que se citan, fue ya recogida, en el motivo anterior y refutada su aplicación al caso, en el fundamento precedente, y la segunda reincide en destacar el mismo párrafo de la primera, con iguales razonamientos haciendo referencia a la naturaleza de la anotación preventiva y del embargo, no puestas en duda por la sentencia recurrida. Por ende, el motivo sucumbe».

QUINTO.—«El motivo cuarto (artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil precedente) denuncia la infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y de la doctrina jurisprudencial que cita. Es verdad, como afirman los recurrentes, que en el momento de constituirse la hipoteca estaba trabado el embargo que originó el juicio ejecutivo previo; también es cierto que la hipoteca se inscribió con posterioridad a la

anotación del embargo causa de la primera ejecución, que concluyó con la adjudicación del inmueble hipotecado no inscrita en el Registro. Empero del conocimiento que tuvieron los terceros hipotecarios de la anotación registral de embargo, no se puede inferir, como paladinamente dice la sentencia de la que discrepo en este voto particular, que, por ello, no puede aplicarse “el principio de fe pública registral que proclama el artículo 34 de la Ley Hipotecaria”, puesto que considero que ese conocimiento, desde luego, no implica mala fe en los tenedores de las obligaciones hipotecarias, objeto del procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (tenedores que, además, no eran los primitivos prestamistas) sino, simplemente, la sujeción a soportar, si llegado fuese el caso, las consecuencias legales de una ejecución fundada en tal anotación, siempre que estuviera vigente, y, sin que ello entrañe una especie de obligación de previsión extrarregistral acerca de que el embargo hubiera dado ya lugar a una ejecución y a una venta segunda de los inmuebles, por supuesto, sin haber dejado rastro registral; por tanto, tal situación no era invocable hasta entonces, según las circunstancias registrales, e imposible de llevar a efecto luego con trascendencia para terceros, conforme a la cancelación por caducidad que, finalmente, y antes de la adjudicación en pública subasta de los bienes hipotecados, constaba en la certificación registral correspondiente. Las sentencias que se citan, no añaden nada nuevo a lo ya explicado en fundamentos anteriores. Por tanto el motivo sucumbe».

SEXTO.—«El motivo quinto y último, falto de técnica casacional, por la acumulación heterogénea de supuestas infracciones respecto de las normas que amalgama (artículos 42.2º, 71, 97 y 107.9º de la Ley Hipotecaria; 1923,4º del Código Civil, en relación con los artículos 40, 82 y 132 de la Ley Hipotecaria y artículo 1511 del Código Civil), tampoco puede ser atendido ya que los adquirentes, gozan de la condición de terceros hipotecarios, conforme con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

SÉPTIMO.—«La desestimación de todos los motivos, acarrea la declaración de no haber lugar al recurso, con imposición de las costas del recurso a los recurrentes (artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)».

## COMENTARIO

### SUMARIO

- I. IDEAS GENERALES SOBRE EL EMBARGO Y SU ANOTACIÓN PREVENTIVA
- II. LOS EFECTOS DE LA CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO EN EL ÁMBITO PURAMENTE REGISTRAL
- III. LA CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: ¿TIENE EFECTOS EN EL PLANO SUSTANTIVO?
- IV. CONCLUSIONES

### I. IDEAS GENERALES SOBRE EL EMBARGO Y SU ANOTACIÓN PREVENTIVA

Es bien sabido que, de acuerdo con la orientación más moderna y extendida, el embargo existe desde que se adopta en la sede procesal oportuna, y que la constatación registral del mismo mediante su anotación preventiva es una medida publicitaria dirigida a evitar la 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 frustrando el resultado pretendido al iniciarse el procedimiento de ejecución forzosa. Este entendimiento de las cosas cuenta hoy, bajo la LECiv/2000, con el indudable apoyo del art. 587, si bien bajo la legalidad anterior ya era la postura más difundida.

Asimismo resulta suficientemente conocido que, a diferencia del asiento de inscripción, la anotación preventiva tiene una vigencia limitada en el tiempo, por lo que transcurrido el plazo legalmente previsto sin que se haya prorrogado dicho asiento, los efectos del mismo decaen. Debe, pues, el adjudicatario apresurarse a inscribir su derecho si es que no quiere que caduque la anotación preventiva y quede la finca libre de cargas, con el peligro que ello supone de aparición de terceros adquirentes protegidos por el Registro. De hecho en el voto particular de la Sentencia que comentamos (FD 2º) se argumenta que no se comprende bien el retraso en la inscripción de la adquisición que se produjo como fruto de la subasta en el procedimiento de embargo. Ahora bien, aunque sea cierto que dicho adquirente pudo retrasar peligrosamente su inscripción, se debe tener en cuenta que el simple retraso en inscribir no es lo que perjudica al

adquirente; sino que es necesario que un tercero realice una adquisición confiando en lo que el Registro publica y que se adelante en su inscripción. Nada de esto sucedía en el supuesto de la Sentencia, pues los adquirentes en el procedimiento hipotecario (los demandados) no sólo pudieron conocer la anotación de embargo (practicada antes de la constitución de la hipoteca de la que traen causa), sino que también conocieron la subsistencia posterior del embargo e, incluso, cuando se celebró la subasta en la que adquirieron ya figuraba en el Registro la titularidad de los demandantes.

También se debe aceptar que, producida la adquisición del bien embargado por un tercero ajeno al procedimiento de ejecución con posterioridad a la fecha del embargo, el nuevo adquirente debe soportar la carga sobre el inmueble, por regla general, salvo que pueda quedar liberado del mismo en aplicación de las normas registrales que protegen la adquisición de los terceros. La justificación circunstanciada de esta última afirmación no es del caso hacerla aquí, porque no afecta inmediatamente a nuestro actual propósito, pero sí que es necesario afirmar que será de todo punto imposible la protección registral del tercer adquirente cuando su negocio adquisitivo se produjo vigente la anotación preventiva o cuando la inscripción de dicha adquisición fue realizada cuando ya constaba en el Registro la anotación del embargo.

El problema sobre el que nuestra atención se debe centrar no es ninguno de los anteriores, si bien se encuentra estrechamente relacionado con ellos, sino otro: ¿qué sucede con las adquisiciones de terceros cuando, habiendo nacido supeditadas al embargo por la anotación preventiva del mismo, dicha anotación caduque con posterioridad a la adquisición del tercero o a su inscripción? A nuestro juicio debería ser aceptado sin discusión que el adquirente cuyo derecho nació supeditado al embargo no podría ver mejorada su posición, quedando inmune frente al embargo, por el solo hecho de la caducidad de su anotación preventiva. En este sentido, pues, la hipoteca del caso no podría mejorar de rango por el simple hecho de la caducidad de la anotación preventiva. Lo que podría suceder es que dicha hipoteca motivara un nuevo negocio adquisitivo que sí fuera posterior a la caducidad, supuesto en el que el tercer adquirente puede quedar protegido frente al embargo si reúne los requisitos precisos para ello: justamente eso es lo que se plantea en el supuesto enjuiciado.

El problema debatido en la Sentencia, a nuestro juicio, no suscitaría ninguna cuestión especial, si no fuera porque una mala asimilación de ciertas afirmaciones, correctas en su propio ámbito, de algunas Resoluciones de la DGRN pueden provocar confusión. Tenemos un claro ejemplo de esta línea equivocada en la Sentencia de 18 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 9363); haremos alusión detallada a ella posteriormente y en el voto particular discrepante que mereció la Sentencia que estamos comentando (el Magistrado que firmó este voto particular, Almagro Nosete, es el mismo que actuó de ponente en la Sentencia del año 2001). En nuestra opinión, tanto el voto particular como la Sentencia del año 2001 constituyen magníficos ejemplos de las negativas consecuencias que tiene el convertir ciertas formulaciones de la doctrina de la DG (lo mismo puede valer para la jurisprudencia) en «pseudonormas», con caracteres de generalidad y abstracción. Nunca se debería olvidar que el uso correcto de la jurisprudencia implica mantener la atención tanto en los dichos como en los hechos que los motivaron.

## **II. LOS EFECTOS DE LA CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO EN EL ÁMBITO PURAMENTE REGISTRAL**

Es momento ahora de justificar las afirmaciones con que terminábamos el apartado anterior. Para ello se debe tener en cuenta que en el ámbito registral se plantean con frecuencia dos problemas estrechamente relacionados, relativos ambos a los efectos de la caducidad de la anotación preventiva, que han llegado en no pocas ocasiones a ser resueltos por Resoluciones de la Dirección General: el primero es si es posible inscribir, tras esa caducidad, la adjudicación del bien embargado si se da el caso de que el titular embargado ya ha dejado de ser el titular registral del bien; el segundo problema es 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. La respuesta de la Dirección General viene siendo negativa para ambas cuestiones, pues alega, a nuestro juicio con razón, que la caducidad del asiento de anotación produce sus efectos automáticamente, lo que comporta una mejora de 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 del Registro, ¿debe tener la doctrina examinada alguna influencia en los aspectos «substantivos» del embargo, o, mejor dicho, debe tener la caducidad de su anotación preventiva algún tipo de eficacia sustantiva?

Un análisis somero de los supuestos en que ha sido necesaria la intervención del órgano directivo nos



dará mucha luz sobre la respuesta más adecuada a este interrogante, desde los mismos presupuestos de la doctrina de la Dirección General. En efecto, el origen de la doctrina sobre la caducidad de la anotación preventiva debe buscarse en la R. 16 marzo 1959 (RJ 1959, 1216) en la que se declara, con total exactitud a nuestro juicio, «que la caducidad como causa que origina la decadencia de los derechos opera de manera automática por el simple transcurso del tiempo previamente señalado por la Ley... y se halla fundada no tanto en una presunción de abandono por parte del titular del derecho, como ocurre en la prescripción extintiva, sino en la necesidad de dotar de seguridad al tráfico jurídico, y por eso no es susceptible de interrupción ni su vida puede prolongarse, cuando se trata de asientos registrales, más allá del término señalado por el legislador; transcurrido el cual los asientos deberán reputarse inexistentes, *aun cuando subsista el derecho anotado*» (la cursiva es nuestra). Interesante será tener muy en cuenta este último inciso, porque es muy expresivo del ámbito en el que la doctrina de la Resolución se puede considerar correcta; asimismo dicha afirmación parece conducir a excluir la aplicación de las ideas anteriores a las cuestiones puramente sustantivas. Lo destacamos porque nos parece que la posición manifestada en el voto particular de la Sentencia comentada incurre en el error de extrapolar las afirmaciones hechas por diversas RR. de la Dirección General a problemas diferentes a aquellos que las merecieron, contra el propio criterio de este centro.

La doctrina de esa primera R. tendría ocasión de ser aplicada, muy pocos días después, a la duda de si era posible o no inscribir la adquisición del rematante cuando la anotación ha caducado constando ya en el Registro una titularidad intermedia. Así sucedió en la R. 25 marzo 1959 (RJ 1959, 1459): «Al haber descuidado la actora pedir la prórroga de su anotación, caducada ésta y cancelada de oficio, desapareció el obstáculo que limitaba la adquisición de los posteriores titulares, y al no disponer el mandamiento judicial la cancelación de los derechos posteriores a la nota marginal extendida, es forzoso concluir como afirma la calificación recurrida, que no puede inscribirse el testimonio del auto porque se halla inscrita la finca adjudicada a favor de persona distinta del deudor».

Por no cansar al lector debemos indicar que el criterio apuntado ha sido reiterado multitud de veces por la DG. Así, sin ánimo exhaustivo, podemos citar las RR. de 27 octubre 1993 (RJ 1993, 8026) y 13 febrero 1996 (RJ 1996, 1029), que siguen el anterior criterio denegatorio en supuestos sustancialmente iguales. Otro segundo grupo de RR. aplican la misma doctrina –y, por consiguiente, también resuelven negativamente la pretensión de acceso al Registro– al problema de si es o no posible que el Juez de la ejecución ordene la cancelación de las cargas posteriores a la anotación preventiva de embargo, supuesto que haya caducado la primera anotación. Así se planteó en la R. 28 septiembre 1987 (RJ 1987, 6576): «si del Registro resulta que se ha dejado caducar... la primera anotación, automáticamente pasa la segunda a tener el primer rango, y ya no es posible desde entonces proceder a la cancelación en virtud de un título, el mandamiento a que se refiere el artículo 175 del Reglamento Hipotecario –y aunque reuniera los requisitos que exige su artículo 233–, que sólo es bastante en tanto se trate de segundas anotaciones no preferentes de acuerdo con lo previsto en ese artículo y en los artículos 131 y 133, II, de la Ley Hipotecaria». Doctrina esta que resulta reiterada en las RR. 7 julio 1989 (RJ 1989, 5951), 8 marzo 1999 (RJ 1999, 1378), 16 abril 1999 (RJ 1999, 2217), 26 junio 2001 (RJ 2001, 5688), 28 junio 2001 (RJ 2001, 5690) y 11 abril 2002 (RJ 2002, 6622). Un tercer problema, solucionado con la aplicación del mismo criterio, se ha planteado cuando se intentó anotar de nuevo el embargo cuya anotación caducó, siendo así que bajo la vigencia de la anotación preventiva había accedido al Registro una nueva adquisición: R. 9 septiembre 1991 (RJ 1991, 6232). Finalmente, en algunos otros ejemplos se planteaba simultáneamente tanto la cancelación de titularidades como la de cargas posteriores al embargo, lo que se resuelve una vez más con el mismo criterio: así RR. 20 marzo 2000 (RJ 2000, 2098), 13 julio 2000 (RJ 2000, 5863) (que es citada por el voto particular de la Sentencia que comentamos), 14 junio 2002 (RJ 2002, 8908), y 16 septiembre 2002 (RJ 2002, 9875). Esta última, junto con muchas otras de las citadas con anterioridad, matiza que la negativa registral se hace «sin perjuicio de que puedan entablarse las tercerías o procedimientos que correspondan».

Esta última idea es claramente indicativa que la DG es consciente de estar sentando una doctrina cuyo único ámbito de funcionamiento es el relativo a la organización del Registro. Desde ese punto de vista la denegación de la práctica de los asientos pretendidos es correcta, pues en todos los casos su registración hubiera requerido que conservara su vigencia la anotación preventiva. Obviamente esta subsistencia de la anotación preventiva no sería necesaria más que en los casos en que la adjudicación en el remate encontrara un obstáculo para su acceso al Registro, lo que no sucederá la mayoría de las veces. Así, por ejemplo, en el supuesto tratado por nuestra Sentencia no encontramos ninguna referencia a que los demandantes encontraran dificultades para inscribir su adquisición, lo cual era obvio porque el embargado seguía siendo titular

registral del bien, por lo que del Registro no resultaba obstáculo para la inscripción solicitada y finalmente practicada.

En cambio la doctrina de las anteriores RR. no debería comportar ninguna consecuencia más allá de este ámbito; por tanto no se le puede atribuir una eficacia que incida en lo puramente sustantivo: incluso la propia DG consideró a veces, como si fuera consciente del peligro de que se malentendiera su doctrina, que la negativa a realizar la operación registral que en cada caso se solicitaba no prejuzgaba 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, que interés vaya a quedar protegido en la hipótesis en que se suscite la contienda entre los varios adquirentes de la misma cosa. En este punto la Sentencia del TS acierta plenamente en su enfoque, mientras que la argumentación del voto particular se deja confundir por unas consideraciones que sólo son válidas en el ámbito del funcionamiento del Registro, pero no en el ámbito sustantivo.

### III. LA CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: ¿TIENE EFECTOS EN EL PLANO SUSTANTIVO?

Llegamos a lo que es el punto verdaderamente central en el debate que debe abordar la Sentencia objeto de este comentario: 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 este punto la valoración de la STS sigue el criterio de la Sentencia de Primera Instancia, mientras que el voto particular se inclina por el que había sostenido la Audiencia Provincial. Nosotros pensamos que es más correcta la postura que definitivamente se impone en la Sentencia TS, porque es la que cuenta con más sólidos argumentos jurídicos en su favor.

En el caso se producía el conflicto entre los adquirentes que traen causa de un procedimiento de embargo en el que había caducado la anotación, y los adquirentes en un procedimiento de ejecución hipotecaria (la hipoteca había nacido subordinada al embargo), cuyos adquirentes pretenden haber mejorado su posición gracias a la caducidad de la anotación preventiva de embargo. La Sentencia sitúa muy correctamente el problema cuando afirma que «no se trata 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».

Por tanto para la Sentencia la cancelación por caducidad de la anotación preventiva de embargo no es un fenómeno jurídico que haga mejorar la posición de los titulares de derechos reales sobre la cosa ya existentes en el momento en que esa caducidad se produce: en ese sentido carece de efectos sustantivos. 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 de este tipo no derivarían directa y exclusivamente de la cancelación por caducidad, sino de esta 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, tal como hace la Sentencia que comentamos. También se puede entrever esta misma forma de resolver el problema en la S. 16 junio 1998 (RJ 1998, 4898). En el supuesto que la motivó se había presentado al Registro la anotación preventiva de embargo el día 20 de diciembre de 1979, y se había practicado la anotación el día 1 de marzo de 1980. Con fecha 25 de febrero de 1984 se anotaron las prórrogas de las anotaciones preventivas de embargo (Hay que hacer constar aquí que para la S. la prórroga de la anotación preventiva estaba mal hecha, pues el asiento había caducado ya, lo que fundamenta en que «es evidente que la fecha de una inscripción o anotación, es siempre la del asiento de presentación... tiene razón la

recurrente cuando sostiene que la anotación de su embargo en el registro se produjo después de transcurridos los cuatro años de la anotación anterior, pero ello no quiere decir ni que el embargo anterior estuviere alzado, ni que la recurrente pueda beneficiarse de la fe pública registral cuando adquirió el inmueble en la vía de apremio, puesto que conocía la existencia del embargo, lo que por sí mismo ya es suficiente para no calificarle de adquirente de buena fe». En realidad, esta tesis de que el plazo de caducidad de la anotación preventiva corre desde la fecha del asiento de presentación no era nada segura; la doctrina más bien se inclinaba por la idea de que la fecha relevante era la de la anotación, lo que hoy ha sido recogido en el art. 86 de la LH, reformado por la LECiv/2000. Sobre ello, vid. RIVAS TORRALBA, *Aspectos registrales del nuevo proceso de ejecución*, Madrid, 2001, pg. 84.

Paralelamente a ese primer embargo se estaba siguiendo ante la Magistratura de Trabajo, juicio de despido de varios trabajadores de las susodichas fincas. En dicho proceso, se acordó el 6 marzo 1984 el embargo de las mismas, que se adjudicaron a los embargantes en diciembre de 1986. Dichos adjudicatarios interpusieron tercería de dominio en el primer procedimiento de ejecución. Para el Tribunal Supremo «de los hechos probados se desprende que cuando embargan los demandantes de tercería, ya estaban embargados los inmuebles, ellos lo sabían, cuando también lo saben a tiempo de la adjudicación y otorgamiento de la escritura por la Magistratura de Trabajo. No gozando, por ello, de la protección de la fe pública registral ha de concluirse que su adquisición es correcta y apta para consolidar el dominio, pero siempre subordinada a lo que resulte de embargo anterior, tomado en vía de apremio, para pago de deudas cuya preferencia no ha sido discutida y en consecuencia, se trata de una adquisición claudicante (si no se cancela el embargo ejecutivo anterior) cuando se ejecute por los anteriores embargantes». Por tanto, los terceros que pretendían fundar una adquisición de la finca como libre de un primer embargo, no pueden acreditarla tan sólo con el fundamento de la caducidad del asiento de anotación preventiva de dicho embargo, sino que deberían contar con la totalidad de los requisitos de protección de los terceros, cosa que en el supuesto ni de lejos se producía, porque era palmario el conocimiento que los adquirentes tenían de la subsistencia del embargo.

Es, pues, el análisis de la concurrencia o no de buena fe en el adquirente lo que permite decidir este tipo de litigios. Es cierto que la Sentencia comentada también dice que la solución se fundamenta en que: «el embargo, desde el punto de vista procesal, es la traba sobre un bien que desemboca en su adquisición, a los efectos de realización de valor para cumplir la obligación dineraria que fue objeto del proceso donde se produjo el embargo. Desde el punto de vista registral, es una garantía que constituye, en perjuicio de posteriores adquirentes del bien embargado, una afección de tipo hipotecario en seguridad de la obligación que dio lugar al mismo, responde a la antigua hipoteca judicial; como tal asiento registral, carece de carácter constitutivo». A nuestro juicio la Sentencia se manifiesta en lo anterior con cierto exceso verbal, pues la afección en que el embargo consiste no se instaura en nuestro Derecho para garantizar la obligación que inicia la ejecución, sino el concreto procedimiento de ejecución en que se adopta. Por ello, aunque la posición del acreedor que inicia el procedimiento queda indudablemente reforzada desde el punto de vista procesal, no se puede aceptar que esa mejora en su condición tenga trascendencia sustantiva, lo que se manifiesta en que cualquier otro acreedor podrá alzarse con la preferencia en una tercería de mejor derecho, y ser el verdaderamente beneficiado por la ejecución del bien embargado. Que ello sea así, excluye que la figura del embargo se deba aproximar a la hipoteca, aunque pueda seguir hablándose de una figura jurídico-real, pero de caracteres especiales. Pero, a pesar de esos pequeños detalles que pueden merecer crítica, la solución preconizada por la Sentencia se debe entender correcta en lo sustancial. Es más, quizá las afirmaciones anteriores sean explicables como respuesta a ciertas concepciones que se sostienen en el voto particular discrepante, que se traducen en una idea del embargo y su anotación preventiva demasiado formalista. En concreto, sostiene el voto particular que: «es verdad, como afirman los recurrentes, que en el momento de constituirse la hipoteca estaba trabado el embargo que originó el juicio ejecutivo previo; también es cierto que la hipoteca se inscribió con posterioridad a la anotación del embargo causa de la primera ejecución, que concluyó con la adjudicación del inmueble hipotecado no inscrita en el Registro. Empero del conocimiento que tuvieron los terceros hipotecarios de la anotación registral de embargo, no se puede inferir, como paladinamente dice la sentencia de la que discrepo en este voto particular, que, por ello, no puede aplicarse “el principio de fe pública registral que proclama el artículo 34 de la Ley Hipotecaria”, puesto que considero que ese conocimiento, desde luego, no implica mala fe en los tenedores de las obligaciones hipotecarias, objeto del procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (tenedores que, además, no eran los primitivos prestamistas) sino, simplemente, la sujeción a soportar, si llegado fuese el caso, las consecuencias legales de una ejecución fundada en tal anotación, siempre que estuviera vigente, y, sin que ello entrañe una especie de obligación de previsión extrarregistral acerca de que el embargo hubiera dado ya lugar a una ejecución y a una venta segunda de los inmuebles, por supuesto, sin haber

dejado rastro registral; por tanto, tal situación no era invocable hasta entonces, según las circunstancias registrales, e imposible de llevar a efecto luego con trascendencia para terceros, conforme a la cancelación por caducidad que, finalmente, y antes de la adjudicación en pública subasta de los bienes hipotecados, constaba en la certificación registral correspondiente» (FD 5º).

No resulta aceptable en nuestro ordenamiento hacer depender tan drásticamente la oponibilidad de los efectos del 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 esta visión tan formalista del embargo que fundamenta el voto particular es la que puede explicar que, como reacción, la Sentencia haya insistido hasta el exceso, en una concepción tan «sustantiva» del mismo (que le lleva a considerarlo como hipoteca).

¿Es acaso aceptable la idea, también expresada en el voto particular, de que el conocimiento de la existencia del embargo no implica mala fe en los tenedores de las obligaciones hipotecarias? Pensamos que no, el objeto de la publicidad lograda por la anotación preventiva es la existencia de un procedimiento de embargo; el Registro remite a un algo que es externo a sí mismo, por lo que la suerte final del embargo no puede quedar en las caprichosas manos de la posible caducidad de la anotación, cuando esta ha prestado la información adecuada al adquirente que ahora pretende protección. De nuevo nos revelamos ante una visión tan formalista de la publicidad registral, pues nos parece contraria al sentido general de nuestro sistema de protección registral. Obviamente no podrá quedar protegido aquel adquirente que en el momento del negocio adquisitivo o en el de su inscripción tenía conocimiento del embargo por la anotación preventiva; ello es así porque –aunque después esta caducara– dicha caducidad no puede hacer mejorar la condición subjetiva del adquirente, que conocía o podía conocer la sujeción que pesaba sobre el inmueble (para el caso de la anotación preventiva de demanda así lo estimaba LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III, bis, 1984, pg. 222: «los efectos los produce la anotación relativamente a los actos realizados durante su vigencia, y tales efectos persisten aunque luego la anotación caduque»; no vemos difícil aplicar esta idea a nuestro problema por identidad de *ratio*).

Sólo se podría aceptar una solución favorable al adquirente que trajera causa del segundo procedimiento (en nuestro caso el de ejecución de hipoteca) en el caso de que este otro adquirente estuviera completamente ajeno a la existencia del primer embargo, cosa que no existía en ninguno de los casos que hemos examinado. Así, por ejemplo, si los adquirentes en la subasta producida en ejecución de la segunda carga hubieran sido personas ajenas al primer embargo porque no tuvieron ocasión en ningún momento de conocer la existencia del mismo; en cambio, en los casos que hemos examinado, la cosa se adjudicó a los propios ejecutantes de la segunda carga, que no ignoraban la existencia de la primera ejecución, por lo que no podían ser protegidos por carecer de la buena fe precisa para ello.

Un supuesto en el que se aprecia de forma todavía más sangrante las consecuencias indeseables a que lleva ignorar la general exigencia de buena fe para contar con la protección registral en nuestro sistema es el resuelto por la Sentencia 18 diciembre 2001 ([RJ 2001, 9363], actuó como ponente el mismo Almagro Nosete, y mereció un comentario crítico por parte de 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 pendía 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 esta era la respuesta correcta, 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.

#### IV. CONCLUSIONES

En resumen se podría decir que:

Primero, la caducidad de un asiento constituye una presunción de que el derecho publicado se ha extinguido (art. 97 LH); ahora bien, dicha presunción de extinción no puede beneficiar ni perjudicar definitivamente a los que son parte interesada en lo publicado en dicho asiento, pues el juego que se da a este precepto en la doctrina unánime es el propio del principio de legitimación registral, que admite prueba en contrario. Nos parece obvio, por ello, que ni el deudor embargado podría pretender liberarse del embargo por el hecho de que la anotación haya sido cancelada, ni tampoco se podrían liberar todos los demás titulares que adquirieron un derecho real sobre la cosa contando ya con la existencia del gravamen.

Segundo, la cancelación por caducidad sí podría beneficiar al adquirente de la cosa de fecha posterior a la misma, siempre que reúna los requisitos de protección de los terceros hipotecarios. Frente a este adquirente, la caducidad del asiento hace presumir 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.